

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 1039

(Ano XIII)

(25/09/2021)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA - 2021

Conselho Editorial

VALDINEI CORDEIRO COIMBRA (DF): Mestre em Direito Penal Internacional pela Universidade de Granada - Espanha. Mestre em Direito e Políticas Públicas pelo UNICEUB. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pelo ICAT/UDF. Pós-graduado em Gestão Policial Judiciária pela ACP/PCDF-FORTIUM. Professor Universitário. Advogado.

MARCELO FERNANDO BORSIO (MG): Pós-doutor em Direito da Seguridade Social pela Universidade Complutense de Madrid. Pós-Doutorando em Direito Previdenciário pela Univ. de Milão. Doutor e Mestre em Direito Previdenciário pela Pontifícia Universidade Católica/SP.

FRANCISCO DE SALLES ALMEIDA MAFRA FILHO (MT): Doutor em Direito Administrativo pela UFMG.

RODRIGO LARIZZATTI (DF/Argentina): Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad del Museo Social Argentino - UMSA.

MARCELO FERREIRA DE SOUZA (RJ): Mestre em Direito Público e Evolução Social, Especialista em Direito Penal e Processo Penal.

KIYOSHI HARADA (SP): Advogado em São Paulo (SP). Especialista em Direito Tributário e em Direito Financeiro pela FADUSP.

SERGIMAR MARTINS DE ARAÚJO (Montreal/Canadá): Advogado com mais de 10 anos de experiência. Especialista em Direito Processual Civil Internacional. Professor universitário.

CAMILA ALENCAR COIMBRA: Bacharelada em Jornalismo. Colaboradora em editoração.

País: **Brasil**. Cidade: **Brasília – DF**. Endereço: SIG SUL, Q. 01, lote 495, sala 236, Ed. Barão do Rio Branco, CEP. 70610-410. Tel. (61) 991773598
Contato: editorial@conteudojuridico.com.br
WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

SUMÁRIO

COLUNISTA DA SEMANA



Investigação defensiva: dois tópicos importantes
Eduardo Luiz Santos Cabette, 07.

ARTIGOS

Exames de Suficiência: questões polêmicas dos exames da OAB e do CFC no exercício do trabalho, sistema educacional e o indeferimento do RE nº 603.583-RS pelo STF em 26/10/2011 ocasionaram corporativismo profissional e bullying social em detrimento aos bacharéis de direito e de ciências contábeis.

Edson Sebastião de Almeida, 16.

O hate speech, a banalização da prisão e o preço da Democracia

Adir Machado Bandeira, 60.

Insegurança jurídica – a (in)admissibilidade da cláusula de sandbagging na legislação brasileira

Paulo André M. Pedrosa, 66.

Tráfico de mulheres com ênfase na exploração sexual

Inês Aparecida Da Costa, 68.

Analfabetismo sanitário, saúde ambiental e educação em saúde: avanços e retrocessos ecológicos e societários no contexto da COVID-19 (Pandemia do Novo Coronavírus)

Vagner Luciano de Andrade, 81.

Liberação de cultos religiosos durante a pandemia pelo Covid-19 (ADPF 701/MG): uma análise à luz da Teoria da Decisão Judicial em Dworkin

Larissa Padilha Roriz Penna, 109.

Aperfeiçoamento democrático no Brasil promovido pela participação social

Alixandre Barroso Vieira, 133.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789

Benigno Núñez Novo, 153.

Entenda as transformações societárias e a responsabilidade empresarial à luz da legislação brasileira

Wellington Cacemiro e Yasmin Do Carmo Cacemiro, 175.

Conciliação e mediação como formas consensuais de resolução de conflitos na Justiça do Trabalho

Mateus Monteiro Sandoval, 186.

A psicopatia à luz do direito penal brasileiro

Nicolas Ricardo Lascano Zanelato, 198.

Inteligência artificial e o reconhecimento facial de pessoas negras.

Erika Silva Borges, 159.

Reflexão crítica ao fenômeno da elisão fiscal no Brasil

Wellington Cacemiro e Yasmin Do Carmo Cacemiro, 209.

O reflexo da pandemia no aumento de casos de violência doméstica contra a mulher

Evanilson Pereira Lima, 218.

O legado de Francisco de Vitória

Benigno Núñez Novo, 241.

Estacionamentos Rotativos e a legislação aplicada

Williann Rudolfo Georgi, 249.

INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA: DOIS TÓPICOS IMPORTANTES

EDUARDO LUIZ SANTOS CABETTE: Delegado de Polícia Aposentado, Mestre em Direito Social, Pós – graduado em Direito Penal e Criminologia, Professor de Direito Penal, Processo Penal, Medicina Legal, Criminologia e Legislação Penal e Processual Penal Especial na graduação e na pós – graduação do Unisal e Membro do Grupo de Pesquisa de Ética e Direitos Fundamentais do Programa de Mestrado do Unisal.

1-INTRODUÇÃO

O tema da chamada “Investigação Defensiva” ganhou bastante destaque, especialmente com o advento da Lei 13.245/16, que alterou o Estatuto da OAB (Lei 8.906/94), para incrementar as prerrogativas dos defensores na fase do Inquérito Policial e outros instrumentos de investigação preliminar. Também foi um marco de regulação dessa participação e mesmo de protagonismo defensivo na fase investigatória o Provimento 188/18 do Conselho Federal da OAB.

Dentre as várias temáticas derivadas dessa inovadora visão das funções defensivas na fase investigatória da persecução penal e também na fase processual, vamos abordar neste trabalho dois questionamentos particulares que não têm uma solução legal ou regulamentar explícita até o momento em que se redige este texto.

São eles:

a) O problema de eventuais práticas de falso testemunho ou falsa perícia em procedimentos de investigação defensiva e a respectiva responsabilidade criminal;

b) A previsão pelo chamado “Pacote Anticrime” (Lei 13.964/19 – artigo 3º. – C, §§ 3º. e 4º.) da separação física dos autos de investigação preliminar e dos autos de processo e a falta de previsão específica para os autos de investigação defensiva.

O escopo deste trabalho é apresentar soluções iniciais e sugestões para essas questões.

Ao final os principais pontos expostos serão retomados em manifestação conclusiva.

2-FALSO TESTEMUNHO E FALSA PERÍCIA NA INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA

No que se refere aos procedimentos corriqueiros de investigação criminal, cujo maior exemplo é o Inquérito Policial, não resta dúvida quanto à possibilidade de que, em

caso de mendacidade em depoimento ou perícia, seja seu autor responsabilizado respectivamente por falso testemunho ou falsa perícia, nos estritos termos do artigo 342, CP.

Mas, quando se tratar de uma Investigação Defensiva produzida pelo advogado ou Defensor Público eventual pretensão de responsabilizar alguém criminalmente por falso testemunho ou falsa perícia de acordo com o disposto no artigo 342, CP, em sua atual redação, configurará analogia "*in mallam partem*", uma vez que tal procedimento não é ali mencionado expressamente.

Este é um grande problema, pois que cria uma indesejável zona de conforto para a testemunha ou o perito mendaz. Saliente-se, por oportuno, que o direito de ampla defesa que, ao menos no Brasil, permite que o investigado ou acusado até mesmo falte com a verdade sem consequências criminais, não pode ser estendido indevidamente à testemunha ou perito, ainda que seja a primeira arrolada e o segundo contratado pelo investigado ou acusado e seu defensor.

Segundo Talon, tendo em vista a inexistência de previsão legal, a conduta da testemunha que mente em Investigação Defensiva é absolutamente atípica. O autor considera inclusive inadequado o procedimento de compromissar tais pessoas quando de suas manifestações:

Contudo, em relação à investigação criminal defensiva, não há possibilidade de que, em caso de omissão ou declarações inverídicas, a testemunha seja responsabilizada criminalmente por falso testemunho.

Observando o art. 342 do CP, nota-se que é elementar do tipo penal que a declaração seja feita em processo judicial ou administrativo, inquérito policial ou em juízo arbitral, o que não abrange a investigação criminal defensiva, que permanece fora desses conceitos.

Assim, por inexistir crime de falso testemunho no que tange às declarações feitas em uma investigação defensiva, seria incorreto e atécnico exigir o compromisso da testemunha ou adverti-la sobre o "dever" de falar a verdade, que, como dito, não existe na investigação conduzida por Advogado. 1

1 TALON, Evinis. *Investigação Criminal Defensiva*. Gramado: ICCS, 2020, p. 187 – 188.

Perceba-se que Talon não menciona a questão do perito. Talvez seja porque se entenda que o laudo será posteriormente juntado ao processo criminal, o que possibilitaria a responsabilização criminal nos termos mesmo do artigo 342, CP. Não obstante, se assim fosse, também não haveria problema com a lacuna da testemunha, já que quando de seu depoimento em juízo estaria compromissada e sob as penas da lei. Acontece que nem sempre seja o testemunho seja o laudo elaborado pelo perito, chegarão a serem usados em fase posterior da persecução penal (v.g. arquivamento do caso). Por isso a lacuna, tanto quanto à testemunha como ao perito é relevante.

Essa dificuldade não é apanágio pátrio. No Direito Comparado verifica-se que na Itália o mesmo impasse surgiu, havendo certo esforço de contorcionismo jurídico na doutrina e jurisprudência para tipificar as condutas em estudo no crime respectivo de “Falsas Declarações”, o que certamente não é sustentável, conforme já mencionado. Seguiu-se ao final o caminho da legalidade, alterando-se o Direito Material, tornando crime “a conduta de prestar declarações falsas ao defensor (art.371 – *ter*)”. Essa providência legislativa não somente colmata lacuna indesejável, como também confere maior fidedignidade às informações colhidas na investigação defensiva. 2

No Brasil já há sugestão de alteração do Código Penal para incluir o crime de falso testemunho em investigação defensiva em um parágrafo do artigo 342, CP. 3 Novamente é de se estranhar o olvido da questão da falsa perícia, provavelmente devido aos motivos anteriormente expostos que, como já se disse, não justificam a omissão.

Entretanto, o que fazer enquanto não há previsão expressa para responsabilização criminal da testemunha e do perito em suas atuações no bojo de investigações defensivas?

Retomando o exemplo do Direito Comparado, na Itália, enquanto ainda havia a lacuna, como ocorre hoje no Brasil, parte da jurisprudência optou por afastar o delito similar ao nosso “falso testemunho ou falsa perícia”, mas admitiu o caráter público dos atos de documentação realizados por advogado, de forma que a “elaboração deturpada destes atos caracterizaria o delito de falsidade ideológica”. Não obstante havia dissidência que inadmitia esse caráter público por falta de “obrigatoriedade inerente à função pública”, bem como seu caráter parcial com relação ao cliente. 4

2 SILVA, Franklyn Roger Alves. *Investigação Criminal Direta pela Defesa*. 2ª. ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 250 - 252.

3 Op. Cit., p. 630. O autor Franklyn Roger Alves Silva apresenta até mesmo um modelo de projeto de alteração do Código Penal em sua obra.

4 LUZ, Carlos Rodolpho Glavam Pinto da. *Investigação Defensiva no Inquérito Policial*. Florianópolis: Habitus, 2020, p.168.

Certamente, seja na Itália ou no Brasil, os atos de documentação praticados pelo advogado não contam com caráter público e sim privado. Pode-se dizer que a atividade do defensor constituído ou mesmo dativo é um “munus público” em que se defende interesse particular em juízo ou perante a administração.

Contudo, no Brasil o crime de “Falsidade Ideológica” se refere não somente a documentos de natureza pública, mas também particular. Conforme lição de Greco:

O objeto material é o documento, público **ou particular**, no qual o agente omitiu declaração que nele devia constar ou nele inseriu ou fez inserir declaração falsa ou diversa daquela que devia ser escrita, com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante (grifo nosso). 5

Dessa forma, não seria a conduta daquele que mente em depoimento ou elabora e apresenta laudo falso em investigação defensiva caracterizada pela atipicidade absoluta senão meramente relativa. Não se configura, na atual conjuntura, o crime de falso testemunho e falsa perícia, mas certamente é possível a tipificação na figura da “Falsidade Ideológica”, conforme disposto no artigo 299, CP.

Nessa senda também poderia assim ser responsabilizado criminalmente o defensor que altere indevidamente depoimento verdadeiro prestado por testemunha ou laudo correto apresentado por perito.

Essa solução, porém, nos parece ser razoável apenas provisoriamente, sendo o mais acertado incluir na lista do artigo 342, CP também as investigações defensivas, assim como os Procedimentos Investigatórios do Ministério Público (PICs) que não são objeto deste texto, mas que também são manancial para as mesmas dificuldades ora apresentadas.

3 – A REGRA DA SEPARAÇÃO FÍSICA DOS AUTOS DE INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR E A INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA

Há tempos já se advoga a abolição da “comunhão dos autos” da fase investigatória com os do processo, tendo em mente extirpar qualquer possibilidade de decisão condenatória baseada em elementos colhidos sem a observância do contraditório. 6

Com fulcro nessa orientação doutrinária o chamado “Pacote Anticrime”, consubstanciado na Lei 13.964/19, fez acrescentar o artigo 3º. – C, §§ 3º. e 4º. ao Código

5 GRECO, Rogério. *Código Penal Comentado*. 12ª. ed. Niterói: Impetus, 2018, p. 1059.

6 CHOUKE, Fauzi Hassan. *Garantias constitucionais na investigação criminal*. São Paulo: RT, 1995, p. 96 - 129.

de Processo Penal, determinando a separação dos autos de investigações preliminares do processo penal, mantendo-se o acesso às partes, mas levando diretamente aos autos da ação penal somente as provas irrepetíveis, antecipadas e as medidas de obtenção de provas.

Lima chama a atenção para a grande celeuma existente a respeito da extensão a ser dada a esse dispositivo, sendo que para alguns não haveria ali a regra da separação dos autos de investigação, mas tão somente dos atos relativos ao Juiz das Garantias. No entanto, conclui o autor que o sistema da separação certamente foi o adotado pelo legislador, esclarecendo “que a investigação preliminar não mais poderá integrar os autos do processo judicial, salvo no tocante às provas irrepetíveis, antecipadas e meios de obtenção de prova”. 7

Não obstante esteja, na atualidade, tal dispositivo suspenso em sua aplicação por decisão do Supremo Tribunal Federal no que se refere também a outros artigos relativos ao chamado “Juiz das Garantias”, 8 há que enfrentar a questão de como se procederá com referência aos autos de investigação defensiva quando e se essas disposições um dia vigorarem.

Não há regra específica para o destino da investigação defensiva, de modo que resta a dúvida sobre se ela deveria ser juntada aos autos de processo ou separada a exemplo do Inquérito Policial, levando-se tão somente à fase posterior as provas irrepetíveis, antecipadas e medidas de obtenção de provas? O tratamento da investigação defensiva deveria ser análogo às demais investigações preliminares ou comportaria um tratamento diferenciado?

Na ausência de regramento expresso podem surgir dois entendimentos:

a) Os autos de investigação defensiva devem seguir o mesmo destino e tratamento dos autos de IP, PIC etc. Isso seguindo um critério de isonomia;

b) O artigo 3º. – C, §§ 3º. e 4º., CPP seria aplicável somente aos autos de IP, PIC etc., sob a fiscalização do Juiz das Garantias, enquanto atos oficiais de órgãos públicos. Já com relação aos autos de investigação defensiva, a ampla defesa permitiria a juntada de tudo

7 LIMA, Renato Brasileiro de. *Pacote Anticrime*. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 175. Também concluindo pela instituição da separação da fase preliminar investigatória se manifestam Fabretti e Smanio. Cf. FABRETTI, Humberto Barrionuevo, SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Comentários ao Pacote Anticrime*. 2ª. ed. Barueri: Atlas, 2021, p. 85.

8 MORAES mantém suspensão do juiz das garantias. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/quentes/339936/moraes-mantem-suspensao-do-juiz-das-garantias>, acesso em 17.08.2021.

quanto for produzido, pois que se tratam de documentos particulares, os quais podem livremente ser juntados ao processo.

É importante, porém, salientar que a chamada investigação defensiva tem um significado amplo, podendo também se apresentar como o que se costuma chamar de “Investigação Auxiliar”. Esta se refere à atuação do advogado como assistente de acusação e, na fase de investigação propriamente dita, atuando em favor de vítimas ou prejudicados com a infração penal com vistas à futura atuação processual. Nesses casos não parece restar dúvidas de que eventuais autos de investigação defensiva devem receber o idêntico tratamento dado aos autos oficiais elaborados por órgãos estatais (v.g. Inquérito Policial), ou seja, obedecer à regra da separação.

Novamente é interessante trazer à baila o exemplo do Direito Comparado da Itália. Naquele país se determina que sejam os autos de investigação oficial estatal ou defensiva separados dos autos de processo, para este último convergindo somente as provas não repetíveis.⁹

No caso brasileiro, a falta de regulamentação expressa do tema o torna tormentoso. No entanto, nosso entendimento aponta para um tratamento diverso entre os autos oficiais do Estado e aqueles da investigação defensiva. Entendemos que tudo quanto é produzido na investigação defensiva se conforma com a natureza jurídica de “documentos” (Prova Documental), sendo sabido que a juntada aos autos de documentos é livre. Isso somado ao fato de que a ampla defesa não deve ser tolhida, nos leva a concluir que a regra da separação não se aplicaria à investigação defensiva, salvo se houver previsão expressa nesse sentido. Tal previsão, acaso seja levada a termo pelo legislador ordinário, não seria inconstitucional, pois que então os documentos relativos basicamente a provas orais produzidas na investigação defensiva sem contraditório ficariam da mesma forma à disposição das partes para qualquer consulta. Malgrado isso, enquanto não há uma previsão expressa, entendemos que não é possível vedar à defesa a juntada dos documentos que produza em sua investigação, aí sim, sob pena de violação ao Princípio da Ampla Defesa e da Legalidade Processual. Delmanto Júnior ensina que a reserva legal se aplica também a eventuais restrições processuais penais, dada a existência de uma necessária “tipicidade processual penal”.¹⁰ Em suma, o ideal é que o legislador regule direta e expressamente essa questão.

Finalmente, vale abordar questão correlata. O artigo 155, CPP determina que ninguém poderá ser condenado com base exclusiva em elementos colhidos na investigação, salvo nos casos de cautelares, provas irrepetíveis ou antecipadas. Será que

⁹ LUZ, Carlos Rodolpho Glavam Pinto da, Op. Cit., p. 165.

¹⁰ DELMANTO JÚNIOR, Roberto. Garantismo, legalidade e interpretação da lei penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. n. 67, jul./ago., 2007, p. 218.

esta mesma regra se aplicaria para a absolvição do réu com base nos elementos colhidos na investigação defensiva? E para a condenação do réu, com fundamento também nos elementos colhidos na investigação defensiva em sua modalidade auxiliar?

A última questão posta é de fácil resposta. É claro que a regra do artigo 155, CPP é válida tanto para a investigação oficial quanto para a investigação defensiva auxiliar. Por isso tem razão Silva quando firma que “para o chamado inquérito auxiliar, aquele conduzido pelo advogado em favor da vítima, também se aplica a limitação do art. 155 do CPP em razão de sua feição acusatória”. 11

Já quanto à investigação estritamente defensiva, entendemos não assistir razão ao mesmo autor supra mencionado, quando afirma que um decreto absolutório não poderia se embasar exclusivamente no seu conteúdo. Alega o autor que o fato da inexistência de contraditório na investigação defensiva lhe retiraria o caráter de “prova” e tornaria seu valor meramente “relativo”. 12 Parece-nos que o autor olvida o fato de que para a absolvição de um acusado não é necessária prova exauriente e cabal de inocência, embora seja esta desejável e ideal. Basta o ensejo de uma situação de dúvida razoável e estará configurada a situação em que se impõe a absolvição de acordo com a conhecida máxima latina “in dubio pro reo”. Dessa forma, entendemos que a absolvição pode ser sustentada ainda que exclusivamente nos elementos da investigação defensiva, desde que estes sejam aptos a produzir um estado de dúvida quanto à imputação. Essa conclusão, que leva em conta o Princípio “Favor Rei” ou “Favor Inocentiae”, a ampla defesa e o Princípio da Presunção de Inocência não se altera em nada estejam os autos de investigação juntados os autos principais do processo ou deles separados fisicamente no que diz respeito a provas repetíveis. De qualquer forma as partes terão acesso a tais elementos e a eles certamente poderão fazer referência, assim como o magistrado (vide o disposto no artigo 3º. – C, § 4º., CPP). Observe-se que mesmo em se considerando, por exemplo, o Inquérito Policial, certamente não é de se afastar a possibilidade de absolvição com base tão somente em elementos nele contidos que levem o magistrado a um estado de dúvida quanto à imputação feita a alguém. É preciso lembrar que a investigação em geral, inclusive o Inquérito Policial, não é e não deve ser unilateral ou dirigida a um fim exclusivamente acusatório.

4-CONCLUSÃO

Foram estudados neste trabalho dois pontos duvidosos referentes ao regramento da chamada “Investigação Defensiva” no Brasil.

11 SILVA, Franklyn Roger Alves, Op. Cit., p. 555.

12 Op. Cit., p. 554 – 555.

Num primeiro momento foi questionada a situação em que haja falso testemunho ou falsa perícia no bojo de uma investigação defensiva. Verificou-se a atipicidade relativa com referência ao crime de “Falso Testemunho e Falsa Perícia”, conforme descrito no artigo 342, CP. No entanto, a nosso ver, essa atipicidade, como dito, é meramente relativa e não absoluta. A testemunha mendaz e o perito desonesto podem perfeitamente responder em nosso ordenamento pelo crime de “Falsidade Ideológica”, previsto no artigo 299, CP. Não obstante, o ideal é que a investigação defensiva venha a ser incluída no rol de procedimentos abrangidos pelo artigo 342, CP, de modo a deixar de lado qualquer espécie de controvérsia.

No seguimento analisou-se a questão da separação física dos autos da fase investigatória em relação aos autos de processo. A regra encontra-se suspensa por tempo indeterminado devido a decisão do STF. Entretanto, considerou-se importante a análise da questão, tendo em vista sua futura eventual aplicação. Quanto às investigações defensivas auxiliares, promovidas em prol da vítima ou prejudicado, não resta dúvida de que a separação se imporá. Já quanto às investigações defensivas propriamente ditas, verificou-se poderem surgir dois entendimentos: um pela aplicação geral da regra da separação e outro para um tratamento diverso no que tange à investigação defensiva, a qual poderia ser inteiramente juntada aos autos por configurar-se em documentos produzidos pela defesa em nome da devida amplitude defensiva. Entendemos que a segunda posição é a mais correta na atual conformação, pois que a vedação e juntada de parte da investigação defensiva necessitaria de previsão legal expressa, sob pena de violação à ampla defesa e à legalidade processual.

Finalmente, um problema correlato ao último mencionado diz respeito à valoração da prova obtida em investigação defensiva. Sabe-se que os elementos colhidos na investigação somente podem ocasionar a condenação de alguém se aliados a provas produzidas judicialmente. Por isso, no caso da chamada “investigação defensiva auxiliar” a regra citada se impõe. Quanto à investigação defensiva propriamente dita, embora se encontre na doutrina a alegação de que também se sujeitaria ao mesmo limite, há que levar em consideração a Presunção de Inocência e a regra “in dubio pro reo”, de forma que ainda que elementos exclusivos da investigação defensiva sejam aptos a criar uma situação de dúvida razoável, impor-se-á a absolvição. E mais, essa interpretação não se altera estando ou não os autos de investigação defensiva juntados aos autos de processo ou deles separados fisicamente, somente sendo juntadas as provas irrepetíveis, antecipadas e meios de obtenção de provas.

5-REFERÊNCIAS

CHOUKE, Fauzi Hassan. *Garantias constitucionais na investigação criminal*. São Paulo: RT, 1995.

DELMANTO JÚNIOR, Roberto. Garantismo, legalidade e interpretação da lei penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. n. 67, jul./ago., p. 212 – 232, 2007.

FABRETTI, Humberto Barrionuevo, SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Comentários ao Pacote Anticrime*. 2ª. ed. Barueri: Atlas, 2021.

GRECO, Rogério. *Código Penal Comentado*. 12ª. ed. Niterói: Impetus, 2018.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Pacote Anticrime*. Salvador: Juspodivm, 2020.

LUZ, Carlos Rodolpho Glavam Pinto da. *Investigação Defensiva no Inquérito Policial*. Florianópolis: Habitus, 2020.

MORAES mantém suspensão do juiz das garantias. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/quentes/339936/moraes-mantem-suspensao-do-juiz-das-garantias> , acesso em 17.08.2021.

SILVA, Franklyn Roger Alves. *Investigação Criminal Direta pela Defesa*. 2ª. ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

TALON, Evinis. *Investigação Criminal Defensiva*. Gramado: ICCS, 2020.

EXAMES DE SUFICIÊNCIA: QUESTÕES POLÊMICAS DOS EXAMES DA OAB E DO CFC NO EXERCÍCIO DO TRABALHO, SISTEMA EDUCACIONAL E O INDEFERIMENTO DO RE Nº 603.583-RS PELO STF EM 26/10/2011 OCASIONARAM CORPORATIVISMO PROFISSIONAL E *BULLING* SOCIAL EM DETRIMENTO AOS BACHARÉIS DE DIREITO E DE CIÊNCIAS CONTÁBEIS.

EDSON SEBASTIÃO DE ALMEIDA: Bacharel em Direito, Especialista em Direito Tributário; Consultor Tributário; contabilista, inclusive com expertise em contabilidade tributária e autor de artigos publicados em revistas especializadas, bem como autor do livro: Crimes contra a ordem tributária: conflitos das normas de combate à sonegação fiscal com os novos paradigmas da era digital das modernas governanças corporativas públicas e privadas; experiência de 42 anos, tendo exercido funções de Gestão Tributária, bem como de Assessor da Diretoria Financeira em empresas privadas.

RESUMO: O objetivo deste artigo é mostrar aos leitores porque os exames de suficiência da OAB e do CFC bem como suas extinções proporcionarão paridade de direitos com outros Conselhos Profissionalizantes, os quais não exigem os exames de suficiência, a exemplo de medicina e engenharia. Também mostramos que a paridade de procedimentos com outros conselhos profissionalizantes em harmonia com art. 5º, XIII, da CF/1988, ou seja, "é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer", proporcionará diminuição dos custos dos acadêmicos, com melhor adequação na relação Ministério da Educação e instituição de ensino. A melhoria na estrutura dos métodos pedagógicos em relação ao aprendizado resultaria numa eficaz formação, dando aos futuros bacharéis melhores perspectivas de trabalhos não sendo necessários os exames de suficiência instituídos com argumento de um suposto filtro ao aprendizado a fim de atuação do bacharel no mercado de trabalho e de preparação para concursos públicos. Finalmente, o julgamento do RE nº 606.583/RS, em 26/10/2011, pelo fato de o STF ter atuado como legislador positivo os poderes legislativo e executivo poderão por meio de projeto de lei considerar inconstitucionais os exames de suficiências da OAB e do CFC, não atuando numa política-espetáculo para mídia pela sua influência na opinião pública ou numa visão mais moderna *priming* (enquadramento) e *framing* (saliência) e sim em prol da educação e dos bacharéis de direito e de ciências contábeis.

Palavras-chaves: Exames de Suficiências da OAB e CFC, leis ordinárias inconstitucionais, Bacharéis de Direito e de Ciências Contábeis, Conselhos Profissionalizantes, Faculdades, Julgamentos no STF, Ministério da Educação, disciplinas, formação acadêmica.

SUMÁRIO: 1.Introdução. 2. Quem é quem sobre o exame de suficiência? 3. Conflitos de normas sobre a formação acadêmica e o exercício da profissão. 4. Análises críticas sobre o julgamento do Recurso Extraordinário – RE nº 603.583-RS, realizado no STF em 26/10/2011. 5. Considerações Finais. 6. Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

No presente artigo mostraremos que a extinção do exame de suficiência proporcionaria paridade de direitos com outros Conselhos Profissionalizantes, a exemplo de medicina que não exige aprovação do Conselho Federal de Medicina (CFM) para a profissão de médico, bem como de engenharia, que não exige do Conselho Federal de Engenheiros e Agronomia (CONFEA) aprovação em exame de suficiência para exercer a profissão de engenheiro, entre outros.

Pois será que a alegação da OAB, bem como do STF, os quais sustentam a necessidade do malfadado exame de suficiência, está relacionada ao desempenho da advocacia por indivíduo de formação técnica deficiente? Se assim for, certamente poderá causar prejuízo irreparável ou, quando menos, de difícil reparação ao seu constituinte.

Com isso, será que a advocacia é mais importante que o desempenho da medicina por intermédio do médico de formação técnica deficiente que poderá causar um dano irreparável ao paciente, ou seja a vida? Acreditamos que não há paridade de conceitos ao exigir o exame de suficiência para um Conselho profissionalizante e para outro não.

O art. 8º, IV, da Lei nº 8.906/1994, bem como o art. 76 da Lei nº 12.249/2010, que alterou os artigos 6º e 12 do Decreto-Lei nº 9.295, de 27/05/1946, conferem à Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) e ao Conselho Federal de Contabilidade (CFC), respectivamente, prerrogativas para aplicação de Exame de Suficiência habilitando o bacharel em direito, no intuito de exercer a função de advogado, e o bacharel em Ciências Contábeis de exercer a função de Contador, respectivamente, no mercado de trabalho.

Entretanto, somos de opinião que os bacharéis, de forma geral, são aptos para inserção em setores profissionais pelo Poder Público (art. 209, II, da CF/1988), cujo referido exame de suficiência coloca uma pá de cal numa perspectiva educacional tanto do governo perante o Ministério da Educação e do bacharel, que durante 5 (cinco) anos, o primeiro

teve um custo exclusivamente em prol do desenvolvimento educacional, enquanto, o segundo um custo objetivando sua inserção no mercado de trabalho.

Nesse sentido, procuramos mostrar aos leitores, por meio dos itens discorridos neste artigo, o papel das instituições em relação às exigências dos exames de suficiência da OAB e do CFC.

De fato, no item 2, relativo a “quem é quem sobre o exame de suficiência”, tratamos sobre as tentativas do autor junto ao Ministério da Educação, Advocacia-Geral de União (AGU); caráter pedagógico de acordo com os objetivos educacionais das faculdades de direito e de ciências contábeis e de outras ciências do conhecimento humano no contexto político e econômico do País, bem como de que forma a OAB ou CFC poderiam ser úteis no aprendizado das faculdades do País.

Já no item 3 discorremos no que diz respeito aos “conflitos de normas sobre a formação acadêmica e o exercício da profissão”, expondo sobre dispositivos legais da CF/1988, relacionados aos direitos e garantias constitucionais; leis ordinárias que tratam dos exames de suficiência; explicações referentes o julgamento do RE nºs 603.583/RS, no que diz respeito ao voto do Ministro Luiz Fux, o qual menciona que o exame de suficiência da OAB encontra-se em trânsito para inconstitucionalidade.

No item 4, mostramos ao leitor as “análises críticas sobre o julgamento do Recurso Extraordinário – RE nº 603.583 – RS, realizado no STF em 26/10/2011”. Assim, a convite do Recorrente participei por meio de parecer, o qual foi anexado nas peças do mencionado RE, bem como com minha presença no julgamento realizado no STF.

Por essa razão, discorremos os atos e fatos ocorridos no plenário, os votos e os posicionamentos no decorrer do julgamento, a exemplo do Procurador-Geral da República, naquela época, Roberto Gurgel, opinando sobre a constitucionalidade do Exame da OAB, desqualificando o parecer contrário, o qual sustenta a inconstitucionalidade do exame da OAB, defendido pelo Subprocurador da República, naquela época Rodrigo Janot.

Finalmente, o item 5, referente às Considerações Finais, o leitor poderá observar que foi alcançado no presente artigo no que diz respeito aos objetivos gerais e específicos, pois as hipóteses levantadas foram confirmadas; a metodologia utilizada foi alcançada na medida em que procuramos subsidiar o leitor por meio de sugestões e recomendações com base nas normas, jurisprudências e doutrinas do País.

2 – QUEM É QUEM SOBRE O EXAME DE SUFICIÊNCIA?

Neste item vamos inicialmente procurar mostrar ao leitor sobre o entendimento do Ministério da Educação sobre o exame de suficiência mostrando-lhes, *ipsis litteris*, sobre o pleito o qual protocolamos sob o nº 070355201046, em 26/10/2010, solicitando ao ex-Ministro da Educação, Dr. Fernando Haddad, que submetesse ao Presidente da República naquela época a extinção do exame de suficiência da OAB.

Diante disso, por meio da Nota Técnica nº 053/2011-CGLNES/GAB/SESu/MEC, de 25/1/2011, concluiu pela impossibilidade do atendimento, por tratar-se de matérias que não se encontram no âmbito de competência do Ministério da Educação.

Ainda, inconformado com o posicionamento do Ministério da Educação, protocolamos o processo NUP nº 00400.001900/2011-22, em 14/2/2011, junto à Advocacia-Geral da União, em atenção ao Advogado-Geral da União, naquela época ao Dr. Luís Inácio Lucena Adams, considerando que na Norma Técnica 53/2011 ficou demonstrado que há uma invasão de competência por parte das autarquias, ocasionando um conflito de normas.

Observa-se que, de um lado, tem o MEC, responsável em conferir aos bacharéis em diversas áreas do conhecimento humano, qualificando-os aptos a exercerem a profissão, no caso, o Bacharel em Direito e o Bacharel em Ciências Contábeis; por outro lado, a OAB e o CFC, que os habilitam exercerem a profissão, na qualidade de advogado e contador, respectivamente.

Assim, em atenção ao nosso processo junto a AGU, ressalva-se a atenção do referido órgão sobre o conteúdo questionado, pelo qual agradecemos; por essa razão, a Ouvidoria-Geral da Advocacia-Geral da União (AGU) encaminhou o processo à Consultoria-Geral da União, que emitiu a NOTA AGU/CGU/JCBM Nº 0001/2011, em 29/3/2011, por intermédio do Procurador-Federal, naquela época Júlio Cesar Barbosa Melo, informando ser inviável o acolhimento do pleito.

Por essa razão, por meio do Despacho da Chefia de Gabinete CGU/AGU nº 05/2011, de 30/3/2011, por incumbência do Sr. Consultor-Geral da União de encaminhar-me a Nota AGU/CGU/JCBM Nº 0001/2011, em 29/3/2011, informando “com o devido aprovo, que trata sobre proposta de extinção do exame de suficiência e outras medidas no sistema educacional a serem submetidas à Presidência da República, para ciência ao interessado”.

Com isso, o poder executivo por intermédio do Governo Federal, pelo Ministério da Educação, data vênua, não deve permitir que uma responsabilidade de sua competência seja executada por uma instituição no caso a OAB e o CFC, que se prevalecem de uma lei

a fim de efetuar um filtro do ensino pedagógico, por meio de um exame de suficiência, destruindo perspectivas no mercado de trabalho colocando bacharéis à margem do mercado de trabalho, inclusive contribuindo para o desemprego no País.

Pois entendemos que é uma afronta à Carta Magna e à Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional uma atribuição educacional ser tratada à margem das normas educacionais simplesmente por meio de um Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) e o CFC, utilizando uma Lei que, além de tratar de outras questões, alterou o Decreto-Lei nº 9.295/1946, que estabelece normas sobre a profissão contábil.

Reportando-nos à Nota Técnica nº 053/2011-CGLNES/GAB/SESu/MEC, de 25/1/2011 do Ministério da Educação, observa-se que o Poder Público, no caso o Ministério da Educação, conseqüentemente, o Presidente da República ao eximir-se de sua competência transferindo-a para a OAB e para o CFC, está deixando de cumprir normas constitucionais e a própria Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional.

Ainda, o pior é que as referidas instituições ao aplicarem os exames de suficiência não estão colaborando para melhoria do ensino no país, muito pelo contrário elas colocam o bacharel reprovado num *status* de vexame, humilhação, discriminação, incapacidade, decepção e sem nenhuma perspectiva no mercado de trabalho no ramo da advocacia, além do mais, submetendo-os aos exames contendo textos longos eivados de antinomias e silogismo que conduzem os candidatos a cometerem erros, principalmente pelas péssimas opções de respostas.

De sorte que, ante essa realidade citada, não é demais ater-se aos ensinamentos do saudoso Professor Luiz Flávio Gomes, publicados em seu artigo "Faculdades de Direito: O Problema Não é a Quantidade, Sim a Qualidade"¹³, senão vejamos:

A reprovação nos exames de ordem, naturalmente, é altíssima (cerca de 80%). Quantos bacharéis "descarreados"! O despreparo do aluno e, muitas vezes, da faculdade é patente. Autoridades do MEC e representantes da OAB criticam insistentemente as faculdades, que procuram jogar a culpa no desinteresse e na carência de base dos alunos. A verdade é que as faculdades não conseguem remunerar bem nem reunir professores preparados em todas as áreas do

¹³ GOMES, Luiz Flávio. **Faculdades de Direito: O Problema Não é a Quantidade, Sim a Qualidade**. Disponível em: <http://www.editoramagister.com>. Acesso em: 15/04/2021.

conhecimento jurídico. Elas se parecem com as velhas orquestras (todas falidas): muitos professores (desafinados) “tocando” (ensinando) para poucos alunos. Essa tradição do século XIX está na contramão da era comunicacional.

Mídia, MEC e OAB, em geral, criticam a quantidade de faculdades de direito existente no país (cerca de 1.100). O problema, no entanto (por incrível que pareça), não é quantitativo, senão qualitativo (qualidade do ensino). Apenas 15% da faixa etária universitária (17 a 25 anos) estão frequentando um curso superior no Brasil. Esse percentual é vergonhoso e ridículo quando comparado com outros países (Argentina quase 20%, Chile 38%, Coreia do Sul mais de 60% etc.). Nosso problema, evidentemente, não é de sobra, sim, de falta de faculdades. Só não enxerga isso quem quer ver.

Assim, o saudoso Mestre finalizou o seu artigo:

O mundo mudou radicalmente, a forma de ensinar se revolucionou, as tecnologias da informação e da comunicação romperam todos os paradigmas históricos da humanidade: e ainda continuamos apegados ao atraso, ao analfabetismo, ao obscurantismo, ao conservadorismo. Seguramente esse não é o melhor caminho para nossa nação.

Por sua vez, com 60 anos de idade, em 04/03/2010, fui diplomado Bacharel em Direito, por essa razão, vale ressaltar que sou testemunha viva do que seja nos dias atuais o ensino em uma faculdade privada e a lastimável perspectiva no mercado de trabalho dos bacharéis em direito, também dos bacharéis em ciências contábeis.

Em vista disso, uma faculdade privada, mesmo que autorizada e credenciada pelo MEC, não resolve de forma satisfatória o problema de aprendizado dos cursos superiores, principalmente do curso de direito.

Enfim, nesse contexto ao que nos referimos alguém está enganando a sociedade brasileira, ou seja, será o Poder Executivo, por intermédio do Ministério da Educação e da Presidência da República que supostamente pela Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional dá amplos poderes ao exercício da profissão ao bacharel mediante capacitação adquirida nos bancos da faculdade ou será a OAB ou CFC que mediante exames de suficiências, os quais são aplicados sob alegação de impedir o mau profissional de exercer

sua profissão, confere capacitação ao bacharel aprovado dando-lhe o direito de exercê-la e com isso ter o título de Doutor?

Ora, deixa ver se eu entendi: O MEC, por meio do Exame Nacional de Desempenho de Estudantes (ENADE), destina-se a avaliar a qualidade do curso e não o desempenho individual de cada acadêmico, diante disso, o aluno precisa fazer a prova, ou seja, o **PROVÃO**, para receber o seu diploma. Já a OAB e o CFC avaliam o bacharel em direito e de ciências contábeis, respectivamente, ao aplicar o exame de suficiência, permitindo-lhes exercerem a profissão de advogado e contador.

Afinal, a competência de avaliação do ensino, bem como da inserção do diplomado nos setores profissionalizantes não é do MEC? Nesse sentido, o Ofício nº 075/2011 – CGLNES/GAB/SESu/MEC-rcc, de 25/01/201114, do Secretário de Educação Superior, Luiz Cláudio Costa, naquela época esclareceu:

[...]

6. A Constituição Federal, ao assinalar as competências privativas da União, no artigo 22, disciplinou, em seu inciso XVI, a competência para legislar sobre condições para o exercício profissional e, no inciso XXIV, a competência para legislar sobre Diretrizes e Bases da Educação Nacional.

7. Por seu turno, o art. 5º, inciso XIII, da Carta Magna, estabelece:

Art. 5º [...]

XIII – é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer.

8. O dispositivo constitucional contém dois aspectos fundamentais para esclarecer a questão suscitada: “exercício de qualquer (...) profissão e ‘qualificações profissionais que a lei estabelecer’”. A atual Constituição Federal deixou claramente caracterizado o aspecto diferenciado no tratamento destes assuntos.

14 BRASIL. MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. Secretaria de Educação Superior. **Ofício nº 075/2011 – CGLNES/GAB/SESu/MEC-rcc, de 25/01/2011**, emitido ao em resposta ao requerimento protocolado sob o nº 070355/2010-46, protocolado em 26/10/2010, opinando pela impossibilidade do pleito postulado pelo Bacharel em Direito Edson Sebastião de Almeida. Brasília (DF), 25 de janeiro de 2011.

9. Uma coisa é a atribuição da área educacional de definição de diretrizes para a organização, funcionamento e supervisão dos sistemas de ensino e das escolas, em termos de diretrizes para estruturação curricular dos cursos, determinando condições de oferta, critérios e procedimentos de avaliação da aprendizagem, requisitos para a matrícula e aproveitamento de estudos e de competências constituídas, bem como para expedição de certificados e diplomas. Resta claro, pois, competir aos órgãos próprios do sistema educacional a autorização para a instalação e funcionamento de cursos, bem como a aprovação dos respectivos planos de cursos, a supervisão do seu funcionamento e o registro de seus diplomas, para que tenham validade nacional.

10. Aliás, nos termos do parágrafo único do artigo 41 da LDB, os diplomas dos cursos de educação profissional, quando registrados no órgão próprio do sistema educacional, terão validade nacional.

11. Outra coisa é a competência dos órgãos de fiscalização do exercício profissional, no que se refere às atribuições principais e à ética profissional. Não cabe ao órgão profissional definir condições de funcionamento de cursos e de programas educacionais. O que lhes compete é definir as atribuições profissionais correspondentes a partir da respectiva lei de regulamentação da profissão, considerando o diploma expedido e registrado por escolas autorizadas e supervisionadas pelos órgãos do sistema educacional, como determinam as próprias leis referentes à regulamentação das profissões.

12. Em suma, os conselhos de fiscalização das profissões regulamentadas têm a atribuição de fiscalizar o exercício profissional que resulte de uma qualificação exigida por determinação legal; aos sistemas de ensino incumbe, nos termos do art. 43 da LDB, fornecer à sociedade esses profissionais, portadores da qualificação que a lei exige, comprovada, nos termos do art. 48, pelo diploma devidamente registrado.

13. As atribuições de um ou de outro sistema não são concorrentes, mas complementares. Um cuida da educação e outro cuida do

exercício profissional. Para o cumprimento e implementação destes ditames constitucionais, o Estado brasileiro editou diplomas legais que explicitam a forma de execução destas competências.

14. Cabe ressaltar que o diploma de graduação não é específico para uma única área de atuação. Pelo contrário, a formação em curso superior abre um leque de possibilidade de atuação em diversas áreas.

Em vista disso, observa-se que o Secretário de Educação naquela época, por meio do mencionado Ofício, buscou não acatar o pleito do postulante, a fim de não criar um impasse com os Conselhos Profissionalizantes, no caso a OAB e o CFC, pois é notório quando menciona que: “o diploma de graduação não é específico para uma única área de atuação”.

Ora, até o Relator Ministro Marco Aurélio, no julgamento do RE nº 603.583/RS, seguiu tal afirmação que não é verdadeira, pois, nas organizações empresariais nos cargos de diretores, conselhos de administração, assessoria jurídica, corpo docente das faculdades de direito, eles são rejeitados e as opções das contratações são de advogados, que possuem carteira da OAB.

Com isso, o Secretário de Educação completa afirmando que: “pelo contrário, a formação em curso superior abre um leque de possibilidade de atuação em diversas áreas”. Ora, o Bacharel em Direito estudou durante 5 (cinco) anos no intuito de quando diplomado viesse a exercer a advocacia, a fim de ser qualificado como advogado, enquanto o Bacharel em Ciências Contábeis, de atuar na atividade contábil, sendo qualificado como contador.

Já aquelas funções públicas que acolhem os bacharéis de direito, que não requer o exercício da advocacia, todavia eles submetem-se, durante anos aos extorsivos cursinhos preparatórios cujos concursos são verdadeiros filtros para poucas vagas com taxas elevadas para inscrição do candidato, por outro lado, diga-se, nem todos os bacharéis e familiares possuem condições financeiras a fim de após o bacharel terminar um curso numa instituição de educação privada submeter-se aos cursos preparatórios, sejam eles para os exames de suficiências ou concursos públicos.

Além disso, a nossa CF/1988 não permite discriminação, que é notória na imposição dos exames de suficiência. De fato, os bacharéis de direito reprovados são marginalizados pela sociedade brasileira em vários níveis, a exemplo de colegas de faculdades, trabalho, família, corporativismo de escritórios de advocacia, empresas, *Bullying Social* etc.

O pior é que até o Poder Público discrimina o bacharel em direito, quer seja em blitz policial, delegacias, fazendas públicas, seções judiciárias, etc., ou seja, advogado aprovado pela OAB é Dr., e Bacharel em Direito é Sr., ou qualquer outro tratamento que o servidor ou cidadão deseja dar, bem como local reservado para atendimento, isto é, salas especiais (art. 7º, §4º, EAOAB), disponíveis aos advogados com carteira da OAB, enquanto, os bacharéis em direito não podem utiliza-las, mesmo sendo eles idosos, isso é fato e não *fake news*.

Ainda, outra discriminação é com relação aos idosos, pois presenciei candidatos submetendo-se ao exame da ordem que em função da idade tinham dificuldades de andar, doentes, etc., ora, ante o lapso temporal de uma perspectiva de vida futura, é bastante vexatória a imposição de exames aos idosos, tão somente para se obter sua prerrogativa no sentido de habilitar-se a uma entidade de classe, no caso a OAB, inclusive muitos deles são engenheiros, médicos, administradores, contadores, entre outros profissionais, que o direito notadamente aumentou ainda mais o seu conhecimento no seu campo de atuação profissional. Aliás, será que o dispositivo dos Estatutos dos Idosos que não permite discriminações é letra morta em relação aos exames da ordem?

Por outro lado, o Poder Público não oferece faculdades para atender à demanda da sociedade brasileira; por essa razão, aquele pretendente a ser diplomado no ensino superior, o qual foi impossibilitado de ingressar nas faculdades públicas, submete-se a ingressar nas faculdades das iniciativas privadas.

Em que pese às faculdades privadas na sua maioria serem reconhecidas pelo MEC, elas estão inseridas num contexto desfavorável ao aprendizado e às finanças do aluno; por sua vez, para piorar, o Poder Público, por meio das normas tributárias, não permite, para fins do Imposto de Renda Pessoa Física – IRPF, a dedução integral das mensalidades pagas no decorrer de cada exercício, inclusive com base num cálculo fora de uma realidade econômica a qual nenhum contribuinte sabe de que forma foi calculado.

Também, o Fies (Financiamento Estudantil) e o Pro Uni (Programa Universidade para Todos) são financiamentos concedidos pelo Governo baseados em critérios socioeconômicos; alunos de famílias de baixa renda que cursaram o ensino médio em escolas públicas e ainda não têm curso superior; seleção baseada a partir das notas obtidas no ENEM (Exame Nacional do Ensino Médio), aliada à qualidade e ao mérito dos estudantes com melhores desempenhos acadêmicos.

De sorte que notamos que tais medidas refletem o neoliberalismo na educação em que se busca pela eficiência e eficácia no desempenho por meio da “Qualidade Total”, a

fim de justificar um financiamento educacional para cursos superiores em instituições de ensino privadas, o qual acaba aniquilando o papel do Estado com a educação na adoção de investimentos em ensino básico e superior da rede pública.

De fato, especialistas em educação superior defendem um maior investimento no ensino básico brasileiro para aumentar o acesso de estudantes ao ensino superior, concluindo que o Pro Uni e o Fies são importantes, mas não resolvem o problema.

Aliás, um dos investimentos no ensino médio deveria ser a retomada dos cursos técnicos profissionalizantes, necessários ao mercado de trabalho e desprezados pelo Governo e pelas instituições de ensino sob a égide do capitalismo, interessadas apenas com aqueles cursos cujo retorno é satisfatório para conta de resultados daquelas instituições.

Ademais, os cursos técnicos sob a responsabilidade do MEC proporcionam àqueles alunos do ensino médio uma prévia preparação no sentido de futuramente ingressarem numa faculdade relacionada àquela área a qual foi cursada pelo aluno, por exemplo, o Técnico em Contabilidade terá teoricamente um melhor rendimento caso venha optar pelo curso de Ciências Contábeis, o que deveria ser uma avaliação pontual e não generalista.

Vale ressaltar que o Governo Federal, pelo Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE), libera recursos que são colocados à disposição das escolas públicas de educação básica e secretarias de educação, a fim de atender ao programa Nacional de Alimentação Escolar (Pnae), ao Programa Brasil Alfabetizado e ao Programa Dinheiro Direto na Escola (PDDE).

Os citados recursos indiscutivelmente mostram a preocupação do Governo com relação ao desenvolvimento da educação, todavia, na prática, caso não haja um controle eficaz dos gastos originados em decorrência do efetivo atendimento dos citados programas, entendemos que os esforços do Governo e do contribuinte ficarão comprometidos.

De fato, uma situação semelhante aos controles com gastos públicos ocorre com o aumento da carga tributária, que segundo o ex-Secretário da Receita Federal, o Dr. Everardo Maciel, em sua palestra sobre o tema: Tendência da tributação na era da fiscalidade de massa: simplificação, justiça fiscal e efetividade arrecadatória, no II Seminário do Instituto Pernambucano de Estudos Tributários, realizado no Mar Hotel em Recife (PE), nos dias 02 e 03/09/2004, afirmou que o aumento da carga tributária deve-se à falta de

controle dos gastos públicos, percebe-se que a data do seminário foi no mês de setembro de 2004, mas atualmente continuamos com uma carga tributária elevada.

Em vista disso, considerando o neoliberalismo, somos sabedores de que no cenário internacional não podemos deixar de mencionar que durante o governo Reagan, em 1987, intensificou-se a política econômica de desmontagem do Estado de bem-estar social, a desregulamentação da economia, a ampliação do desemprego e medidas favoráveis à concentração da renda dos mais ricos, dentro dos princípios do neoliberalismo.

Na política, o neoliberalismo só se efetivou com os governos conservadores de Margareth Thatcher, a partir de 1979, no Reino Unido, Ronald Reagan, a partir de 1980, nos Estados Unidos, e Helmut Kohl, a partir de 1982, na Alemanha, espalhando-se mundialmente.

Portanto, num mundo de grandes potências empresariais as médias e pequenas empresas tiveram de orientar-se pelas suas decisões estratégicas, a exemplo das terceirizações e franquias, cujos objetivos foram no sentido de buscar custos produtivos e adequar-se ao mercado.

Assim, as incorporações e fusões fixando-se na área de atração principal, bem como contratar outra empresa que fizesse a segurança, por exemplo, em vez de realizá-la com funcionários próprios, a terceirização de serviços passou a ser uma constante, inclusive atualmente presenciamos uma crescente terceirização na economia, o que é o pior, até mesmo de atividade-fim e não apenas de atividade-meio.

Também, o direito de uso de uma marca de produtos ou serviços já consagrada no mercado irradiou-se por quase todos os países; ressalva-se que, com a Pandemia do Coronavírus – COVID 19, existiu uma retração do mercado.

Convém lembrar que a globalização estimulou a formação de blocos econômicos, associações regionais de livre mercado, derrubando barreiras protecionistas. Assim, a nova lógica do capitalismo globalizado veio intensificar as privatizações com as vendas de empresas estatais, ampliando os espaços econômicos, bem como a subordinação dos Estados minimizados à lógica do mercado internacionalizado.

Por sua vez, o Estado mínimo envolve redução dos gastos públicos com saúde, educação e previdência social, o que veio a desmontar o Estado do bem-estar social nos países desenvolvidos.

Já nos países em desenvolvimento agravou de forma geral o quadro social, gerando pobreza para a maioria e riqueza para uma minoria de pessoas; por outro lado, a Terceira Revolução Industrial, em que o uso de alta tecnologia (robótica, informatização etc.) trouxe para o mundo a questão do desemprego, incluindo-se o remanejamento e demissão de funcionários e o enxugamento estatal.

De sorte que o neoliberalismo pelo domínio capitalista sobre os meios e modo de produção legitima as diferentes estratégias de dominação; desse modo, na última década do século XX as organizações adotaram os paradigmas industriais e empresariais.

Em vista disso, reportando-nos aos estabelecimentos de ensino, estes não ficaram à margem da mencionada tendência, pois são vistos como empresas, onde a educação é o seu produto mais significativo situada no modo de produção capitalista; por essa razão, os estabelecimentos de ensino ao se estruturarem para seu melhor desempenho e eficiência gerencial, assumiram uma postura onipotente, assumindo o paradigma industrial.

Nesse contexto, Sidney Nilton de Oliveira¹⁵ afirma:

A chamada era da modernidade levou grupos, organizações e instituições a buscarem a naturalização da ideologia dominante na conscientização e no comprometimento dos seus componentes. Vinda da indústria, a ideologia da qualidade e da produtividade invadiu o Brasil há mais de uma década bancos, clubes, associações, hospitais e, é claro, escolas e universidades.

Por sua vez, houve uma ascensão do privado e uma queda do público, Sidney Nilton de Oliveira afirma (OLIVEIRA, 1992, p. 127-131): “instalou-se o dogma do privado e o público tornou-se maldito”. Assim, conclui o seu entendimento (OLIVEIRA, 1992, p. 127-131): “Em uma época de valorização do privado em detrimento do público a fantasia onipotente do neoliberalismo e a perversão da globalização parecem acentuar a hegemonia da ideologia dominante”.

De maneira que a educação nesse contexto do neoliberalismo também teve que adotar os novos paradigmas gerenciais, por exemplo, a necessidade de avaliar-se usando alguns instrumentos, tais como: Plano Nacional do Ensino Médio (ENEM), o ENADE, etc.

¹⁵ OLIVEIRA, Sidney Nilton de. **Educação e Psicologia no Neoliberalismo**. Salvador: Revista da FAEBA/Universidade do Estado da Bahia, Departamento de Educação. 1992, p. 129-130.

Enfim, a busca pela eficiência e eficácia no desempenho foi traduzida nas organizações, sociedade e na mídia pela “Qualidade Total”; entretanto, a Qualidade Total não se traduz apenas em diminuir custos, otimizar processo etc., ou seja, vai além do aspecto técnico, incorporando-se uma estratégia de controle psicossocial dos indivíduos. Além disso, os modismos adotados pelo capitalismo nada mais são que implantações de processos, data vênia, visando à mais-valia.

Ainda, nas organizações, bem como nas instituições de ensino, a psicologia na educação esteve sempre ligada a problemas de aprendizagem, socialização, medidas de inteligência, adaptação, etc.

Contudo, no sistema capitalista a dominação utilizou esse mecanismo com objetivo de reduzir os indivíduos, os grupos e organizações; por esse motivo, o indivíduo afetivamente adere à cultura organizacional, exemplificando, implica conscientização e comprometimento cujo objetivo é a maximização do desempenho para alcance de metas, ou melhor, sobre a psicologia na escola, e Sidney Nilton de Oliveira¹⁶ conclui:

Construir uma crítica efetiva da psicologia implica afastar-se de idealismos, palavras de ordem e dogmas paradoxais. Mas essa crítica só será levada a cabo se estiver comprometida com a busca de uma psicologia emancipadora. A relação da psicologia com a ideologia capitalista não pode se tornar o obituário da psicologia. A dialética da contradição é que permite transformar. Para isso, é necessário superar o reacionarismo de uma visão reprodutivista-pessimista da psicologia na educação.

No contexto atual, por meio dos canais de comunicação, o Governo projeta uma imagem que é voltada às ações de cunho social, entretanto, o que presenciamos na educação notadamente é o paradigma neoliberal, em que prevalece o interesse econômico em detrimento do aprendizado.

De fato, a formação acadêmica não termina com a colação de grau, pois, levando em consideração os atuais métodos pedagógicos aplicados, percebemos que acabam ocasionando para aqueles formandos de diversas áreas dos conhecimentos a necessidade

¹⁶ OLIVEIRA, Sidney Nilton de. **Educação e Psicologia no Neoliberalismo**. Salvador: Revista da FAEBA/Universidade do Estado da Bahia, Departamento de Educação. 1992, p. 134.

de uma pós-graduação, seja para suprir a deficiência do ensino, seja para atender às exigências do mercado de trabalho, que prefere aquele profissional especializado.

Também, tal especialização deveria ser parte integrante da grade curricular de direito e/ou de outros cursos, não necessitando de uma pós-graduação que não passa de uma exploração financeira inserida no sistema educacional.

Ainda, nos cursos de direito em seu corpo docente é comum ter juízes, promotores, procuradores, delegados, etc., no entanto, em que pese a seus vastos conhecimentos, bem como às exigências de mestrados por parte das instituições de ensino superior, segundo o nosso entendimento tais exigências não são suficientes para o melhor desempenho do aluno, pois na atualidade há um descompasso na estrutura dos métodos pedagógicos em relação ao aprendizado.

De fato, entendemos, data vênia, que o aprendizado deve ser orientado por aqueles mestres e profissionais comprometidos com a educação, executado em um ambiente onde prevaleça o paradigma da psicologia na educação e não a maximização do desempenho para alcance de metas peculiar do paradigma industrial adotado no neoliberalismo na busca pela eficiência e eficácia.

Além do mais, notamos que o acadêmico de direito dedica dois anos com disciplinas propedêuticas¹⁷, tais como: filosofia, sociologia, psicologia, ciência política, economia, antropologia, estudos culturais, etc., todavia, tais disciplinas deveriam ser substituídas por aquelas voltadas para uma concepção profissionalizante cobradas no mercado de trabalho, possibilitando ao acadêmico uma preparação profissional para no futuro prestarem exames de avaliação de qualquer natureza que são exigidas no mercado de trabalho.

Enfim, em que pese ao pensamento reflexivo oriundo das disciplinas propedêuticas, entendo que tal carga horária deve ser repensada substituindo-as por disciplinas profissionalizantes que efetivamente são cobradas nos concursos de qualquer natureza, isto é, desenvolver um aprendizado sistêmico voltado para o melhor desempenho na utilização dos códigos os quais são de fundamental importância para aqueles que lidam com o dia a dia das leis.

Além disso, nas grades curriculares das faculdades de direito possuem disciplinas repetitivas já estudadas que aumentam a duração do curso e o custo das mensalidades

¹⁷ ALMEIDA, Edson Sebastião de. **Questões polêmicas dos exames de suficiência da OAB e do CRC, instituídos por leis infraconstitucionais.** Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2945, 25 jul. 2011. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/19627>. Acesso em: 26/7/2011.

pagas para conclusão do curso, por exemplo, observamos que são exigidas nas mencionadas grades curriculares Direito Empresarial I, II e III, Direito Comercial I e II e Direito Falimentar; com isso, no mínimo há uma perda de 2 (dois) semestres, que poderiam diminuir a duração do curso ou haver melhor aproveitamento do curso de direito.

Portanto, em nosso artigo “Questões polêmicas dos exames de suficiência da OAB e do CRC, instituídos por leis infraconstitucionais”¹⁸ sobre a carga horária dos cursos de direito se constitui num entrave à formação dos alunos de direito, e o que é pior, sujeitos aos exames de suficiência da OAB, inclusive em decorrência das disciplinas propedêuticas, as quais numa reforma da educação poderiam ser exigidas no ensino fundamental, senão vejamos:

De maneira que o nosso posicionamento em relação às disciplinas propedêuticas deve-se ao fato de a carga horária se constituir num entrave à formação dos alunos de Direito sujeitos aos Exames de Suficiência da OAB e não à formação geral, humanística, reflexiva, axiológica e crítica, peculiares das disciplinas propedêuticas, conforme citamos filosofia, sociologia, psicologia e outras, indiscutivelmente contribuem para formação profissional do futuro Bacharel em Direito, dando-lhe capacidade de análise, domínio de conceitos e da terminologia jurídica, bem como adequada argumentação, interpretação e valorização dos fenômenos jurídicos e sociais.

De fato, os críticos que defendem as disciplinas propedêuticas nos cursos de Direito, a exemplo do autor Abili Lázaro Castro de Lima, em seu artigo: “A função e a importância das disciplinas propedêuticas nas estruturas curriculares dos cursos de Direito no Brasil” nos mostram com bastante sabedoria que os Exames de Suficiência da OAB são obstáculos para melhor formação do Bacharel em Direito, senão vejamos:

“Os críticos dessa concepção de ensino jurídico argumentam que os cursos de Direito devem ser voltados tão somente à formação profissional (especificamente à formação de advogados), bem como devem prioritariamente capacitar os estudantes para serem

¹⁸ Ibidem

aprovados nos exames para ingresso na OAB. Alegam ainda que a carga horária dedicada às disciplinas propedêuticas que possibilitam a formação geral, humanística, reflexiva e crítica constituem um entrave para uma maior verticalização do ensino das disciplinas profissionalizantes, obstando um melhor desempenho dos bacharéis no exercício da advocacia e no exame da OAB”. (LIMA, 2005, p.78-79)

“Outro argumento que não merece prosperar é que o curso de Direito deve estar voltado prioritariamente para capacitar os alunos para serem aprovados no exame de ingressos nos quadros da OAB”. (LIMA, 2005, p. 81)

“Portanto, direcionar a formação dos alunos para serem bem-sucedidos no Exame da Ordem dos Advogados é cometer o mesmo equívoco que o ensino médio acabou incorrendo ao preparar prioritariamente os alunos para o vestibular, ou seja, conferir ao curso de Direito um caráter meramente instrumental ao invés de um caráter formativo (por meio da conjugação do conhecimento profissional e geral). O resultado da experiência do ensino médio foi um ensino meramente voltado à armazenagem de informação, descuidando-se do ensino formativo, que possibilita a capacidade de leitura, de interpretação e de reflexão, fazendo com que os alunos dele egressos tenham uma grande dificuldade de se adaptarem às exigências do ensino superior quando tais habilidades lhes são exigidas”. (LIMA, 2005, p. 81)

Vale ressaltar que não é apenas a OAB que se preocupa com a inserção de faculdades indiscriminadamente no sistema educacional, mas todos educadores se preocupam, porém, a pergunta é a seguinte: o que as instituições têm feito para melhoria do aprendizado no país, além das críticas?

Também, é comum no atual sistema educacional, referente ao ensino superior, encontrarmos anomalias que dificultam o aprendizado, por exemplo, aqueles alunos transferidos de uma faculdade para outra, acabam prejudicados na conclusão do curso, pois as faculdades adotam grades curriculares distintas e não unificadas.

Ainda, há um deslocamento daqueles notáveis professores para os cursinhos preparatórios de exames de suficiência, concursos, etc.; demissões de conceituados

mestres os quais são substituídos a fim de redução de custos, contratando professores cujos salários são inferiores daqueles que foram demitidos.

Contudo, quanto às anomalias existentes, deixo para análise daqueles conceituados profissionais voltados para o destino da educação do País, comprometidos com o processo ensino-aprendizagem. Vale ressaltar que, apesar da perversidade do sistema educacional, ainda temos professores e profissionais, de maneira geral, comprometidos com a educação, pois pude comprovar tal fato naquela instituição de ensino onde conclui o curso de direito, bem como em outras instituições de ensino as quais estudei.

Ainda, em relação ao ensino no País, o Governo limita a idade em 24 anos para que um filho venha ser considerado dependente para fins previdenciários e tributários, isto é, até que ele conclua o curso superior, entretanto, no contexto atual aqueles bacharéis de direito ou de ciências contábeis ou qualquer outro bacharel de outra área de conhecimento que não venham a obter uma pós-graduação, especialização, MBA, mestrados, doutorados, etc., bem como aqueles que não são aprovados nos exames de suficiência, ficarão à margem do mercado de trabalho.

É de notar que para fins do IRPF/2021, o limite das despesas com educação por dependentes é de R\$ 3.561,50 (três mil e quinhentos e sessenta e um reais e cinquenta centavos). Tais despesas referem-se ao ensino infantil, fundamental, médio, técnico e superior, aliás, esse limite é uma extorsão, isto é, um verdadeiro planejamento tributário do poder tributante, a fim de aumentar a arrecadação dos cofres públicos.

Ademais, na sociedade contemporânea os pais necessitam preparar seus filhos para um mercado de trabalho bastante competitivo, bem como para concursos públicos. Com isso, muitos filhos residem com os pais sendo dependentes até conseguirem sua independência financeira.

Desse modo, a Administração Pública poderia propor o aumento da idade para os dependentes de 24 anos para 27 anos, a exemplo do que ocorre em alguns países da Europa, tais como: República Checa, Bélgica¹⁹ e outros, pois nada mais justo para preparação do recém-formado habilitando-o para inserção no mercado de trabalho, beneficiando sobretudo os responsáveis em relação aos aspectos previdenciários e tributários.

¹⁹ ALMEIDA, Edson Sebastião de. **Questões polêmicas dos exames de suficiência da OAB e do CRC, instituídos por leis infraconstitucionais.** Jus Navigandi, Teresina, ano 16, nº 2945, 25 jul. 2011. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/19627>. Acesso em: 25/7/2011.

Em vista disso, será que o aprendizado termina com 24 anos? Lógico que não. Mas o que presenciamos são os aumentos de faculdades privadas credenciadas junto ao MEC, implementações de cursinhos preparatórios para exames de suficiência com mensalidades idênticas às cobradas nas faculdades, cursos de pós-graduação, oferecidos pelas mesmas faculdades onde o bacharel foi diplomado, mestrados, etc., com valores exorbitantes das mensalidades.

Enfim, há um total desrespeito aos direitos e garantias fundamentais, culminando em uma discriminação e aos direitos humanos numa escalada sem precedentes, contrariando nossa CF/1988, pois fica praticamente inviável para aquele acadêmico dependente dos seus pais pobres ou de classe média e aqueles que trabalham e estudam para ajudar no sustento da família cursar uma pós-graduação, mestrado, doutorado, cursinho para exame da OAB e CFC, resumindo: o acadêmico é um forte candidato a ser reprovado no intolerável exame de suficiência da OAB ou CFC.

Além do mais, tampouco conquistará *status* profissional que exige currículos de cursos aos quais nos referimos e sim será fadado a uma escravidão moderna diante do corporativismo das governanças corporativas numa afronta a nossa CF/1988, sob a égide do Estado Democrático de Direito, não observando isonomia, dignidade da pessoa humana, legalidade, direitos à liberdade do livre exercício da profissão.

Também, atualmente nos deparamos com o avanço de forma acelerada da violência em que, por mais que o Estado se proponha a cumprir o seu papel, notamos que ele é impotente, e, por esse motivo, a sociedade brasileira está fragilizada.

De fato, não são apenas os homens comuns que são vítimas da violência, mas também os juízes, desembargadores, promotores, professores, delegados, advogados, bacharéis, deputados, vereadores, etc.

Ora, todos os esforços serão inúteis numa sociedade, caso tenhamos perdas humanas por falta de vontade política e social, mas a solução está aliada a dicotomia família e educação. Por essas razões, de nada adiantarão esforços no sentido de eliminar a violência, se for ignorada a questão da educação das gerações presentes e futuras.

Reportando-nos aos exames da OAB, a instituição em seu Estatuto proíbe que profissionais inscritos na ordem utilizem meios de comunicação para o uso da advocacia e aos bacharéis de direito não inscritos o impedimento total de qualquer ato que venha praticar.

Pois o advogado e o bacharel em direito estão impossibilitados de utilizarem os meios de comunicação de forma ampla e sim restrita, aliás, os artigos 39 ao 47, que tratam da publicidade profissional, previstos na Resolução nº 02/2015, de 19/10/2015, que aprovou o Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados – OAB, discorrem sobre os procedimentos que serão utilizados pelo advogado junto aos meios de comunicação.

Não obstante, caso as ciências jurídicas fossem utilizadas pelos canais de comunicação para o bem comum, certamente poderiam beneficiar a família, a educação e a segurança do País, a exemplo do Café Filosófico realizado na TV Cultura em parceria com o Instituto CPFL, ocasião em que são debatidos temas que engradem o saber no meio filosófico.

Além disso, data vênia, a OAB poderia utilizar o seu vasto conhecimento jurídico e sua influência política administrativa no sentido de ajudar o Governo e a sociedade no combate ao crime, não ficando à margem do crescente aumento do crime organizado, entre outros, os quais presenciamos no País.

Enfim, a escalada de tais crimes, se não for levada a sério, poderemos no futuro nos deparar com uma Guerra Civil; entretanto, todos nós brasileiros queremos uma sociedade em que prevaleça a liberdade, a igualdade e a fraternidade, numa nação livre e soberana, voltada para os direitos humanos num meio ambiente defendido e preservado para presentes e futuras gerações.

3 – CONFLITOS DE NORMAS SOBRE A FORMAÇÃO ACADÊMICA E O EXERCÍCIO DA PROFISSÃO

De sorte que convivemos num conflito de normas que prejudica a todos, isto é, enfraquece as instituições e aniquilam os Bacharéis em Direito e agora os Bacharéis em Ciências Contábeis, na medida em que os inibem de exercerem seus direitos e garantias constitucionais.

De fato, a Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5/10/1988, assim determina:

20 ANGHER, Anne Joyce. **Vade Mecum Acadêmico de Direito Rideel**. 27 ed. São Paulo: Rideel, 2018, p. 17-97.

Art. 1º - A República Federativa do Brasil, formada pela União indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I – a soberania;

II – a cidadania;

III – a dignidade da pessoa humana;

IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V – o pluralismo político.

Art. 3º - Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I – construir uma sociedade livre, justa e solidária;

IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

[...]

Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I – [...]

II – ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

[...]

XIII – é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;

[...]

Art. 6º - São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Art. 7º - São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

I – [...]

XXXII – proibição de distinção entre o trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos;

[...]

Art. 22 - Compete privativamente à União legislar sobre:

I – [...]

XVI – organização do sistema nacional de emprego e condições para o exercício de profissões;

[...]

XXIV – diretrizes e bases da educação nacional;

[...]

Art. 205 - A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

[...]

Art. 214 - A lei estabelecerá o plano nacional de educação, de duração decenal, com o objetivo de articular o sistema nacional de educação em regime de colaboração e definir diretrizes, objetivos, metas e estratégias de implementação para assegurar a manutenção e desenvolvimento do ensino em seus diversos níveis, etapas e

modalidades por meio de ações integradas dos poderes públicos das diferentes esferas federativas que conduzam a:

I – [...]

III – melhoria da qualidade do ensino;

IV – formação para o trabalho;

Ainda, neste subitem mostraremos os dispositivos legais das leis ordinárias que tratam normas sobre os exames de suficiência e da educação no contexto da OAB, CFC e do MEC, respectivamente, que estabelecem:

Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994²¹

Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB)

Art. 1º- [...]

Art. 8º - Para inscrição como advogado é necessário:

I – [...]

IV – aprovação em Exame de Ordem;

Lei nº 12.249, de 11/06//2010, publicada no DOU de 14/06/2010²²

O art. 76 alterou o art. 6º do Decreto-lei nº 9.295, de 27/5/1946

Dispõe sobre o Conselho Federal de Contabilidade e dá outras providências.

21 BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. **Lei nº 8.906, de 4/7/1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 28/1/2011.

22 BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. **Lei nº 12.249, de 11/6/2010, publicada no DOU de 14/6/2010. Altera o art. 6º do Decreto-lei nº 9.295, de 27/5/1946, que dispõe sobre o Conselho Federal de Contabilidade e dá outras providências**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 9/9/2010.

Art. 76. Os arts. 2º, 6º, 12, 21, 22, 23 e 27 do Decreto-Lei nº 9.295, de 27 de maio de 1946, passam a vigorar com a seguinte redação, renumerado-se o parágrafo único do art. 12 para § 1º:

Art. 2º - A fiscalização do exercício da profissão contábil, assim entendendo-se os profissionais habilitados como contadores e técnicos em contabilidade, será exercida pelo Conselho Federal de Contabilidade e pelos Conselhos Regionais de Contabilidade a que se refere o art. 1º." (NR)

Art. 6º. [...]

f) regular acerca dos princípios contábeis, do Exame de Suficiência, do cadastro de qualificação técnica e dos programas de educação continuada; e editar Normas Brasileiras de Contabilidade de natureza técnica e profissional. (NR)

Art. 12. Os profissionais a que se refere este Decreto-Lei somente poderão exercer a profissão após a regular conclusão do curso de Bacharelado em Ciências Contábeis, reconhecido pelo Ministério da Educação, aprovação em Exame de Suficiência e registro no Conselho Regional de Contabilidade a que estiverem sujeitos.

Lei nº 9.394, de 20/12/199623

Dispõe sobre as diretrizes e bases da educação nacional.

Art. 2º - A educação, dever da família e do Estado, inspirada nos princípios de liberdade e nos ideais de solidariedade humana, tem por finalidade o pleno desenvolvimento do educando, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Art. 3º - O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:

I – [...]

XI – vinculação entre a educação escolar, o trabalho e as práticas sociais.

Art. 43 - A educação superior tem por finalidade:

I – [...]

II – formar diplomados nas diferentes áreas de conhecimento, aptos para inserção em setores profissionais e para a participação no desenvolvimento da sociedade brasileira, e colaborar na sua formação contínua;

Art. 48 - Os diplomas de cursos superiores reconhecidos, quando registrados, terão validade nacional como prova da formação recebida por seu titular.

Também, argumentamos em relação aos Serviços Públicos que o Estado tem obrigação de fazer, que, observados os elementos norteadores dos Serviços Públicos, tais como essencialidade, vínculo com o Estado, e Regime Jurídico de Direito Público, tais serviços estão ligados à dignidade da pessoa humana.

Por esses motivos, o MEC, as instituições de ensino, as associações profissionalizantes, e outras pertinentes, devem estar em perfeita harmonia a fim de que prevaleçam os interesses públicos sob a égide das garantias fundamentais da CF/1988, portanto, em nosso artigo, esclarecemos²⁴:

Portanto, numa interpretação imediata, todos os Conselhos Profissionalizantes, o Ministério da Educação, o Ministério do Trabalho e o Ministério de Previdência Social estão em harmonia com a CF/1988, principalmente no tocante ao art. 1º, IV, art. 3º, IV, art. 5º, caput, XIII, art. 6º, art. 7º, XXXII, art. 22, XVI, art. 205 e art. 214, IV. Por essas razões, é notório que os sistemas não são concorrentes, mas complementares, e um cuida da educação e outro cuida do exercício profissional, como afirma o MEC, lógico que os demais conselhos estão em harmonia com o sistema complementando-os, porém a OAB e o CFC são concorrentes, estando em total desarmonia com o

²⁴ ALMEIDA, Edson Sebastião de. **Questões polêmicas dos exames de suficiência da OAB e do CRC, instituídos por leis infraconstitucionais.** Jus Navigandi, Teresina, ano 16, nº 2945, 25 jul. 2011. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/19627>. Acesso em: 25/7/2011.

sistema no contexto constitucional relacionado à educação e o exercício da profissão.

De sorte que concluímos que a obrigatoriedade dos exames de suficiência fere o princípio da isonomia, previsto na CF/1988, notadamente o caput do art. 5º, art. 7º, XXXII, nas relações de trabalho sobre a igualdade trabalhista, pois faz uma diferença muito grande entre ser advogado e ser bacharel em direito, quer dizer, o primeiro exerce a advocacia e o outro não; contudo, tais distinções são proibidas, nos termos do art. 7º, XXXII, CF/1988. Assim, sobre o princípio da isonomia, bem como a proibição constitucional de distinção entre profissionais, o MEC deu uma explicação evasiva na Nota Técnica nº 053/2011, item 14, fls. 3: "Cabe ressaltar que o diploma de graduação não é específico para uma única área de atuação. Pelo contrário, a formação em curso superior abre um leque de possibilidades de atuação em diversas áreas.

No que diz respeito ao princípio da isonomia previsto no art. 5º da Constituição Federal de 1988, pode-se afirmar na melhor doutrina que o autor Tiago Fachini²⁵ nos mostra que a isonomia tem como objetivo a adaptação dos meios para que eles atendam às diferenças e desigualdades entre as pessoas, com o propósito de possibilitar a aplicação das normas para todos da forma mais igual possível.

Nesse sentido, os mecanismos de isonomia profissional têm como objetivo diminuir as desigualdades entre profissionais de uma mesma categoria, ou entre pessoas distintas que procurem vagas profissionais similares.

De maneira que o art. 5º, Inciso XIII, ao determinar que "é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer", observa-se que o bacharel em direito é um advogado e não apenas aqueles que foram obrigados a submeter-se ao exame de suficiência da OAB e do CFC e conseguiram aprovação, por força de imposição de leis específicas; pois todos os bacharéis são qualificados pelas leis que instituíram os Conselhos Profissionalizantes no País, em outras palavras, sem imposição do exame de suficiência.

²⁵ FACHINI, Tiago. **Isonomia: o que é importância e quais são seus limites**. Disponível em: <https://www.projuris.com.br>. Acesso em: 22/4/2021.

Observa-se que mostramos ao leitor que o exame de suficiência está relacionado ao desempenho da advocacia por indivíduo de formação técnica deficiente, o que certamente poderá causar prejuízo irreparável ou, quando menos, de difícil reparação ao seu constituinte; diante disso, indagamos: será que a advocacia é mais importante que o desempenho da medicina por intermédio do médico de formação técnica deficiente o qual poderá causar um dano irreparável ao paciente que é a vida?

Ora, manifestamos que não, entretanto, não há paridade no livre exercício da profissão entre os Conselhos Profissionalizantes, de um lado os médicos utilizam a Lei nº 3.268, de 1957, recepcionada²⁶ pela CF/ 1988, a exemplo de outros Conselhos, que não exigem exame de suficiência, por outro lado, o Conselho dos advogados não utiliza a Lei nº 4.215/1963, revogada pelo art. 87, da Lei nº 8.906/1994, que obriga o uso da profissão pelo bacharel em direito mediante aprovação no exame de suficiência, nesse contexto, em nosso artigo, esclarecemos:

Portanto, com relação ao citado dispositivo constitucional, existem duas polêmicas, uma em relação à Teoria da Recepção e outra em relação à Eficácia Jurídica das Normas Constitucionais. De fato, com a instituição da Lei nº 8.906/1994 e Lei nº 12.249/2010, supostamente estas estariam de acordo com o dispositivo legal citado (art. 5º, XIII), isto é, as citadas Leis são constitucionais na medida em que as leis infraconstitucionais restringem o livre exercício da profissão. Porém, discordamos com esse entendimento, pois, quando entrou em vigor a CF/1988, não existia vácuo normativo em relação às leis disciplinadoras dos Conselhos Profissionalizantes. Por essa razão, acreditamos que pelo princípio da recepção todas as Leis instituidoras dos Conselhos e ordens incumbidos da fiscalização das profissões, a exemplo da Lei nº 5.194, de 24/12/1966, do Conselho Federal de Engenheiro, Arquiteto e Engenheiro-Agrônomo (Crea), Lei nº 5.905, de 12/7/1973, do Conselho Federal de Enfermagem (Cofen), Lei nº 3.268, de 30/9/1957, do Conselho Federal de Medicina, Lei nº 4.215, de 27/04/1963, da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) e Decreto-lei nº 9.295, de 27/5/1946, do Conselho Federal de Contabilidade (CFC), etc., tacitamente foram recepcionadas pela

²⁶ ALMEIDA, Edson Sebastião de. **Questões polêmicas dos exames de suficiência da OAB e do CRC, instituídos por leis infraconstitucionais.** Jus Navigandi, Teresina, ano 16, nº 2945, 25 jul. 2011. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/19627>. Acesso em: 25/7/2011.

CF/1988, em seu art. 5º, inciso XIII, pois as citadas leis já existiam naquela época, até mesmo algumas delas estão vigentes até hoje no ordenamento jurídico.

Também, há uma polêmica em relação à eficácia jurídica das normas constitucionais, em que o legislador utilizou a eficácia contida²⁷, diferente da melhor doutrina, data vênia, entendemos que o referido conceito foi para justificar a adoção do exame de suficiência da OAB, previsto na Lei nº 8.906/1994, restringindo o livre exercício da profissão, nos termos do inciso XIII, art. 5º da CF/1988.

Pois o inciso XIII, art. 5º da CF/1988, é de eficácia plena, tornando possível sua aplicação de maneira direta, imediata e integral, nesse sentido, encontra-se a norma de eficácia contida que poderá haver redutibilidade ou em razão dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, não justificando a instituição do exame de suficiência, por meio da Lei nº 8.906/1994, cujas leis sobre os Conselhos Profissionalizantes foram recepcionadas pela CF/1988. Assim, em nosso artigo, esclarecemos:

Finalmente, outra questão relevante que ressaltamos e que, pelo que parece, o MEC, AGU, OAB e alguns tribunais do País adotam conceitos de eficácia jurídica das normas constitucionais embasados numa linha doutrinária de José Afonso da Silva. De fato, em relação à espécie de norma contida, cuja aplicação constitucional fica restringida por uma legislação futura, isto é, uma lei infraconstitucional, dá-nos uma impressão de que necessariamente está restringida.

Todavia, acreditamos que os Conselhos Profissionalizantes, MEC, AGU e alguns tribunais do País, estão equivocados sobre os conceitos de normas contidas. Pois, até o autor José Afonso da Silva, mostra grande sabedoria ao afirmar:

Tudo isso constitui modos de restrições das liberdades, que, no entanto, esbarram no princípio de que é a liberdade, o direito, que deve prevalecer, não podendo ser extirpado por via da atuação do Poder Legislativo nem do poder de polícia, Este é, sem dúvida, um

²⁷ ALMEIDA, Edson Sebastião de. **Questões polêmicas dos exames de suficiência da OAB e do CRC, instituídos por leis infraconstitucionais.** Jus Navigandi, Teresina, ano 16, nº 2945, 25 jul. 2011. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/19627>. Acesso em: 25/7/2011.

sistema importante de limitação de direitos individuais, mas só tem cabimento na extensão requerida pelo bem-estar social. Fora daí é arbítrio. (SILVA, 2002, p. 268)

Não obstante, outra linha doutrinária é a de Michel Temer e Maria Helena Diniz, os quais não entendem a aplicabilidade da norma como norma contida e sim como normas constitucionais de eficácia redutível ou restringível ou normas constitucionais de eficácia relativa restringível, respectivamente. Pois, como nos ensina o Professor Marcelo Novelino, a eficácia não é necessariamente contida, ela poderá ser contida, possivelmente não integral porque existe a possibilidade de sofrer restrição. Assim, tal entendimento é aceito por outros doutrinadores, professores e profissionais do Direito que admitem como mais correta a linha doutrinária de Michel Temer e a de Maria Helena Diniz em relação à eficácia da citada norma jurídica. Ainda, Alexandre Moraes, entende que a norma de eficácia contida o legislador constituinte deixou margem à atuação restritiva por parte da competência discricionária do poder público, senão vejamos:

Normas constitucionais de eficácia contida são aquelas “que o legislador constituinte regulou suficientemente os interesses relativos a determinada matéria, mas deixou margem à atuação restritiva por parte da competência discricionária do poder público, nos termos que a lei estabelecer ou nos termos de conceitos gerais neles enunciados (por exemplo: art. 5º, XIII – é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer). (MORAES, 2003, p. 41)

Finalmente, mostraremos que, com a Pandemia do Coronavírus - COVID 19 e sua mutação a variante delta, as instituições de ensino e as empresas, por intermédio das suas governanças públicas e privadas, deverão buscar mudanças na legislação trabalhista, recursos humanos, adaptando-as nas suas atividades por meio digital fora do local físico, utilizando pelo sistema de processamento de dados o trabalho remoto nas residências de seus colaboradores, denominado *Home Office*.

Entretanto, os exames da OAB e do CFC, pretendidos por meio digital²⁸ para fins de avaliação dos candidatos, colocam os referidos exames vulneráveis, inclusive sujeitos a um ataque cibernético por *hacker*, o que requer sua extinção, haja vista que o CFC não teve sucesso no exame via internet, enquanto a OAB busca a referida implantação, ante o distanciamento da Pandemia do Coronavírus COVID-19 e da variante delta.

Diante disso, os conselhos profissionalizantes esbarrarão segundo a tendência exposta no voto do Ministro Luiz Fux, no julgamento no STF de 26/10/2011, referente ao RE nº 603.583/RS, o qual proferiu em seu voto que, diante das normas que disciplinam o Exame de Ordem, encontram-se em trânsito para inconstitucionalidade.

Diante dessa menção no voto, considerando que atualmente existe a pretensão de mudança para que o exame seja por meio digital, certamente trará insegurança para os candidatos, considerando o ambiente a ser utilizado vulnerável para o usuário em decorrência dos crimes de falsidade ideológica, o que certamente será declarada a inconstitucionalidade do exame da OAB, bem como do CFC, resultando nas suas extinções.

No que diz respeito às leis que instituíram os exames de suficiência, é oportuno lembrar-se dos ensinamentos das aulas de Hermenêutica Jurídica sobre a Teoria Objetiva, que, ao tratar sobre a vontade da lei, nos mostra que o importante é o espírito da lei, isto é, a sua vontade é mais sábia que a do legislador.

Nesse sentido, é óbvio que o legislador não pode impor sua vontade para manter a lei, pois o anseio da sociedade é que determina a lei. Ora, será que a criação do exame de suficiência é a vontade da sociedade?

É notório que não, e sim é a vontade das instituições profissionalizantes, a exemplo da **OAB**, que, por meio de norma que entendemos ser inconstitucional, no caso, o Inciso IV, art. 8º da Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994, porém, foi lamentavelmente considerada constitucional pelo **STF**.

Todavia, somos sabedores de que o Poder Judiciário é impossibilitado de atuar como legislador positivo em respeito à Separação dos Poderes, mas no julgamento de 26/10/2011, do RE nº 603583/RS, data vênica, assumiu uma postura onipotente da Antiguidade, a exemplo do Estado Teocrático, reconhecendo uma lei ordinária, que criou o exame de suficiência para o exercício da advocacia, com isso, prejudicando os bacharéis

²⁸ BLOG DO CURSO PROVA DE ORDEM. **Prova da OAB Digital, possíveis novas datas e mais.** Disponível em: <https://www.provadeordem.com.br>. Acesso em: 21/4/2021.

de direito no exercício da profissão, bem como as instituições de ensino responsáveis pela formação acadêmica do futuro bacharel.

4 – ANÁLISES CRÍTICAS SOBRE O JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO-RE Nº 603.583-RS, REALIZADO NO STF EM 26/10/2011

No sentido de que o leitor possa ter conhecimento sobre a constitucionalidade do exame de suficiência da OAB, discorreremos sobre o julgamento no STF de 26/10/2011, referente ao RE nº 603.583/RS²⁹, com Repercussão Geral³⁰, do qual participei a convite do Recorrente Dr. João Antônio Volante, que me solicitou um parecer sobre a “Inconstitucionalidade do Exame de Suficiência da OAB”.

Tal parecer foi entregue naquela época ao Relator Ministro Marco Aurélio pela saudosa guerreira Dra. Gisa Almeida Eco, que naquela época foi líder do movimento BACHARÉIS EM AÇÃO – FIM EXAME OAB, em que participavam vários colaboradores que defendem a extinção do Exame da OAB, a exemplo do ilustre Dr. Vasco Vasconcelos³¹, bem como do Dr. Rubens Teixeira da Silva³², Dr. Fernando Machado da Silva Lima³³, Dr. Reynaldo Arantes, entre outros.

O Autor participou do julgamento no STF de 26/10/2011, referente ao RE nº 603.583/RS, pelo fato de, por meio da doutrina e de requerimentos junto ao Ministério da Educação e Cultura (MEC), Ministério Público Federal (MPF), Advocacia-Geral da União (AGU), Consultoria-Geral da União, externar posicionamentos contrários aos exames de

29 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Recurso Extraordinário-RE, nº 603583/RS**. Relator: Ministro Marco Aurélio, Recorrente: João Antônio Volante, Advogada: Carla Silvana Ribeiro D’Avila, Recorrido: União, Advogado: Advogado-Geral da União, Recorrido: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Advogada: Miriam Cristina Kraiczek e outros. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 24/4/2021.

30 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Repercussão Geral em Recurso Extraordinário-RE, nº 603583/RS, p. 1379-1382** Relator: Ministro Marco Aurélio, Recorrente: João Antônio Volante, Advogada: Carla Silvana Ribeiro D’Avila, Recorrido: União, Advogado: Advogado-Geral da União, Recorrido: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Advogada: Miriam Cristina Kraiczek e outros. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 24/4/2021.

31 VASCONCELOS, Vasco. **Os 193 anos dos Cursos Jurídicos x 26 anos de exploração dos cativos dos OAB**. Postado em 10/8/2020. Disponível em: <https://www.jornaljurid.com.br>. Acesso em: 11/8/2020.

32 TEIXEIRA, Rubens. **Resumo da Carta Aberta ao Congresso Nacional contra o Exame da OAB**. Disponível em: <https://www.rubensteixeira.com.br>. Acesso em: 25/4/2021.

33 LIMA, Fernando. **Exame da OAB: reprovação em massa, propaganda e hipocrisia**. Jus Navigandi, Teresina, ano 16 n. 2939, 19 jul. 2011. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/19576>>. Acesso em; 20 jul 2011.

suficiência da OAB e do CFC, em outras palavras, o direito à liberdade de profissão é uma garantia consagrada pela CF/1988 e pelos principais tratados internacionais sobre os direitos humanos.

Nesse sentido, não é difícil de entender que o engenheiro mineiro, Dr. Ivair Gontijo, não precisou submeter-se a um exame de suficiência, até porque, a exemplo da maioria dos conselhos, o Conselho Federal de Engenheiros e Agronomia (CONFEA) não instituiu o malfadado exame.

Diante disso, respaldado no direito à liberdade de profissão consagrado na CF/1988 e dos tratados internacionais, além do seu conhecimento e perspectivas no mercado de trabalho, o engenheiro coordena equipe de engenheiros da NASA que fez o robô Perseverance, enviado ao planeta Marte, pousando em 18/2/2021 (quinta-feira), no final da tarde, o que é um fato histórico para a Humanidade, e também notadamente para o Brasil que possui uma educação desacreditada ante as amarras políticas e corporativistas.

Reportando-nos ao RE nº 603583/RS, existiu por parte da opinião pública uma tendência favorável sobre a inconstitucionalidade do exame de suficiência da OAB, inclusive com memoriais e pareceres encaminhados ao Relator Ministro Marco Aurélio, os quais foram anexados às peças processuais.

De fato, um posicionamento positivo foi da Procuradoria-Geral da República, ocasião em que o subprocurador-geral naquela época, Rodrigo Janot Monteiro de Barros, encaminhou ao Supremo Tribunal Federal (STF) o Parecer nº 5664-RJMB/pc, de 19/7/2011³⁴, concluindo que é inconstitucional a exigência de aprovação no exame da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) para o exercício da advocacia, conforme consta na página 42 do referido parecer, concluindo:

De todo o exposto, opina o Ministério Público pelo parcial provimento do recurso extraordinário, com a declaração incidental de inconstitucionalidade do inciso IV do art. 8º da Lei nº 8.906/94, por violação ao conteúdo essencial do direito fundamental consagrado pelo art. 5º, XIII, da CF de 1988, de forma a conceder a

³⁴ BARROS, Rodrigo Janot Monteiro de. **Parecer nº 5664-RJMB/pc, de 19/7/2011, referente ao Recurso Extraordinário-RE nº 603.583-6/210, do Rio Grande do Sul**. Relator: Ministro Marco Aurélio, Recorrente: João Antônio Volante, Recorridos: União e OAB.

³⁵ HAIDAR, Rodrigo. **Exame de Ordem é inconstitucional, afirma MPF**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br>. Acesso em: 21/7/2011.

segurança impetrada pelo recorrente e afastar, tão somente, a exigência de aprovação no exame de ordem como requisito indispensável para inscrição como advogado nos quadros da OAB.

No julgamento do Recurso Extraordinário-RE nº 603583/RS, com Repercussão Geral, realizado em 26/10/2011, sobre a inconstitucionalidade da Lei nº 8.906/1994, foi rejeitado pelos nove ministros que participaram do julgamento, ou seja, o Relator o Ministro Marco Aurélio de Mello, Luiz Fux, Dias Toffoli, Carmen Lúcia, Ricardo Lewandowski, Carlos Ayres Britto, Gilmar Mendes, Celso de Mello e o presidente da Corte Cezar Peluso, conforme no Acórdão³⁶ lavrado pelo Relator, relatório e votos, senão vejamos:

[...]

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 603.583 RIO GRANDE DO SUL V O T O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Na interposição deste recurso, observaram-se os pressupostos gerais de recorribilidade. O documento de folha 35 evidencia a regularidade da representação processual. O preparo foi dispensado em razão da gratuidade de justiça, deferida pelo Juízo à folha 47. Quanto à oportunidade, a notícia do acórdão recorrido veio a ser veiculada no Diário de 30 de março de 2009, segunda-feira (folha 254 – verso), ocorrendo a manifestação do inconformismo em 1º de abril imediato, terça-feira (folha 317), no prazo assinado em lei. A matéria, embora abordada sucintamente, foi devidamente enfrentada pelo Juízo e pelo Regional, razão pela qual dou por preenchido o requisito do prequestionamento. Conheço, consignando que houve a admissão do recurso na origem (folhas 414 e 415).

A própria natureza das atividades exercidas pela Ordem dos Advogados do Brasil, decorrente da leitura que o Supremo faz do artigo 133 da Carta Federal, demanda e justifica o regime especial previsto pela Lei nº 8.906/94. Por essas razões, sob o ângulo ora examinado, tenho como constitucional o § 1º do artigo 8º da Lei nº

36 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Acórdão, Relatório e Voto do julgamento de 26/10/2011 do RE nº 603.583/RS**. Relator: Ministro Marco Aurélio, Recorrente: João Antônio Volante, Advogada: Carla Silvana Ribeiro D'Avila, Recorrido: União, Advogado: Advogado-Geral da União, Recorrido: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Advogada: Miriam Cristina Kraiczek e outros. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 24/4/2021.

8.906/94, seja porque não corresponde à autêntica delegação legislativa, a ponto de violar a parte final do inciso XIII do artigo 5º da Lei Maior, seja porque não representa usurpação da competência do Presidente da República versada no artigo 84, inciso IV, da Constituição Federal. A pretensão de exaurimento da matéria na lei não encontra respaldo no texto constitucional e tampouco parece medida de prudência. Ante tais fundamentos, conheço do extraordinário e o desprovejo.

[...]

VOTO O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX: Senhor Presidente, Egrégio Plenário, ilustre representante do Ministério Público, senhores advogados presentes, estudantes, mercê do brilhantismo do voto do eminente Ministro Marco Aurélio, a envergadura do tema impõe-nos algumas digressões, ora coincidentes, ora sob outra óptica, que me cabem aqui nesse momento fazer. Vou direto ao ponto. O primeiro dos argumentos expostos no recurso extraordinário em apreço diz respeito a eventual violação da liberdade de ofício ou liberdade profissional, consagrada no art. 5º, XIII, da Constituição da República, verbis : Art. 5º. [...] XIII – é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer; In casu, impugna-se a restrição legal ao direito consagrado no mencionado dispositivo da Constituição, consubstanciada no art. 8º, inciso IV, e em seu § 1º, da Lei nº 8.906/94 (Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil), que dispõem, em textual: Art. 8º Para inscrição como advogado é necessário: [...] IV – aprovação em Exame de Ordem; [...] § 1º O Exame de Ordem é regulamentado em provimento do Conselho Federal da OAB.

[...]

Em outras palavras, uma posterior fiscalização jurisdicional dos respectivos atos normativos certamente culminará na declaração de sua inconstitucionalidade. Em virtude do exposto, voto no sentido do desprovimento do recurso extraordinário, com a registro do trânsito

para inconstitucionalidade dos atos normativos impugnados no apelo extremo apreciado.

De maneira que, conforme já expomos, estive presente no Plenário do STF, quando da realização do julgamento do RE 603.583/RS, em 26/10/2011; diante disso, obviamente tive o privilégio de observar atos e fatos, os quais apenas aqueles que estiveram lá presenciaram.

Por essa razão, irei ater-me nas citações do relator e do Ministro Luiz Fux, data vênia, o primeiro não mostrou fundamentos categóricos no seu relatório que viesse justificar a constitucionalidade do exame da OAB, nos termos da Lei nº 8.906/1994, todavia, o seu voto foi seguido pelos demais ministros.

Já o segundo, ou seja, o voto do Ministro Luiz Fux³⁷, mostra as irregularidades nos exames da OAB, isto é, ele fundamenta com base no entendimento da melhor doutrina do País e da própria jurisprudência do STF, nesse sentido no seu voto manifestou acertadamente pelo possível trânsito de inconstitucionalidade do exame da OAB; vejam os últimos parágrafos do seu voto:

Sabe-se que não é novidade na jurisprudência desta Corte o reconhecimento da existência de *normas a caminho da inconstitucionalidade*.

Por exemplo, no julgamento do RE 135.328 (Rel. Min. MARCO AURÉLIO, j. 29.06.1994) e do RE 147.776 (Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, j. 19.05.1998), o STF concluiu pela permanência da vigência do art. 68 do Código de Processo Penal, que conferia ao Ministério Público a atribuição para o ajuizamento da ação civil *ex delicto*, até que criada por lei e organizada a Defensoria Pública no âmbito dos Estados.

No caso em apreço, é de se identificar o progresso do *estado de inconstitucionalidade*, a evoluir para uma futura invalidade, do art. 3º, § 3º, do Provimento nº 109/05, do Conselho Federal da OAB, naquilo

37 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Voto do Ministro Luiz Fux no julgamento de 26/10/2011 do RE nº 603.583/RS**. Relator: Ministro Marco Aurélio, Recorrente: João Antônio Volante, Advogada: Carla Silvana Ribeiro D'Avila, Recorrido: União, Advogado: Advogado-Geral da União, Recorrido: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Advogada: Miriam Cristina Kraiczck e outros. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 24/4/2021.

que prescinde da participação de outros segmentos da comunidade jurídica, como a magistratura, o Ministério Público e, a Defensoria Pública, a Advocacia Pública e o magistério superior de Direito, de modo a que, ampliada essa participação, consolide-se a legitimidade democrática da OAB na realização dos procedimentos concernentes ao Exame de Ordem.

Em outras palavras, uma posterior fiscalização jurisdicional dos respectivos atos normativos certamente culminará na declaração de sua inconstitucionalidade.

Em virtude do exposto, voto no sentido do **desprovemento do recurso extraordinário**, com a registro do trânsito para inconstitucionalidade dos atos normativos impugnados no apelo extremo apreciado.

Ainda, com base no relatório e voto elaborados pelo Relator Ministro Marco Aurélio de Mello, acompanhado pelos demais ministros, percebem-se discriminações praticadas por instituições e pessoas contra os bacharéis em direito não aptos a exercerem a função de advogado, inclusive um corporativismo no meio jurídico ao exaltar a advocacia não como profissão e sim um dever de um suposto " *múnus público*".

Nesse sentido, no decorrer do julgamento buscou-se mostrar que o exame de suficiência está relacionado ao desempenho da advocacia por indivíduo de formação técnica deficiente, o que certamente poderá causar prejuízo irreparável ou, quando menos, de difícil reparação ao seu constituinte e que se percebem nos tribunais demandas impróprias e mal elaboradas, contrariando o Código de Processo Civil, entre outras normas.

Entretanto, a Corte Maior esqueceu que a capacidade de postulação é do advogado qualificado aprovado no exame da OAB e não do bacharel em direito que nem conselho possui.

De fato, o advogado tem capacidade de postulação junto aos órgãos do poder judiciário e aos juizados especiais; também, das atividades de assessoria, consultoria e direção jurídicas.

Já o Bacharel em direito tem uma atuação bem restrita ou podemos afirmar insignificante, além disso, naquelas que o mesmo poderá atuar o cliente não quer correr o risco de não ter o advogado como patrono, por exemplo, o *habeas corpus*, qualquer

pessoa poderá impetrá-lo em seu próprio favor ou de terceiros, mas hipoteticamente, é de se indagar se algum tribunal tenha recebido algum pedido de *habeas corpus* impetrado por um fulano qualquer, que não seja advogado, denominado: "Jair da Arma, o rei da confusão"? Acreditamos que não.

Enfim, o Bacharel em Direito é marginalizado profissionalmente; diante disso, inclusive são impedidos de ter planos de saúde; não possuem nenhuma fiscalização do exercício da profissão e com baixos salários e, aposentadoria restrita ao INSS, com pequenos proventos.

Também, no julgamento do STF do RE nº 606.583/RS, em 26/10/2011, contra o exame da OAB, por inconstitucionalidade, pela violação da liberdade de ofício ou liberdade profissional, nos termos do art. 5º, XIII, da CF/1988, o Procurador-Geral da República, naquela época, Roberto Gurgel, deu seu parecer.

No seu parecer, ele opinou favorável à constitucionalidade do Exame da OAB, ato contínuo desqualificou o Parecer do Subprocurador da República, naquela época Rodrigo Janot, cujo seu parecer foi contrário ao Exame de Suficiência da OAB. Assim, sustentou Roberto Gurgel: "opino que o Exame da OAB é constitucional à qualificação do profissional".

Naquele momento todos que estavam no plenário contrários ao exame da OAB, data vênua, perceberam uma mudança sobre a derrubada da tese jurídica de inconstitucionalidade do exame da OAB, inclusive a saudosa colega Gisa Almeida Eco sentiu-se mal; por esse motivo, João Antônio Volante, o bacharel em direito, recorrente do RE nº 603.583/RS, pediu-me para acompanhá-la numa emergência do STF.

No meu retorno ao plenário, precedeu-se do intervalo como de praxe nos julgamentos, porém, naquele dia percebeu-se uma demora quando do retorno dos ministros, enfim, a tese de inconstitucionalidade do Exame foi rejeitada pelos nove ministros que participaram do julgamento.

Em vista disso, entendemos que as revogações e as alterações dos Códigos de Ética da OAB e do CFC, acrescentando os Exames de Suficiência, por meio do inciso IV, art. 8º da Lei nº 8.906/1994 e art. 76 da Lei nº 12.249/2010, não são de interesse da coletividade, dessa maneira, não sendo compatíveis com atividade de Poder de Polícia no desempenho das suas funções constitucionais.

Por sua vez, os demais Conselhos de fiscalizações dos exercícios das profissões mantiveram o objetivo constitucional, ou seja, são classificados de Administração Pública Indireta, como pessoas jurídicas de direito público, na espécie autarquias, nos termos do Inciso I, art. 5º do Decreto-lei nº 200, de 1967, combinado com art. 21, XXIV, da CF/1988, os quais exercem a tarefa de fiscalização atribuída ao Estado, ou seja, atividade de polícia fiscalizando as profissões de competência da União, baseadas na discricionariedade, autoexecutoriedade e coercibilidade, atinentes às características do poder de polícia.

Ainda, somos sabedores de que a função do Estado é restringir o direito dos particulares em favor do interesse coletivo, portanto, dar-lhes outras atribuições, incluindo dispositivos legais, alterando ou revogando normas de direito, tão somente para justificar a inserção de Exames de Suficiência, que não são de interesse da coletividade e sim dos Conselhos Profissionalizantes, sem o veto jurídico do Presidente da República, quando ele sancionou as mencionadas leis, entendemos que o Chefe do Executivo exorbitou do seu poder, o que a CF/1988 não permite.

De sorte que os demais Conselhos Profissionalizantes mantiveram suas funções constitucionais de Poder de Polícia, com seus respectivos Códigos de Ética, aprovados pelas leis instituidoras dos Conselhos. Tais leis foram recepcionadas pela CF/1988, com suas aplicabilidades de acordo com as espécies de eficácia jurídica das normas constitucionais, no tocante ao disposto no inciso XIII, art. 5º da CF/1988, sem nenhuma exigência de Exames de Suficiência.

Enfim, os citados exames de suficiência foram instituídos em 1994 pela OAB, como somos sabedores, sob o pretexto da má educação dos cursos de Direito no País, bem como do aumento das faculdades particulares de cursos de Direito na década de 1990.

Em vista disso, somos sabedores de que o ensino superior no Brasil veio a retomar seu crescimento durante o Governo Fernando Henrique Cardoso, quando houve um substancial aumento de vagas nas faculdades privadas. Vale ressaltar que essa expansão ocorreu por meio de uma legislação que facilitou a abertura de cursos e instituições, bem como de faculdades, centros universitários e universidades; todavia, não existiam tantos cursos de Direito naquela época comparando-se com esta década.

Enfim, os poderes legislativo e executivo poderão reverter a decisão do julgamento atuando no sentido de extinção dos exames de suficiência, até porque no julgamento de 26/10/2011, conforme já mencionamos, o STF poderia ter manifestado pela impossibilidade de atuação do Poder Judiciário como legislador positivo ampliando

direitos em respeito à Separação de Poderes e não o fez, por essa razão, naquela época presenciamos no plenário um ativismo judicial.

Em outras palavras, o STF deveria ter adotado o mesmo procedimento de não atuar como legislador positivo, a exemplo daquele julgamento ocorrido na Sessão Virtual de 10/4/2020 a 17/04/2020, da ADI nº 6025/DF38, incluindo ao texto sobre a inexistência de razões que conduzem à declaração de inconstitucionalidade da norma impugnada, isto é, o Inciso IV, do art. 8º da Lei nº 8.906, de 1994, com isso, julgando procedente o pedido formulado no RE nº 606.583/RS, no julgamento de 26/10/2011, mas não o fez; com isso, data vênia, caberá aos poderes executivo e legislativo reverterem a decisão em questão.

Assim, o STF, declarando a constitucionalidade do art. 5º, XIII, da CF/1988, para o exercício da advocacia, ou seja, “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”, data vênia, ocorreu um ativismo judicial, pois o STF atuou como legislador positivo, o qual poderá ser sanado, conforme mencionamos anteriormente com atuação dos outros poderes.

Vale lembrar que o Supremo Tribunal Federal (STF) manifestou no sentido de que não atuaria como legislador positivo em respeito à Separação dos Poderes, nos julgamentos realizados em 26/10/2016 do RE nº 661.256/SC39, referente à desaposentação, e do dia 06/02/2020 do RE nº 827.833/SC, relativo à reaposentação, respectivamente.

Por sua vez, no que diz respeito sobre o comportamento das modernas Organizações e da Administração Pública⁴⁰ no liberalismo e no neoliberalismo, elas adotavam métodos cartesianos; já no contexto do mundo globalizado atualmente

38 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Acórdão de 20/4/2020, lavrado pelo Ministro Alexandre de Moraes, referente Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI nº 6.025/DF, julgada improcedente por decisão do tribunal pleno em Sessão Virtual.** Relator: Ministro Alexandre de Moraes, Requerente: Procuradoria-Geral da República, Intimado: Presidente da República. Procurador: Advogado-Geral da União, Intimado: Congresso Nacional, Procurador: Advogado-Geral da União, *Amici Curiae*: Sindicato dos Policiais Rodoviários Federal do Estado da Bahia – SINPRFBA, *Amici Curiae*: Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB, Advogado: Alberto Pavie Ribeiro. Brasília. DJe de 26/6/2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 7/8/2020.

39 ALMEIDA, Edson Sebastião de Almeida. **Reaposentação: o julgamento pelo STF em 06.02.2020 Retrata um Ativismo Judicial?** São Paulo: Revista SÍNTESE Direito Previdenciário, 2020, p. 209-211.

40 ALMEIDA, Edson Sebastião de Almeida. **CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA: conflitos das normas de combate à sonegação fiscal com os novos paradigmas da era digital das modernas governanças corporativas públicas e privadas.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 11-12.

presenciamos os avanços da tecnologia, tais como: informática, cibernética, cabos de fibra óptica, telecomunicações, química fina, robótica, biotecnologia, etc.

Não obstante, estamos vivenciando no País por parte do Executivo um retrocesso com fundamento de numa ideologia contrária do mundo globalizado sob à égide do Estado Democrático de Direito, bem como do legislativo, pois ambos buscam atraírem mais a atenção daqueles temas que dão holofotes, isto é, política-espetáculo para mídia pela sua influência na opinião pública ou numa visão mais moderna *priming* (enquadramento) e *framing* (saliência).

Diante disso, muitos temas de substanciais importâncias para o País ficaram à margem das prioridades necessárias sobre os direitos e garantias fundamentais, previstas na CF/1988. De fato, entretanto, vamos nos ater sobre ao tema desenvolvido do presente artigo.

Pois, conforme mencionamos o executivo e o legislativo poderiam reverter o posicionamento sobre o julgamento realizado no STF, em 26/10/2011, do RE nº 603.583/RS, mas, de lá para cá, temos apenas conhecimento do Projeto de Lei nº 734/2021, apresentado em 20/4/2021, no Plenário da Câmara dos Deputados, por intermédio do Deputado Federal Hélio Fernando Barbosa Lopes, do PSL-RJ.

No referido projeto busca-se a alteração do Inciso IV, art. 8º da Lei nº 8.906, de 4/7/1994, propondo simplificação e diminuição de disciplinas com opção de o candidato escolher aquela a qual exercerá sua atividade profissional, no entanto, não é a melhor opção para os bacharéis de direito sobre o exame da OAB e sim seria sua extinção, além disso, há omissão em relação ao exame de suficiência do CFC, por esses motivos, encaminhamos um Memorial expondo os fatos ao autor do projeto.

Por outro lado, em 17/5/2021, com base no Requerimento nº 820/2021, a Mesa Diretora do Plenário a pedido do autor retirou de tramitação e arquivou o PL nº 734/2021, publicado no Diário da Câmara em 18/5/2021.

Finalmente, entendemos, com a devida vênia, que as ações das governanças públicas emanadas pelos três poderes não estão no contexto sobre a "teoria dos poderes", de ideais republicanos a que se refere *Montesquieu*.

41 BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto de Lei nº 734/2021. Apresentado em 04/03/2021.** Autor: Deputado Federal Hélio Fernando Barbosa Lopes, do PSL/RJ. PL retirado de tramitação e arquivado, em 17/5/2021, conforme Requerimento nº 820/2021. Disponível em: <http://www.camara.leg.br>. Acesso em: 25/5/2021.

De fato, seus ensinamentos nos mostram que os poderes deveriam se equilibrar entre a autonomia e a intervenção nos demais poderes, cada um não poderia ser desrespeitado nas suas funções.

Entretanto, quando um deles viesse a agir de forma excessivamente autoritária, com isso, extrapolando sua competência, os demais poderes poderiam intervir pela desarmonia ocasionada a fim de prevalecer a harmonia entre os poderes.

Diante disso, entendemos que essa cobrança entre os poderes poderia numa democracia republicana ser uma medida saudável para o fortalecimento das leis no país, segurança jurídica, prevalecendo que o poder emana do povo.

Assim, com clamor da sociedade nas questões as quais foram julgadas pelo STF, o legislativo e o executivo poderiam por meio de projetos de leis efetuarem alterações, por exemplo, excluindo o dispositivo da obrigatoriedade dos exames de suficiência exigidos pelos Conselhos Profissionalizantes, pois não há sentido lógico-jurídico e ético pelo fato de ser livre o exercício de qualquer trabalho, inclusive, com agravante da Pandemia do Coronavírus – COVID 19 e da sua mutação denominada variante delta.

5 – CONSIDERAÇÕES FINAIS

O leitor poderá constatar que buscamos mostrar que a extinção do exame de suficiência instituída por leis ordinárias proporcionará paridade de direitos com outros Conselhos Profissionalizantes, a exemplo de medicina que não exige aprovação por meio de exame de suficiência, por intermédio do Conselho Federal de Medicina (CFM), a fim de exercer a profissão de médico, bem como engenharia, que não exige do Conselho Federal de Engenheiros e Agronomia (CONFEA) aprovação em exame de suficiência, a fim de exercer a profissão de engenheiro, entre outros.

Pois a extinção dos exames de suficiência, trazendo paridade de procedimentos com outros conselhos profissionalizantes em harmonia com art. 5º, XIII, da CF/1988, isto é, “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”, proporcionará diminuição dos custos dos acadêmicos; melhor adequação na relação Ministério da Educação e instituição de ensino.

Nesse sentido, resultaria a melhoria na estrutura dos métodos pedagógicos em relação ao aprendizado, inclusive com a diminuição dos números de disciplinas constantes das grades curriculares, bem como do tempo de duração do curso ou incluindo na grade curricular uma espécie de residência médica, onde os acadêmicos terão acessos às práticas forense e contábil, o que resultaria numa eficaz formação dando aos futuros bacharéis

melhores perspectivas de trabalhos, não sendo necessários os exames de suficiência instituídos com argumento de um suposto filtro ao aprendizado a fim de atuação do bacharel no mercado de trabalho e de preparação para concursos públicos.

Portanto, pelo fato de o STF, no julgamento do RE nº 606.583/RS, em 26/10/2011, ter atuado como legislador positivo os poderes legislativo e executivo poderão por meio do projeto de lei considerar inconstitucionais os exames de suficiência da OAB e CFC, instituídos por leis ordinárias, por motivo de ter ocorrido no mencionado julgamento um ativismo judicial, o qual poderá ser sanado com vontade política dos poderes executivos e legislativos e não atuando numa política-espetáculo para mídia pela sua influência na opinião pública ou numa visão mais moderna *priming* (enquadramento) e *framing* (saliência) e sim em prol da educação e dos bacharéis de direito e de ciências contábeis.

6 – REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANGHER, Anne Joyce. **Vade Mecum Acadêmico de Direito Rideel**. 27 ed. São Paulo: Rideel, 2018, p. 17-97.

ALMEIDA, Edson Sebastião de. **Questões polêmicas dos exames de suficiência da OAB e do CRC, instituídos por leis infraconstitucionais**. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2945, 25 jul. 2011. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/19627>. Acesso em: 26/7/2011.

_____. **CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA: conflitos das normas de combate à sonegação fiscal com os novos paradigmas da era digital das modernas governanças corporativas públicas e privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 11-12.

_____. **Reapresentação: o julgamento pelo STF em 06.02.2020 Retrata um Ativismo Judicial?** São Paulo: Revista SÍNTESE Direito Previdenciário, 2020, p. 209-211.

BARROS, Rodrigo Janot Monteiro de. **Parecer nº 5664-RJMB/pc, de 19/7/2011, referente ao Recurso Extraordinário-RE nº 603.583-6/210, do Rio Grande do Sul**. Relator: Ministro Marco Aurélio, Recorrente: João Antônio Volante, Recorridos: União e OAB.

BLOG DO CURSO PROVA DE ORDEM. **Prova da OAB Digital, possíveis novas datas e mais**. Disponível em: <https://www.provadeordem.com.br>. Acesso em: 21/4/2021.

BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto de Lei nº 734/2021. Apresentado em 04/03/2021**. Autor: Deputado Federal Hélio Fernando Barbosa Lopes, do PSL/RJ. PL

retirado de tramitação e arquivado, em 17/5/2021, conforme Requerimento nº 820/2021. Disponível em: <http://www.camara.leg.br>. Acesso em: 25/5/2021.

BRASIL. MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. Secretaria de Educação Superior. **Ofício nº 075/2011 – CGLNES/GAB/SESu/MEC-rcc, de 25/01/2011**, emitido ao em resposta ao requerimento protocolado sob o nº 070355/2010-46, protocolado em 26/10/2010, opinando pela impossibilidade do pleito postulado pelo Bacharel em Direito Edson Sebastião de Almeida. Brasília (DF), 25 de janeiro de 2011.

BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. **Lei nº 8.906, de 4/7/1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 28/1/2011

BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. **Lei nº 9.394, de 20/12/1996. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 9/9/2010.

BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. **Lei nº 12.249, de 11/6/2010, publicada no DOU de 14/6/2010. Altera o art. 6º do Decreto-lei nº 9.295, de 27/5/1946, que dispõe sobre o Conselho Federal de Contabilidade e dá outras providências**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 9/9/2010.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **Acórdão de 20/4/2020, lavrado pelo Ministro Alexandre de Moraes, referente Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI nº 6.025/DF, julgada improcedente por decisão do tribunal pleno em Sessão Virtual**. Relator: Ministro Alexandre de Moraes, Requerente: Procuradoria-Geral da República, Intimado: Presidente da República. Procurador: Advogado-Geral da União, Intimado: Congresso Nacional, Procurador: Advogado-Geral da União, *Amici Curiae*: Sindicato dos Policiais Rodoviários Federal do Estado da Bahia – SINPRFBA, *Amici Curiae*: Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB, Advogado: Alberto Pavie Ribeiro. Brasília. DJe de 26/6/2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 7/8/2020.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **Repercussão Geral em Recurso Extraordinário-RE, nº 603583/RS, p. 1379-1382** Relator: Ministro Marco Aurélio, Recorrente: João Antônio Volante, Advogada: Carla Silvana Ribeiro D’Avila, Recorrido: União, Advogado: Advogado-Geral da União, Recorrido: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Advogada: Miriam Cristina Kraiczek e outros. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 24/4/2021.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **Voto do Ministro Luiz Fux no julgamento de 26/10/2011 do RE nº 603.583/RS**. Relator: Ministro Marco Aurélio, Recorrente: João Antônio Volante, Advogada: Carla Silvana Ribeiro D’Avila, Recorrido: União, Advogado:

Advogado-Geral da União, Recorrido: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Advogada: Miriam Cristina Kraiczek e outros. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 24/4/2021.

FACHINI, Tiago. **Isonomia: o que é importância e quais são seus limites**. Disponível em: <https://www.projuris.com.br>. Acesso em: 22/4/2021.

GOMES, Luiz Flávio. **Faculdades de Direito: O Problema Não é a Quantidade, Sim a Qualidade**. Disponível em: <http://www.editoramagister.com>. Acesso em: 15/04/2021.

Haidar, Rodrigo. **Exame de Ordem é inconstitucional, afirma MPF**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br>. Acesso em: 21/7/2011.

LIMA, Fernando. **Exame da OAB: reprovação em massa, propaganda e hipocrisia**. Jus Navigandi, Teresina, ano 16 n. 2939, 19 jul. 2011. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/19576>. Acesso em; 20 jul 2011.

OLIVEIRA, Sidney Nilton de. **Educação e Psicologia no Neoliberalismo**. Salvador: Revista da FAEBA/Universidade do Estado da Bahia, Departamento de Educação. 1992, p. 129-130.

TEIXEIRA, Rubens. **Resumo da Carta Aberta ao Congresso Nacional contra o Exame da OAB**. Disponível em: <https://www.rubensteixeira.com.br>. Acesso em: 25/4/2021.

VASCONCELOS, Vasco. **Os 193 anos dos Cursos Jurídicos x 26 anos de exploração dos cativos dos OAB**. Postado em 10/8/2020. Disponível em: <https://www.jornaljurid.com.br>. Acesso em: 11/8/2020.

O HATE SPEECH, A BANALIZAÇÃO DA PRISÃO E O PREÇO DA DEMOCRACIA

ADIR MACHADO BANDEIRA:
Advogado e professor.

A prisão preventiva do ex-Deputado Federal e atual Presidente do PTB, Roberto Jefferson Monteiro Francisco, está diretamente ligada ao *discurso de ódio*, presente em suas manifestações e levadas ao conhecimento do Judiciário pela Polícia Federal. A *incitação ao ódio* é um dos fundamentos de sua prisão.

Entre as declarações mais importantes está o incentivo da invasão popular ao Senado brasileiro como forma de desconstituir a CPI. Incitação bem ao estilo da realizada por Donald Trump que, negligenciada, terminou se concretizando no lamentável episódio da invasão popular ao Capitólio ocorrida em 06/01/2021, resultando em algumas mortes, sendo duas delas bastante simbólicas da sanha mortífera que permeia os extremos.

De um lado, morreu o agente Brian Sicknick, espancado pelos apoiadores do Presidente americano, que tinha sido derrotado em eleições previamente colocadas sob suspeição por meio de discursos reiterados e insistentes postagens em redes sociais. Do outro lado, morreu baleada a extremista Ashli Babbitt, veterana da Força Aérea americana.

O Conselho da Europa define o *incitamento ao ódio* como qualquer ato de comunicação que inferiorize ou incite ódio contra uma pessoa ou grupo, tendo por base características como raça, gênero, etnia, nacionalidade, religião, orientação sexual ou outro aspecto passível de discriminação.

Não pretendo esgotar aqui o tema relativo ao *hate speech*, cuja definição não é tão simples quanto sua percepção social. Mas há um certo consenso, na linha do pensamento de Thiago Dias Oliva⁴², no sentido de que se constitui numa espécie de *visão mais radial do discurso discriminatório*.

Neste sentido, as referências de Roberto Jefferson à UERJ e às Universidades públicas é encaixe perfeito no conceito.

Não vou repetir aqui tudo o que disse o ex-Deputado quanto ao aspecto. Vou apenas defender veementemente a Educação Pública Superior afirmando que é falsa a informação que dela só saem apenas Gays, drogados e comunistas.

⁴² OLIVA, Thiago Dias. O discurso de ódio contra as minorias sexuais e os limites da liberdade de expressão no Brasil. 2015. Dissertação (Mestrado em Diretos Humanos) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. doi:10.11606/D.2.2015.tde-14122015-093950. Acesso em: 2021-08-15.

Aliás, tentar explicar a qualidade das Universidades Públicas brasileiras a partir da orientação sexual de seus egressos é de uma pobreza de raciocínio enorme. É puro discurso de ódio, pois nem mesmo as propaladas premissas cristãs e conservadoras lhes dão sustentação. Além disso, essa conduta não é cristã.

O hoje segregado parece falar de um lugar de organizador de uma tal *Primavera Brasileira* que teria o seu estopim no próximo dia 07/09/2021, onde ocorreria uma espécie de *cassação* de dez Ministros do STF, deixando a salvo tão somente aquele que foi indicado pelo atual Presidente da República. Apesar das ameaças, estou certo que isto não ocorrerá, pois nossas instituições democráticas não permitirão.

Verdade seja dita, o título *Primavera Brasileira* é tão antitético em relação à *Primavera Árabe* ou as demais primaveras históricas (Primavera dos Povos e Primavera de Praga) quanto são inadequadas as invocações à liberdade, à vida, à Deus, ao Espírito Santo, ao cristianismo, ao patriotismo, ao abuso de crianças, ao fascismo e à drogadição do nosso povo.

Portanto, a partir do que foi exposto na decisão proferida pelo Min. Alexandre de Moraes (PET 9.844), as declarações do ora encarcerado foram, em tese, ilícitas e penalmente tipificadas.

Contudo, antes de analisar o conteúdo da mencionada decisão, é necessário esclarecer que apesar da jurisprudência brasileira, desde o julgamento do *caso Ellwanger*⁴³, ter se encaminhado para não admitir como inserido no conceito de liberdade de expressão o *hate speech*, sou daqueles que avalia com a máxima cautela a limitação do direito fundamental da liberdade de expressão e de imprensa, pois são vitais para o desenvolvimento integral do ser humano e da democracia.

É que a repressão ao *discurso de ódio* não pode nos levar à submissão às doutrinas morais majoritárias e ao *politicamente correto*, momentaneamente reinante.

O perigo de não perceber isso é enquadrar a liberdade de expressão nas opiniões majoritárias e criminalizar aquelas que incomodam ou socam o *status quo*.

Diga-se de passagem, que atualmente nos deparamos com casos difíceis relativos aos limites que podemos impor à maioria para proteger grupos minoritários e estigmatizados.

43 HC nº 82.424/RS, Plenário, Rel. Min. Maurício Corrêa, julgamento concluído em 19 de setembro de 2003.

Com essas palavras quero fazer coro com Daniel Sarmento, que em memorável artigo⁴⁴ diz que se fôssemos apreciar a questão sob o manto da *categorização* chegaríamos a conclusão de que “O Mercador de Veneza”, obra-prima de Shakespeare, deveria ser banida por ser profundamente anti-semita. Afinal, “Shylock, o mercador, é um judeu usurário, vil, vingativo e avarento, que exige a execução de uma garantia de dívida que lhe dá o direito de cortar uma libra de carne do peito de Antônio”.

Nesta toada maniqueísta do bem contra o mal, do legal versus ilegal, do certo de um lado e do errado do outro, este articulista, advogado, católico, não pode defender a família heterossexual segundo o catolicismo, *verbi gratia*. Seria homofobia.

Como diz o notável constitucionalista citado, o caminho do meio é a saída. A *ponderação*, fundada no princípio da proporcionalidade.

A par dessas achegas, limitadas ao espaço e ao propósito do artigo, é chegada a hora de examinar a decisão judicial.

De logo percebo que o Douto Ministro entendeu que o representado estava em estado flagrancial (art. 301, CPP), reproduzindo entendimento esposado no Inquérito 4.781, quando mandou prender o Deputado Daniel Silveira.

Apesar das contestações doutrinárias a essa ideia de flagrante, o que se vê é uma consolidação da postura do STF em considerar em permanente estado de flagrância aquele que comete crimes pela internet, enquanto a postagem estiver disponível.

Na sequência, nota-se que a preocupação investigatória está ligada à proteção da Democracia e do Estado de Direito. Entrementes, é justamente neste último aspecto que a decisão parece falhar, por mais paradoxo que possa inicialmente parecer.

Eis que observo que na gênese da decisão está a gravidade dos supostos delitos. A gravidade se apresenta como óbvia também em nossa opinião. Porém, nossa jurisprudência é farta ao considerar que a gravidade em abstrato do delito não é causa suficiente para o decreto de prisão preventiva (STF - HC 135250; STJ-HC 384.523).

A decisão, por sua vez, não diz claramente de que forma o investigado integra associação criminosa, deixando entender que a aderência se deu tão somente pela semelhança no *modus operandi* e da convergência de objetivos.

44 SARMENTO, Daniel. A liberdade de expressão e o problema do "Hate Speech". In: SARMENTO, Daniel. **Livres e iguais**: estudos de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

Respeitosamente, afirmamos que essa fundamentação parece bastante genérica, pois no clima de polarização política em que o país está mergulhado, onde o Chefe Político da Nação diariamente estimula ataques pessoais a autoridades e o menoscabo de instituições, muitos cidadãos brasileiros poderiam de igual forma serem rotulados como membros de tal associação, em especial os seus seguidores. É próprio do discurso de ódio, realizá-lo em grupo, em que pese não seja impossível em voz única.

A habitualidade do crime cometido através das redes sociais também não me convenceu enquanto justificativa para a prisão preventiva, pois tais condutas habituais poderiam cessar, como de fato cessarão, por meio de medida diversa da prisão, a exemplo da correta determinação para bloqueio das contas do investigado em redes sociais.

Como se sabe, *a prisão é a ultima ratio*.

A propósito, recentemente a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) confirmou essa lição criminal comezinha de que a prisão preventiva deve ser imposta somente como *ultima ratio* e que, existindo medidas alternativas capazes de garantir a ordem pública e evitar reiteração delitiva, deve-se preferir a aplicação dessas em detrimento da segregação extrema (HC 588.538/SP).

No Estado Democrático de Direito, a banalização da prisão processual é um atentado direto à liberdade, valor fundamental em favor do qual se colocou o devido processo legal. Diz a Mãe das Leis: LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o *devido processo legal*.

Assim, os supostos *“crimes contra a honra, racismo, homofobia e incitação à prática de crimes, bem como o tipo penal decorrente de integrar organização criminosa”* praticados pelo político investigado, por mais graves que sejam, precisam ser apurados em um *processo devido*, com todas as garantias constitucionais, ainda que grande seja o asco. E neste processo, com esse viés, até pode ser decretada uma *prisão processual*, mas não como medida inicial, senão como última providência.

Roberto Jefferson atacou toda a advocacia quando a colocou, generalizadamente, como insuscetível de compor as altas Cortes de Justiça, nos termos da Constituição. As razões apontadas por ele geraram um dano moral coletivo para a classe que o albergou em seus quadros.

No entanto, a devolutiva que a advocacia lhe deve dar não é a vingança, mas a defesa de sua liberdade imediata, ainda que momentânea e acompanhada de cautelares diversas da prisão. Não para defender os seus atos abjetos, mas para que responda a um

processo justo, e nele seja condenado ou até preso, se for o caso, desde que preenchidos os requisitos para a prisão, por enquanto inexistentes, salvo melhor juízo.

A Polícia Federal justificou o pedido de prisão cautelar, como medida excepcionalíssima e necessária, “para evitar o acirramento e o estímulo a tais práticas no cenário atual”.

Essa justificativa também não nos parece resistir à constatação de que os mesmos atos e conteúdos continuarão sendo defendidos todos os dias pelo próprio Presidente da República. Logo, o acirramento que se quer evitar não terá êxito com a prisão em testilha. Os possíveis e decorrentes “atos de violência, diretamente ou por interpostas pessoas” já são iminentes e não teve ou tem, no líder partidário mencionado, o centro de gravitação.

Para finalizar, não há como encerrar o texto sem uma manifestação de solidariedade com todos os ofendidos, sem exceção.

As manifestações de cunho discriminatórias são ilegais, sejam desferidas contra as minorias desprotegidas, seja contra Ministro(a) do STF. Não há como confundir a crítica ao STF com o achincalhamento de seus integrantes. Outrossim, o discurso homofóbico não é menos covarde porque dirigido contra uma ou algumas das mais altas autoridades judiciais do país. É e será sempre um discurso covarde.

Concordo com Min. Alexandre de Moraes no sentido de que “A Constituição Federal não permite a propagação de ideias contrárias à ordem constitucional e ao Estado Democrático (CF, artigos 5º, XLIV; 34, III e IV), nem tampouco a realização de manifestações nas redes sociais visando ao rompimento do Estado de Direito, com a extinção das cláusulas pétreas constitucionais – Separação de Poderes (CF, artigo 60, §4º), com a consequente instalação do arbítrio”, mas discordo da decretação da prisão do ora segregado, apesar da reprovabilidade de suas condutas, conforme exposto.

Afinal, não li na decisão ora analisada fundamentação suficientemente posta para o atendimento do que exige o § 2º do art. 312 do Código de Processo Penal, *data máxima venia*.

Rejeito veementemente o *hate speech* de Roberto Jefferson, mas defendo que sua reprimenda se dê de forma cautelosa, pelo método da *ponderação* e não da *categorização*, mediante o devido processo legal, servindo-se dos parâmetros exemplificativos que nos fornecem Daniel Sarmento, cujo rol não pude apresentar aqui para poupá-los de enfadonha leitura, que já se alonga.

Ao terminar de escrever este artigo, pensei o quão estranho alguns acharão da defesa da soltura de Roberto Jefferson, após ofensas tão acintosas e públicas. Preocupeime.

Todavia, lembrei que meu compromisso cristão é de lutar contra o pecado, jamais contra o pecador. Como advogado, jurei não me incomodar com impopularidade ou antipatias na defesa da Constituição, da ordem jurídica, do Estado democrático de direito, dos direitos humanos, da justiça social e da boa aplicação das leis.

Parafraseando o Min. Marco Aurélio, recentemente aposentado: “paga-se um preço por se viver numa democracia e é módico: o respeito irrestrito às regras estabelecidas”⁴⁵.

⁴⁵ Frase pronunciada no julgamento da TV Globo no caso da Escola Base de São Paulo.

INSEGURANÇA JURÍDICA – A (IN)ADMISSIBILIDADE DA CLÁUSULA DE SANDBAGGING NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

PAULO ANDRÉ M. PEDROSA é autor da coluna “Direito & Negócios” www.bpadvogados.com.br, advogado sócio do Battaglia & Pedrosa Advogados. Graduado em Direito pelo Mackenzie, Pós-Graduado em Processo Civil pela PUC/SP, LL.M. Master of Laws em Direito Societário pelo INSPER. Atualmente desenvolve tese de Mestrado na FGV/SP sobre apuração de haveres. Também tem formação executiva em Recuperação Judicial e Falências pela FGV e em Contratos pela HARVARD LAW.

Muito comum em contratos de M&A, a cláusula de SANDBAGGING foi importada do direito norte-americano e basicamente visa autorizar (cláusula *pro-sandbagging*) ou impedir (cláusula *anti-sandbagging*) que o comprador, após o fechamento do negócio (*closing*), se valha de uma cláusula de declaração ou garantia (*representations and warranties*), para buscar indenização decorrente de uma violação da qual teve ciência antes do fechamento da operação.

HIPÓTESES

Imagine-se a hipótese na qual o vendedor declare em contrato, no *signing*, que a empresa não possui passivos fiscais. Porém o comprador, no curso da *due diligence* descobre que em verdade existem passivos fiscais que nem o vendedor tinha ciência.

Tem o comprador a obrigação de informar ao vendedor sobre tal passivo, renegociando eventualmente o preço da aquisição, ou pode ficar silente, alegando tal vício apenas após o fechamento do negócio, passando a cobrar então multas contratuais previstas para a hipótese de violação das *representations and warranties*?

É justamente esta circunstância que as partes visam solucionar com a adoção de uma cláusula *pro* ou *anti sandbagging*, autorizando ou não o comprador a ter tal conduta pós *closing*.

APLICAÇÃO NO BRASIL DA CLÁUSULA SANDBAGGING

Mas se tal cláusula, nem nos Estados Unidos é amplamente aceita (na Califórnia prevalece a interpretação *anti-sandbagging*, enquanto em Nova York e em Delaware prevalece a regra *pro-sandbagging*), a questão fica ainda mais complexa quanto esta situação é “importada” para operações regidas pela lei brasileira

Isto porque, a validade de tais cláusulas, em especial da *pro-sandbagging* deve passar pela análise de regras de natureza cogente previstas no Código Civil, em especial a boa-fé objetiva, prevista

no Art. 422, e que expressamente determina que “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato como em sua execução os princípios de probidade e boa-fé”

O cotejo da necessária observância da boa-fé objetiva com a postura do comprador que “oculta” a ciência de uma violação às *representations and warranties* para em seguida buscar uma indenização parece de fato apontar *a priori* para a invalidade da cláusula pró-sandbagging entre nós.

PRINCÍPIO NON VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM

Também poderia ser invocado o princípio amplamente aceito por nossa jurisprudência do *non venire contra factum proprium*, ou a vedação dos comportamentos contraditórios, pois se o comprador assinou o contrato mesmo sabendo da violação às *representations and warranties* é porque naturalmente renunciou ao direito de reclamá-las.

Por outro lado, não se olvida que a chamada Lei da Liberdade Econômica expressamente passou a determinar (art. 421-A do Código Civil) que os contratos civis e empresariais presumem-se paritários e simétricos até a presença de elementos concretos que justifiquem o afastamento dessa presunção, devendo se garantir às partes o direito de definir os parâmetros de interpretação das cláusulas contratuais, pressupostos de revisão ou de resolução, somente se procedendo revisão contratual em casos excepcionais.

Tal modificação legislativa que, obviamente traz novo fôlego ao vergastado princípio da *pacta sunt servanda* (os pactos devem ser cumpridos) certamente poderá ser utilizada como argumento para alçar validade à cláusula *pro-sandbagging*.

RESOLUÇÃO POR ARBITRAGEM

Fato é que a questão da validade da *sandbagging* ainda não foi diretamente enfrentada por nossos tribunais, até porque grande parte destes conflitos acabam sendo resolvidos por arbitragem, sem que o mercado conheça qual foi o entendimento adotado face ao sigilo inerente a tais julgamentos.

Portanto, é preciso que as partes, ao negociarem sobre o manto da legislação brasileira, estejam cientes de que há efetiva insegurança jurídica no momento sobre a validade ou não da *sandbagging*, sendo impossível se afirmar com certeza que tais previsões contratuais serão mantidas em eventual litígio. Esta incerteza deve ser levada em consideração na negociação, sob pena de avaliar de modo incorreto os riscos da operação e naturalmente sua precificação.

TRÁFICO DE MULHERES COM ÊNFASE NA EXPLORAÇÃO SEXUAL

INÊS APARECIDA DA COSTA:

Bacharelanda em Direito pela
Universidade Brasil - unidade Bauru/Sp.

ANDREA LUIZA ESCARABELO SOTERO⁴⁶

(orientadora)

RESUMO: Essa pesquisa tem como propósito perscrutar a complexidade do crime internacional de tráfico de mulheres para fins exploração sexual, porém com um cuidado em especial a vítima. Porém é necessário fazer uma análise aos fatores que auxiliam o tráfico internacional de mulheres, verificando dados estatístico, fatores socioambientais, política e econômico que contribuí para aliciamento dessas vítimas pelos traficantes, desenvolver um ambiente de proteção às vítimas fazendo prevalecer o Protocolo Adicional á Convenção da Nações Unidas contra o crime Organizado, Punição do tráfico de pessoas , em especial criança e mulheres . Portanto passaremos observar essa pesquisa com um olhar voltado para vítima, e as razões que faz com que esse tipo de crime cresça sucessivamente, na classe mais necessitada. Se tratando de crime extremamente perverso, contra os direitos humanos, a dignidade e direito de liberdade, expondo como a desigualdade social é a maior arma para os traficantes, que infelizmente em muitos casos são mulheres. Será apontada a cooperação jurídica internacional como possível solução para o enfrentamento dessa problemática.

Palavras-chave: Tráfico de mulheres. Exploração Sexual. Lenocínio.

ABSTRACT: This research aims to investigate the complexity of the international crime of trafficking in women for sexual exploitation purposes, but with special care for the victim. However, it is necessary to carry out na analysis of the factors that help the international trafficking in women, verifying statistical data, socio-environmental, political and economic factors that contribute to the enticement of these victims by the traffickers, to develop na environment of protection for the victims, making the Additional Protocol to the UN Convention prevail. United Nations against Organized Crime, Punishment of Trafficking in Persons, Especially Children and Women. Therefore, we will look at this research with a look at the victim, and the reasons that make this type of crime grow successively, in the most needy class. When dealing with na extremely perverse crime, against human rights, dignity and the right to freedom, exposing how social inequality is the greatest weapon for traffickers, who unfortunately in many cases

⁴⁶ Docente mestre do curso de Direito – IESB Instituto de Ensino Superior de Bauru -

are women. International legal cooperation will be pointed out as a possible solution to face this problem.

Keywords: Trafficking in women. Sexual exploitation. Pimping.

1. INTRODUÇÃO

Através dessa pesquisa, que fique claro e ressaltado que não tem, e nem conseguiria ter, a pretensão de expor ou esgotar todos os fatores que íntegra o Tráfico Internacional de Mulheres, visto que a complexidade que gera em torno desse crime. Antes de analisar o tema, Tráfico de Mulheres era algo que somente havia visto em filmes e novelas, não passava de uma história assustadora contada pelas avós para colocar medo em suas netas. Porém os dados sobre esse crime são tão alarmantes, que torna uma proporção ainda maior quando se fala tráfico de pessoas no mundo todo, depois de pensar várias e várias vezes me senti no dever de ir mais fundo nesse tema. O tráfico de Mulheres chama atenção por causa da frieza e desumanidade que são as características desse crime, o tráfico de pessoas a para fins de exploração sexual, se torna cada dia mais parte do nosso cotidiano, está estalado de baixo dos olhos da sociedade onde se menos imagina, o Tráfico Internacional de Pessoas ultrapassa os limites Tratados Internacionais, assim como diversos princípios constitucionais.

Nesta pesquisa iremos observar e analisar gênero no perfil da vítima de tráfico internacional para fins de exploração, verificar ao redor dos perfis das vítimas do crime de tráfico, examinar o crime em um todo. Expondo opróbrio contra os direitos humanos, o Tráfico de Pessoas se tornou um desmedido comercial de ser humanos, que não se resume somente na exploração sexual, porém em tráfico de órgão, trabalho forçado e exploração sexual.

O agravo desse crime tornou-se maior nos últimos anos, visto que o crescimento catastrófico devido o retorno financeiro que esse crime proporcionar, podemos obviamente em denominá-lo como a escravidão moderna. Vamos analisar os fatores tão bem organizado dessa facção criminosa que atua nesse ramo.

2. TRÁFICO INTERNACIONAL DE PESSOAS (Para fins Protocolo Internacional)

A expressão "tráfico de pessoas" significa o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de pessoas, recorrendo à ameaça ou uso da força ou a outras formas de coação, ao rapto, à fraude, ao engano, ao abuso de autoridade ou à situação de vulnerabilidade ou à entrega ou aceitação de pagamentos ou benefícios para obter o consentimento de uma pessoa que tenha autoridade sobre outra para fins de exploração. A exploração incluirá, no mínimo, a exploração da prostituição de outrem ou outras formas de exploração sexual, o trabalho ou serviços

forçados, escravatura ou práticas similares à escravatura, a servidão ou a remoção de órgãos; b) O consentimento dado pela vítima de tráfico de pessoas tendo em vista qualquer tipo de exploração descrito na alínea a) do presente Artigo será considerado irrelevante se tiver sido utilizado qualquer um dos meios referidos na alínea a; c) O recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de uma criança para fins de exploração serão considerados “tráfico de pessoas” mesmo que não envolvam nenhum dos meios referidos da alínea a) do presente Artigo; d) O termo “criança” significa qualquer pessoa com idade inferior a dezoito anos.

A seguir iremos comentar acerca de dados extraídos do Relatório Global do Seguimento da Declaração da OIT sobre Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho (2005).

Conforme o Relatório Global do Surgimento da Declaração da OIT sobre Direitos e Princípios Fundamentais no Trabalho, aproximadamente 2,5 de pessoas são vítimas de tráfico. Apesar de uma parte considerável das pessoas traficadas serem destinadas à extração de órgãos, a maior parte dos casos de Tráfico Humano está intimamente ligada ao trabalho forçado ou a práticas similares à escravidão. Desde a Convenção da OIT de 1930, foi estabelecido que trabalho forçado é: “todo trabalho ou serviço exigido de uma pessoa sob a ameaça de sanção e para o qual ela não tiver se oferecido espontaneamente”. (OIT, 2005, p. 81).

3 O TRÁFICO INTERNACIONAL DE PESSOAS: SUA ATUAÇÃO ATUAL SEUS ASPECTOS

O crime do Tráfico Internacional mostra as características, apontamento e estimativa, ligada ao processo de globalização, assim como os fatores que auxiliam o aliciamento das vítimas, essa escravidão moderno vem se consubstanciando com a inércia e tem que ser encarada como algo que faz parte da vidas de todos os cidadãos.

Segundo Shecaria e Silveira, nossa atual realidade hoje, a população enfrenta, dois tipos de tráfico de mulheres e de criança. Onde um tem o interesse na atividade operário, mão de obra escrava, como muito se ver nos países como a África. E outra atividade voltada totalmente para lado sexual, exploração o que acontece em todos continentes.

O tráfico de pessoas constitui um fenômeno absurdamente abominável, de proporção gigantesca e preocupante sua natureza e mais metodização do que ocasional, pois esse ato não afeta somente a vítima mais mexe com estrutura social, a economia da cidade, muitos pais usa exploração sexual para alavancar turista para seus países.

Os levantamento mostro que o sexo feminino e mais vulnerável a essa prática de crime, a estatística mostra que geralmente 2% (dois porcentual) são homens.

4.O QUE O PENSAMENTO JURÍDICO PREVÊ SOBRE TRÁFICO DE PESSOAS

Nossa leias, ordenamento jurídico prevê vários tipos penais diferentes para o tráfico de Pessoas Art. 231 – A do Código Penal) e o Internacional (Art. 231 do Código Penal), entretanto, esses crimes possuem várias semelhanças em comum.

Segundo Nucci (2015),

A dignidade sexual da vítima é o bem tutelado, assim como sua locomoção e a liberdade. O ator do crime pode ser qualquer pessoa, sem distinção de sexo, cor ou etnia, da mesma forma que o sujeito passivo. Observa-se que só se admite a criminalização do Tráfico de Pessoas na sua forma dolosa, e nem é passível de ser tipificado na sua forma tentada. Trata-se de um crime comum, material, comissivo instantâneo de continuidade habitual, unissubjetivo e plurissubsistente.

Quanto à autorização da vítima, existe vários doutrinadores com pensando diferentes, havendo a vítima consentindo, sem violência ou grave ameaça, a prática da prostituição em outro país, está afastada a ilicitude do delito. Não obstante, discordo da posição do autor, pois, embora muitas vezes as vítimas estejam cientes de que irão trabalhar como profissionais do sexo em outro país, não têm ideia da exploração que serão submetidas. Ademais, ressalto ainda que para o Protocolo Adicional, o consentimento da vítima é irrelevante quando essa for menor de 18 (dezoito) anos, ou quando instrumentos como a coação e fraude forem utilizados para ludibriar essas mulheres. (NUCCI, 2015).

Algumas pessoas ainda confunde prostituição com exploração sexual, mas são coisas distintas a prostituição e venda do seu corpo, onde se coloca uma bagatela em relação ao serviço prestado, já exploração sexual e ato de explorar e obter ganhos imagináveis em cima de outra pessoa, com ou não seu consentimento, explorando e desrespeitando todos seus direitos.

A prostituição não é tipificada, uma vez que existe em nossas legislação qualquer tipo de punição a aquele que por livre e espontânea vontade, decide fazer dessa função um ofício. Porém a legislação prevê como crime a comercialização século.

A exploração não se limita somente à prostituição, mesmo que essa seja a parte mais lucrativa dessa atividade, porém a organização criminosa se expande a revistas pornográfica, contendo foto de pessoas nuas, filmes de inúmeros formatos, lojas especializada e shows eróticos, poderia passar dia citando o quando e lucrativo para essa organização os negócios englobados.

Porém é compreendido que as grandes organizações do tráfico de droga, as grandes quadrilhas, geralmente tem caráter transnacional, sendo fácil de localizar esse tipo de estrutura dentro das periferias, em virtude da desigualdade social e da infraestrutura e devido à necessidade de serviço básico que o governo seria ser responsável por oferecer, acaba ocorrendo a lei do silêncio, seja por medo dos delinquentes, ou seja pela admiração que população tem

Nesses infratores, que através do medo gera ajuda e economia para comunidade. Infelizmente o descaso da cúpula que governo país acaba auxiliando essa facções.

Existe uma discussão doutrinária que divide se em dois pensamentos: os que entende que criminalidade organizada é fenômeno do século XX, que surgiu na última fase da globalização.(ZAFFARONI).

O que se é defendido segundo Pacheco (2009), na sua compreensão a organização criminosa sempre fez parte do cotidiano, seja como atualmente ou com seus aperfeiçoamento.

Independente de qual pensamento venha ser adotado, e notório que o processo de globalizatório, e o avanço do sistema neoliberal, adotado pela desigualdade social e pelo aumento do desemprego, é o auxílio perfeito para instalações de organizações criminosa, cada vez mais organizadas e complexas, com hierarquia estruturais.

A própria competitividade entre grupos rivais e a disputa territorial é elemento gerador de uma violência estrutural por si só, deixando a população civil desamparada, carente de suas necessidades básicas e à sua mercê, podendo-se vislumbrar um poder constituído marginal dentro do próprio Estado de Direito, com domínio das comunidades locais e voz de comando até em relação a funcionamento de estabelecimentos comerciais e toque de recolher noturno. (GOMES, 2009, p. 13).

Até por volta de 2013, o conceito jurídico no nosso ordenamento, crime organizado baseado na lei 9.034/1995, que dispunha sobre a utilização de meio operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas, era omissa quanto a sua definição. A partir de Agosto de 2013, a Lei nº

12.850/2013 que definiu o conceito de organização criminosa; dispendo acerca da investigação criminal, os meios de obtenção de prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal, alterou o Código Penal e revogou a Lei nº 9.034/1995, muito criticada por ser vaga e obsoleta. A entrada dessa lei no mundo jurídico foi de vital importância, tendo em vista que a lacuna da Lei nº 9.034/1995 causava muitas divergências, e forçava os doutrinadores conceituarem o que vinha a ser o crime organizado.

A exemplo, no julgamento do HC 96.007, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal.

Terça-feira, 12 de junho de 2012

1ª Turma concede HC para encerrar ação penal contra líderes da Igreja Renascer

Foi concedido, pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal (STF), pedido de Habeas Corpus (HC 96007) para encerrar ação penal contra os fundadores da Igreja Renascer em Cristo, Estevan Hernandez Filho e Sonia Haddad Moraes Hernandez, pela suposta prática do crime de lavagem de dinheiro. A decisão foi unânime.

Hernandes e Sonia respondem a processo na Primeira Vara Criminal da capital paulista pela suposta prática do crime de lavagem de dinheiro por meio de organização criminosa, previsto no inciso VII do artigo 1º da Lei 9.613/98.

A denúncia revela a existência de uma suposta organização criminosa, comandada por Hernandez e Sonia, que se valeria da estrutura de entidade religiosa e de empresas vinculadas para arrecadar grandes valores em dinheiro, ludibriando os fiéis mediante variadas fraudes, desviando os numerários oferecidos para determinadas finalidades ligadas à igreja em proveito próprio e de terceiros, além de pretensamente lucrar na condução das diversas empresas, desvirtuando as atividades eminentemente assistenciais e aplicando seguidos golpes.

Segundo a defesa, a própria Lei 9.613/98 diz que para se configurar o crime de lavagem de dinheiro é necessária a existência de um crime anterior, que a denúncia aponta ser o de organização criminosa. Para o advogado, contudo, não existe no sistema jurídico brasileiro o tipo penal "organização criminosa", o que levaria à

inépcia da denúncia. (<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=209617&caixaBusca=N>).

De acordo com Nucci (2013), uma das características das organizações criminosas é a existência de hierarquias e divisões de tarefas, tal qual uma empresa, com a existência de superiores e subordinados, e de setores com divisões de tarefas definidas. Tal estrutura é organizada de maneira a permitir o “crescimento” dos criminosos dentro da facção.

1.O objetivo de obter vantagem seja de forma direta ou indireta;

O objetivo das organizações criminosas, segundo Nucci (2013), é a obtenção de uma vantagem, que não será necessariamente econômica (apesar de que a busca pelo enriquecimento ser a praxe dentro das facções). Trata-se de uma vantagem indevida, pois para atingi-la foram transgredidas normas penais.

2.A prática de infrações, desde que a pena máxima sejam superiores a quatro anos, ou que tenham caráter transaccional, independentemente da pena máxima;

Não obstante, observa-se que para Nucci (2013), o uso da expressão infrações é equivocada, tendo em vista que não existe no nosso ordenamento jurídico contravenção penal com pena máxima superior a quatro anos.

Outros doutrinadores como Greco Filho (2014), a organização criminosa também são marcada pela estabilidade, durabilidade, a existência de hierarquia, coação e violência ou chantagem. O crime organizado também pode contar com informações privilegiadas de funcionários públicos, contando com a participação de agentes corruptos.

5 ANÁLISE HISTÓRICA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS

Segundo Damásio de Jesus (2003), “O Tráfico Internacional de Pessoas e uma violação direta as Direitos Humanos , sendo compreendida como a moderna forma de escravidão. Esse crime ocorre em diversas finalidades, com a exploração sexual, a escravatura, remoção de órgão e serviço forçado”.

Entendemos que a existência do Tráfico de pessoas na contemporaneidade significa o fracasso da globalização neoliberal, que é fomentado pela migração laboral em um mundo desigual, capitalista e perverso. Enfatiza-se aqui, que, em regra, as mulheres são as maiores vítimas das organizações criminosas, sendo, em sua grande maioria, destinadas à prostituição forçada ou outra forma de exploração sexual.

Se observar a desigualdade em relação ao gênero, que está fortemente estampada no mundo principalmente em país orientais, como Índia, Tailândia, China, esse desigualdade contribuiu ainda mais para essas mulheres, meninas, serem o alvo fácil para essas organizações, a dificuldade no mercado de trabalho devido essa desigualdade de gênero, auxilia cada dia mais para aumento desse crime horrendo que é uma afronta aos Direitos Humanos.

Refere-se o tráfico de pessoas, no campo dos crimes contra a dignidade sexual, ao deslocamento de pessoas, dentro do território nacional ou deste para o exterior – e reciprocamente – evidenciando a conduta que pode explorar ou abusar de boa-fé de alguns, para gerar lucro indevido a outros, por conta da prostituição e outras inserções promovidas pela indústria do sexo. (NUCCI, 2015, p. 112).

Castilho (2008),

Se pegarmos a menção da Conferência Mundial de 1993 , Nessa Conferência são novamente tutelados os direitos humanos, com uma acentuada preocupação em estabelecer a igualdade racial e de gênero. Combatendo a discriminação e violência contra a mulher, são diversos os artigos da Declaração de Viena que prevêm a proteção dos direitos das mulheres, no entanto, destaca-se o art. 38.

Em síntese, Nucci (2015)

Refere que nem toda a prostituição esta inserida no campo da exploração sexual, todavia, a prostituição forçada é uma espécie de exploração sexual. Do mesmo modo, a pornografia não será necessariamente uma forma de exploração sexual, tendo em vista que muitas vezes é lícita e consentida, quando envolver adultos devidamente cientes das condições do labor sexual. (NUCCI, 2015, p. 308).

Vale salientar que para haver exploração sexual e necessário que haja a retirada de vantagem sobre outro, senda na maioria das vezes de punho financeiro. A exploração sexual não pode ser confundida com o abuso sexual porque, apesar de existir, em ambos os casos, a existência de violência sexual, a exploração está intimamente ligada ao intercâmbio do sexo por vantagens econômicas.

Portanto deve ser esclarecido que o Rufião, não pode ser confundido com o Traficante de Pessoas.

Conforme Nucci (2015), o Rufianismo está previsto no artigo 230 do Código Penal, tratando-se daquele que tira proveito do comércio sexual de alguém, vulgo cafetão ou proxeneta. Não se confunde com os sujeitos ativos do 231 e 231-A, tendo em vista que a punição aqui é aplicada àquele que aproveita-se da prostituição alheia, tendo participação nos lucros.

O Lenocínio está tipificado no art. 228, intitulado como Favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual, incorre nele aquele que induzir ou atrair outrem para a prostituição ou outra forma de exploração sexual, bem como aquele que impedir ou obstaculizar às pessoas de largarem o meretrício, sendo aplicada a esta a pena de reclusão de 2 a 5 anos concomitantemente com a aplicação de multa.

6.OS AUXÍLIOS QUE CONTRIBUÍ O IMPULSIONAMENTO E O AUMENTO DO TRÁFICO INTERNACIONAL DE MULHERES PARA EXPLORAÇÃO SEXUAL

Sabe-se que determinados grupos sociais estão mais vulneráveis a serem vítimas do tráfico humano. É claro que não existe um determinismo, mas determinados fatores agravam potencialmente a possibilidade dessas pessoas serem aliciadas em buscas de melhores oportunidades de vida.

Segundo Damásio (2003) reproduz o estereótipo clássico da vítima de tráfico humano: Mulheres socialmente vulneráveis, com baixa escolaridade e que, muitas vezes, já são vítimas de exploração sexual ou que estão engajadas com o mercado do sexo. Por fim, o doutrinador divide as traficadas em duas categorias, a primeira composta por mulheres que foram ludibriadas com falsas promessas de emprego, e a segunda na qual se encontram mulheres que já se prostituíam em seu país de origem, mas que foram enganadas quanto às condições de trabalho. Dessa forma, o autor sustenta:

De fato, as primeiras ocorrências investigadas pela polícia, notórias pela brutalidade com que as mulheres foram tratadas no exterior, levavam a crer que as vitimas, em sua maioria, viajaram ludibriadas por agenciadores cuja oferta se baseava na promessa de trabalho em atividades consideradas regulares, como enfermeiras e babás. Lá chegando, tais mulheres eram obrigadas a se prostituir e viviam em condições lastimáveis, endividadas e sem possibilidade de retorno, uma vez que seus passaportes eram imediatamente confiscados. Atualmente, a sofisticação da atividade mostra uma situação diferente, porém não menos grave. De acordo com as informações que obtivemos nos processos em andamento e nas entrevistas com agentes oficiais, fato que a maioria é mulheres que vão para exterior sem consciência do que vai trabalhar. É fato que as mulheres são submetidas a condições desumanas, mas o consentimento das vítimas gera uma situação delicada, em que o combate a esse delito torna-se mais difícil, não obstante as autoridades policiais terem a obrigação de investigar as redes de

aliciamento, de transporte e de exploração, independentemente de anuência anterior por parte da vítima. (DAMÁSIO, 2003, p. 74-75).

Segundo Dodge (2014) São vários fatores que impulsiona o tráfico humano como ideologia, fatores políticos e econômico. Em seu entendimento os fatores de vulnerabilidade, questões econômica, insegurança e falta de oportunidade no mercado de trabalho e fatores etários e de gênero são exemplos a serem mencionados.

Conforme Damásio (2003), as mulheres negras são ainda mais estigmatizadas, em razão de sua raça e gênero. É sabido que a população negra, em razão da sua exclusão histórica e social da sociedade, é a maior vítima de violência urbana, ocupam os piores postos de trabalho e sofrem com maiores taxas de evasão escolar. Observamos ainda que o preconceito sofrido pelas mulheres afrodescendentes é ainda maior, em razão da sua sexualização decorrente da promiscuidade sexual a qual as escravas eram submetidas por seus senhores, no Brasil colônia.

Diante o exposto, fica evidente que as mulheres e meninas pobres são o grupo social mais vulnerável às propostas dos aliciadores.

Segundo Damásio (2003) denomina esse processo de “feminilização da pobreza”, tendo em vista que há estatísticas de que as mulheres e crianças são as maiores vítimas em situações de conflito armado e crises econômicas.

7 AS POSSÍVEIS SOLUÇÕES PARA DIFICULTAR ESSE CRIME

Apesar de ainda haverem grandes desafios para o enfrentamento do Tráfico Internacional de Mulheres, entendo que o Protocolo Adicional à Palermo, ratificado pelo Decreto 5017/04, trouxe grandes avanços e possibilitou um novo olhar sob à vítima. É notável que o mencionado Protocolo dá uma atenção em especial às pessoas vitimadas por essas organizações criminosas, com uma especial atenção aos grupos mais suscetíveis ao aliciamento.

Diante da situação de vulnerabilidade dessas mulheres e meninas traficadas, Dodge (2014) salienta acerca da necessária de assegurar às vítimas medidas protetivas, tais como a proteção da identidade e da privacidade das vítimas, havendo sigilo de dados que identifique a mulher traficada, para que sua privacidade, bem como sua segurança sejam garantidas, a fim de tolher represálias ou ameaças dos criminosos.

8. CONCLUSÕES

É Notório que a pesquisa exposta aqui, que expõe o Tráfico Internacional de Mulheres, mostra um esquema de desrespeito e crueldade contra a vida, e infelizmente

com o passar dos anos somente tende aumentar, visto a circunstâncias que aumenta o número de vítimas aliciada

Pelo tráfico internacional de pessoas, as mulheres são os alvos mais vulneráveis para esse tipo de crime. Nessa pesquisa analisamos a questão do gênero, pois o gênero feminino é quase que unânime nesse tipo de exploração sexual, verificamos as circunstâncias que contribuem para impulsionamento do tráfico internacional de mulheres e fizemos uma análise sobre Tratado Internacionais.

E fácil entender que o gênero feminino sempre foi a classe oprimida pela sociedade desde o início dos tempo, e o passado cultural da prostituição que desde muito tempo consiste em um prática com lucros econômicos exorbitantes. Os fatores socioambientais, fatores políticos e financeiro em pleno século XXI , impulsiona ainda mais essa prática, sem deixar de mencionar que as mulheres mais afetada por esse crime são as que menos tiverem chance de estudar, a baixa escolaridade em meio as vítimas de exploração sexual , são as maiores a maioria não terminou ensino fundamental, elas almeja uma vida melhor para si e para sua família, muitas nem sabe qual será o trabalho que vai exercer no exterior, ficam iludida com a oportunidade de mudar de vida, que acaba nem percebendo em qual armadilha está caindo. A exploração e constante e o trabalho se torna exaltivo, onde remuneração e baixíssima, para esforço que tem ser feito. O que muito entristece e que quando as mesma consegue a liberdade, depois de muito trabalhar, vem a parte dolorosa, as autoridades as tratam com descaso pelo país do receptor, como se a culpa fosse da vítima e não do meia que a impulsionou a passar por essa tragédia, que jamais será apagada de sua vida.

Essa pesquisa tenta de alguma forma conscientizar a população algo que está na sua casa e você acaba não vendo, o silêncio referente a esse crime e ver uma mulher a menos no mundo, uma criança a menos morta por bandidos para retirada de órgãos, homens explorando até morte por mau tratos e exploração por trabalho forçado, sem condição mínima digna para ser- humano. O Crime Organizado ele vende sonhos, ele desperta desejo, algo fantasiosos, que atinge a vítima em cheio, a mesma somente consegue enxergar o que ela almeja, não percebe que está indo para uma país onde não sabe ao menos falar o idioma, que não terá apoio familiar, mais sua realidade e falta de estrutura , faz com que seus sonhos seja maior que a sua preocupação.

A possível solução para enfrentamento do Tráfico De Mulheres; seria medidas projetiva no protocolo adicional, prevenção, punição rígida do Tráfico De Pessoas em especial criança e mulheres e repressão.

Portanto esse é uma assunto tão delicado, que acaba quebrando todos da sociedade globalizada, e necessário a união de políticas públicas, acerca de proteger esse

grupo tão vulnerável, assim como a união de todos os Estados Nações para se tabus, o tráfico de criança,

Meninas, mulheres exige um esforço imenso de vários setores levantar contra esse crime que humilha e acaba com dignidade humana e nosso apego nós resta acreditar na cooperação jurídica e na justiça.

REFERÊNCIAS

ARMADA, C. A. S. A Nova Globalização do Século XXI. Revista Jurídica – CCJ. V. 17 nº 33, p. 5-20, jan/jun. 2013. Disponível em: <https://proxy.furb.br/ojs/index.php/juridica/article/view/1861/2370%3E>. Acesso em: 13 setembro de 2020.

BRASIL. Lei 9.034/95, 03 de maio de 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9034.htm. Acesso: em 17 de setembro de 2020.

BRASIL. Lei nº 9.034, 03 de maio de 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9034.htm. Acesso em: 29 de maio de 2016.

BRASIL. Lei nº 12.850, 02 de agosto de 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm. Acesso em: 17 de setembro de 2020.

BRASIL. Ministério Público Federal. Roteiro de atuação: tráfico internacional de pessoas. Dodge, Raquel Elias Ferreira (coord). Brasília: MPF, 2014. 169 p.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – HC: 96007 SP, Relator: Min. MARCO

AURÉLIO, Data de Julgamento: 12/06/2012, Primeira Turma, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO Dje-027 DIVULG 07-02-2013 PUBLIC 08-02-2013 Disponível Em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000200095&base=baseAcordaos>. Acesso em: 17 de setembro de 2020.

CASTILHO, E. W. V. de. Tráfico de pessoas: da Convenção de Genebra ao Protocolo de Palermo, 2008.

DODGE, Raquel Elias Ferreira. Tráfico Internacional de Pessoas Brasília: MPF, 2014. (Série Roteiro de Atuação)

GOMEZ, Cássio Gonçalves Moreno. O novo crime de associação criminosa e suas modificações. JurisWay, 11 de novembro de 2014. Disponível em: https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=13994. Acesso em: 17 de setembro de 2020.

2020. GRECO FILHO, Vicente. Comentários à lei de organização criminosa: Lei nº 12.850/13. São Paulo: Saraiva, 2014.

GRECO, Rogério. Crimes contra a Dignidade Sexual, s.d. Disponível em: <http://www.rogeriogreco.com.br/?p=1031>. Acesso em: 15 de Agosto de 2020.

JESUS, Damásio de. Tráfico de Mulheres e Crianças – Brasil: Aspectos regionais e nacionais. São Paulo: Saraiva, 2003, 403 p.

NETO, J. C. Curso de Direito Internacional Penal. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. 725 p.

NUCCI, G. S de. Prostituição, Lenocínio e Tráfico de Pessoas Aspectos Constitucionais e Penais. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. 308 p.

NUCCI, G. S. de. Crimes Contra a Dignidade Sexual. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. 271 p.

NUCCI, G. S. de. Organização Criminosa. 1 ed. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2013.

NUCCI, G. S de. Prostituição, Lenocínio e Tráfico de Pessoas Aspectos Constitucionais e Penais. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. 308 p.

PACHECO, Rafael. Crime Organizado: medidas de controle e infiltração policial. Curitiba: Juruá, 2009.

SHECAIRA, Sérgio Salomão; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. O tráfico internacional de mulheres e crianças. Boletim IBCCrim, São Paulo, n. 112, p. 3-4, 2002.

ANALFABETISMO SANITÁRIO, SAÚDE AMBIENTAL E EDUCAÇÃO EM SAÚDE: avanços e retrocessos ecológicos e societários no contexto da COVID-19 (Pandemia do Novo Coronavírus)

VAGNER LUCIANO DE ANDRADE:

Pesquisador em Patrimônio Cultural, com formação inicial em: Geografia, especializações em Políticas Públicas Municipais e Arte Educação História, especializações em Museografia e Patrimônio Cultural e Metodologia de Ensino de História. 47

SULCIANI RESENDE CAMPIDELI⁴⁸

(coautor)

RESUMO: O presente trabalho destina-se a avaliar perspectivas da COVID-19 que vêm afetando o mundo todo há mais de um ano, entendendo as suas nuances sociológicas e propondo interfaces com a educação sanitária e a questão da ecologia. As discussões em curso, atestam que as pandemias tem um fundamento ecológico decorrente dos equilíbrios das intervenções humanas nos ecossistemas onde se encontram os reservatórios naturais de patologias desconhecidas. Esses patógenos quando encontram seres humanos não imunizados podem se tornar potenciais perigos. Assim, entendendo a pandemia como um risco, busca-se entender até que ponto a sociedade está preparada para enfrentamento de outras pandemias, caso vença essa, que encontra-se em curso. Priorizando a conservação ambiental, vinculada à qualidade de vida, bem como enunciando a importância da educação para saúde, novos caminhos se fazem possíveis. Nesse contexto, metodologicamente, empreendeu-se uma revisão bibliográfica, acerca dos aspectos sociológicos e ecológicos da COVID-19, apresentando alguns dados do Brasil e do mundo e algumas questões inerentes à patologia em si, principalmente no que se

47 Pesquisador em Patrimônio Cultural, com formação inicial em: Geografia, especializações em Políticas Públicas Municipais e Arte Educação História, especializações em Museografia e Patrimônio Cultural e Metodologia de Ensino de História. Formação Complementar em Artes Visuais, Filosofia, Sociologia e Turismo; Pesquisador em Patrimônio Natural, com formação inicial em: Ciências Biológicas, especializações em Ecologia e Monitoramento Ambiental e Metodologia de Ensino de Ciências Biológicas, Gestão Ambiental, especializações em Gestão e Educação Ambiental e Administração Escolar, Orientação Educacional e Supervisão Pedagógica. Formação Complementar em Agroecologia, Ecologia, Educação do Campo e Pedagogia. Educador e Mobilizador da Rede Ação Ambiental - Programa Agentes Ambientais em Ação. E-mail: reacao@yahoo.com

48 Farmacêutica e Bioquímica com Especialização em Farmácia Hospitalar

refere aos seus sintomas. Por fim, destaca-se a importância dos cuidados de prevenção e proteção que anulem as possibilidades de contágio e transmissão.

Palavras chave: Analfabetismo Sanitário; COVID-19; Ecologia Humana; Educação em Saúde; Saúde Ambiental;

ABSTRACT: The present work aims to evaluate COVID-19 perspectives that have been affecting the world for more than a year, understanding its sociological nuances and proposing interfaces with health education and the issue of ecology. The ongoing discussions attest that pandemics have an ecological foundation due to the balance of human interventions in ecosystems where natural reservoirs of unknown pathologies are found. When these pathogens encounter unimmunized humans, they can become potential hazards. Thus, understanding the pandemic as a risk, we seek to understand the extent to which society is prepared to face other pandemics, in case the one that is underway wins. Prioritizing environmental conservation, linked to quality of life, as well as stating the importance of health education, new paths are possible. In this context, methodologically, a bibliographic review was undertaken, about the sociological and ecological aspects of COVID-19, presenting some data from Brazil and the world and some issues inherent to the pathology itself, mainly with regard to its symptoms. Finally, the importance of preventive care, protection that nullifies the possibilities of contagion and transmission is highlighted.

Keywords: Health Illiteracy; COVID-19; Human Ecology; Health education; Environmental health;

INTRODUÇÃO

Ao longo da história humana, várias moléstias, em maior ou menor grau, assustaram populações (GONÇALVES, 2000). Assim encontram-se na bibliografia, desde a antiguidade até os tempos contemporâneos, passando pelo medievo e pela modernidade, termos como andaço, contágio, flagelo, mal, pandemia, peste, pestilência, praga, surto (FACULDADE DE MEDICINA DE LISBOA, 2020). Pandemia significa então agravação, agravamento, alastramento, aumento, crescimento, descontrole, difusão, generalização, irrupção, multiplicação, proliferação, proliferação, propagação, reprodução (MOREIRA et al, 2020). Historicamente milhares de patologias foram tomando nomes locais até denominações internacionais se proliferando em diferentes tempos e espaços (MIRANDA, 2017). Surgiram, então, as epidemias, pandemias e endemias.

Assim partindo da AIDS, Cólera, Doença do Sono, Ebola, Febre Tifoide, Gripe, Lepra, Malária, Peste bubônica, Sífilis, Tifo, Tuberculose, chegam-se aos milhares de tipos de enfermidades erradicados ou não no Planeta Terra (PENA et al, 1998). Termos populares,

pejorativos, excludentes foram sendo substituídos à medida em que se evoluía o conhecimento científico profícuo à saúde humana, seu gozo e manutenção (BARRETO, 2004). Da prevenção ao tratamento, da medicação à vacinação, da testagem à aprimoração, a medicina tem buscado evoluir-se em tempo real e responder às questões e dilemas que cercam e cerceiam o ser humano e a efemeridade da vida (GUSMÃO, 2004). E não seria diferente no século XXI, tempo que marcado pela globalização e pelo longo alcance das coisas, através da internet e das tecnologias da informação, a sociedade enfrentaria mais uma pandemia, que entre os meses de março de 2020 e 2021 já teria matado mais de três milhões de pessoas em todo mundo (CASTRO, DAL SENO, POCHMANN, 2020). Para Castro, Dal Seno, Pochmann, (2020), desde então a pandemia virou cobertura nacional e internacional da imprensa, com imagens contínuas de hospitais e sepultamentos (Figura 01) após o primeiro caso chinês oficial em 08 de dezembro de 2019 (BRASIL, 2020).

Figura 01 - Covas são abertas no maior cemitério da América Latina, em São Paulo



Fonte: <https://www.nsctotal.com.br/noticias/numero-de-mortos-por-coronavirus-no-brasil-chega-a-marca-de-50-mil>

A COVID-19 é uma infecção respiratória aguda ocasionada pelo Novo Coronavírus (SARS-CoV-2, sigla internacionalmente definida e que significa Coronavirus Disease 2019), patologia potencialmente grave, de rápida e incontrolável transmissibilidade e de ampla distribuição global, evidentemente com concentração nas nações mais populosas e pobres (BRASIL, 2021). A partir do diagnóstico efetuado a partir da averiguação de quais são os sintomas apresentados pelos pacientes, a acolhida/triagem e encaminhamento da unidade médico-hospitalar classifica a tipologia em três situações distintas (LIMA, 2020): casos assintomáticos, casos moderados, casos graves, casos críticos, sendo considerada ainda a possibilidade múltipla de complicações (XAVIER, et al, 2020). Sobre os marcos regulatórios da Declaração de Emergência de Saúde Pública de Importância Nacional, destacam-se três:

1. Diário Oficial da União - Publicado em: 04/02/2020 | Edição: 24-A | Seção: 01 - Extra | Página: 01 / Órgão: Ministério da Saúde/Gabinete do Ministro acerca da Portaria nº 188, de 3 de fevereiro de 2020 que declara Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional (ESPIN) em decorrência da Infecção Humana pelo novo Coronavírus (2019-nCoV).
2. Ministério da Saúde / Gabinete do Ministro - Portaria nº 580, de 27 de março de 2020 / Dispõe sobre a Ação Estratégica "O Brasil Conta Comigo - Residentes na área de Saúde", para o enfrentamento à pandemia do coronavírus (COVID-19).
3. Diário Oficial da União - Publicado em: 27/11/2020 | Edição: 227 | Seção: 01 | Página: 188 Órgão: Ministério da Saúde/Gabinete do Ministro acerca da Portaria nº 3.190, de 26 de novembro de 2020 institui o Gabinete de Crise da Covid-19 e altera a Portaria nº 188/GM/MS, de 3 de fevereiro de 2020, para dispor sobre o Centro de Operações de Emergências para o novo Coronavírus (COE Covid-19).

Para aferição e comprovação técnico-científica de diagnósticos frequentes de enfermagem para paciente graves e críticos (Figura 02), várias variantes são consideradas, devido à complexidade da doença, seu histórico expansivo assustador e de certa forma, descontrolável (MARQUES, 2020). Elementos como o contágio, as normas de biossegurança, os casos e óbitos, os casos de recuperação pós-hospitalar, sequelas, variantes e mutações e cobertura vacinal, bem como as sequelas biopsicossociais da

população em isolamento, e notícias falsas, via redes sociais (OLIVEIRA; FRANÇA; GARCIA, 2020). Declarações do Brasil (2021) confirmam que:

Considera-se a SARS - Síndrome Respiratória Aguda Grave (Síndrome Gripal que apresente dispneia/desconforto respiratório ou pressão persistente no tórax ou saturação de oxigênio menor que 95% em ar ambiente ou coloração azulada de lábios ou rosto). Para crianças, os principais sintomas incluem taquipneia (maior ou igual a 70 rpm para menores de 1 ano e maior ou igual a 50 rpm para crianças maiores que 1 ano), hipoxemia, desconforto respiratório, alteração da consciência, desidratação, dificuldade para se alimentar, lesão miocárdica, elevação de enzimas hepáticas, disfunção da coagulação, rabdomiólise, cianose central ou SpO₂ <90-92% em repouso e ar ambiente, letargia, convulsões, dificuldade de alimentação/recusa alimentar. Os principais sintomas são sepse, síndrome do desconforto respiratório agudo, síndrome do desconforto respiratório agudo, insuficiência respiratória grave, disfunção de múltiplos órgãos, pneumonia grave, necessidade de suporte respiratório e internações em unidades de terapia intensiva. Embora a maioria das pessoas com COVID-19 desenvolvam sintomas leves (40%) ou moderados (40%), aproximadamente 15% podem desenvolver sintomas graves que requerem suporte de oxigênio e, cerca de 5% podem apresentar a forma crítica da doença, com complicações como falência respiratória, sepse e choque séptico, tromboembolismo e/ou falência múltipla de órgãos, incluindo lesão hepática ou cardíaca aguda e requerem cuidados intensivos. A COVID-19 pode estar frequentemente associada a manifestações mentais e neurológicas, incluindo delírio ou encefalopatia, agitação, acidente vascular cerebral, meningoencefalite, olfato ou paladar prejudicados, ansiedade, depressão e distúrbios de sono. Em muitos casos, manifestações neurológicas foram relatadas mesmo em pacientes sem sintomas respiratórios.

Figura 02 Leito hospitalar com paciente de COVID-19



Fonte: <https://www.dw.com/pt-br/fake-news-atrapalham-m%C3%A9dicos-em-meio-%C3%A0-pandemia/a-53575486>

ANALFABETISMO SANITÁRIO

O reconhecimento da COVID-19 pela OMS em 11 de março de 2020 e a declaração de Emergência de Saúde Pública de Importância Nacional (ESPIN), o site do MS - Ministério da Saúde¹ afirma ter “estabelecido sistematicamente medidas para resposta e enfrentamento da COVID-19” (BRASIL, 2020). O mesmo site alega que maiores “informações adicionais podem ser descritas na Portaria GM/MS nº 1.565, de 18 de junho de 2020” (BRASIL, 2020). A Pandemia evidencia a falta de alfabetização em saúde no mundo, conforme nos descreve Bellinghini (2020):

Alfabetização em saúde é a capacidade de uma pessoa ou população obter, compreender e usar informação em saúde para tomar as decisões adequadas e seguir instruções para prevenção ou tratamento de doenças. Obviamente, essa informação precisa ser clara e acessível, para que a pessoa entenda as instruções do médico, por exemplo, para conseguir ler uma bula, para entender que precisa tomar vacinas ou ficar em casa em tempos de distanciamento social.

No Brasil, boa parte dos hipertensos compõe um quadro clássico de analfabetismo em saúde, já que não são poucos os que não entendem que é necessário usar a medicação todos os dias: muitos só tomam o anti-hipertensivo quando sentem fortes dores de cabeça. Somem-se a eles os que não se vacinam contra a gripe,

porque acham que a vacina causa a doença, sem contar a legião de homens que não fazem exames preventivos para câncer de próstata porque consideram o exame de toque uma ofensa à masculinidade. O brasileiro também é um caso excepcional nos quesitos automedicação e prescrição para familiares e vizinhos.

A pandemia também mostrou que os brasileiros embarcam alegremente em qualquer promessa de prevenção ou falsa cura da COVID-19.

Neste contexto, ressaltando que conjuntamente com Magno et al (2020), apresentam-se novos resultados bibliográficos que somados aos sites institucionais brasileiros, contextualizem a patologia, seu diagnóstico, sua dimensão e expansão, lembrando que o Brasil é o segundo país do mundo em óbitos e o terceiro em casos, estando apenas atrás dos Estados Unidos, dentre as dez nações com os maiores índices, conforme detalhes expressos no Quadro I. Os sintomas mais comuns são basicamente os de um resfriado: coriza, dor de garganta, febre e tosse (FIOCRUZ, 2021). O site atesta que eventualmente os coronavírus causam pneumonia em pessoas com o sistema imunológico comprometido. ou com problemas cardiovasculares e idosos.

Quadro I - Comparação dos dados epidemiológicos da COVID-19 nas 10 nações com maior evolução 2020-2021

País	Continent e	Área (km²)	População (habitantes)	Casos (habitantes)	Óbitos (habitantes)
Global		510.100.000 km ²	76.740.000.000	139.120.305	2.986.951
Estados Unidos	americano	9.834.000 k ²	331 002 651	31.519.099	564.838
Brasil	americano	8.516.000 km ²	212 559 417	13.746.681	365.444
México	americano	1.973.000 km ²	128 932 753	2.295.435	211.213
Índia	asiático	3.287.000 km ²	1 380 004 385	14.291.917	174.308
Reino Unido	européu	242.495 km ²	67 886 011	4.380.976	127.191
Itália	européu	301.340 km ²	60 461 826	3.826.156	115.937
Rússia	européu	17.130.000 km ²	145 934 462	4.622.464	102.667
França	européu	643.801 km ²	65 273 511	5.149.776	99.427
Alemanha	européu	357.386 km ²	83 783 942	3.110.252	79.672
Espanha	européu	505.990 km ²	46 754 778	3.396.685	76.882

Fonte: <https://news.google.com/covid19/map?hl=pt-BR&gl=BR&ceid=BR%3Apt-419>.
Acesso em 16. Abr. 2021

SAÚDE AMBIENTAL

Destaca-se a seguinte descrição biológica e evolutiva feita pela FIOCRUZ (2021), que, esses agentes afetam a saúde de vertebrados³ em vida nos ecossistemas naturais, em especial, aves, mamíferos, e a comunidade humana, antropizada, sendo ainda desconhecida sua ação junto às comunidades isoladas de florestas tropicais. Segundo o site da FIOCRUZ (2021) os "coronavírus são grandes vírus de RNA que causam infecções respiratórias, geralmente leves a moderadas, em seres humanos e animais", evidenciando a questão da saúde ambiente, conforme escritos de Quandt et al (2014):

No Brasil, a expressão "Saúde Ambiental" é definida pelo Ministério da Saúde (2005) como uma área da saúde pública que atua junto ao conhecimento científico e à formulação de políticas públicas relacionadas à interação entre a saúde humana e os fatores do meio ambiente natural e antrópico que a influenciam, com vistas a melhorar a qualidade de vida do ser humano, sob o ponto de vista da sustentabilidade (art. 4º, parágrafo único).

Nos últimos dez anos, a lógica do Desenvolvimento Sustentável passou a se preocupar em compreender esse fenômeno na sua relação com o Estado e seu poder de disciplinarização do ambiente, com foco no desenvolvimento econômico. Em tal paradigma, cabe ao Estado mediar modelos de desenvolvimento nos quais direitos humanos e justiça social sejam assegurados. Reorientado para ir além do desenvolvimento capitalista, o Estado deve almejar uma sociedade democrática e inclusiva, capaz de realizar iniciativas individuais e coletivas criativas e inovadoras.

Introduz-se, assim, o discurso do Desenvolvimento Sustentável. A principal preocupação dos adeptos a essa corrente está na dicotomia entre crescimento econômico e degradação ambiental. Essa corrente epistêmica deu base para a Organização das Nações Unidas (ONU), cúpula internacional que se preocupa com o direito, a segurança e o desenvolvimento econômico internacional dos países, orientar suas ações sobre as nações que mantêm algum tipo de intercâmbio socioeconômico

Estudos futuros na Área de Biologia Celular, Biologia Molecular, Biotecnologia e Biologia Evolutiva, podem induzir a esclarecimentos sobre o comportamento do vírus em estruturas de espécies diferentes de vertebrados, e sendo a sua ocorrência em invertebrados, fato evidentemente inexistente, e quais motivos ocasionam tal diferenciação biológica de ocorrência ou não, com vistas ao entendimento da questão, que tende a ser um dos grandes dilemas epidemiológicos do século XXI. A partir desta análise, aparentemente, as patologias associadas à família não afetam anfíbios, peixes, répteis, e nem invertebrados (BANHOS, 2021). De acordo com a técnica que assina a matéria:

Os coronavírus humanos foram identificados pela primeira vez em meados da década de 1960. Há seis tipos de coronavírus que infectam o homem: alfacoronavírus 229E e NL63 e betacoronavírus OC43, HKU1, SARS-COV e MERS-COV, os dois últimos responsáveis por infecções respiratórias graves. A transmissão do coronavírus geralmente se dá por contato próximo de pessoa a pessoa. Há vários coronavírus que causam infecção animal. Na maioria, infectam apenas uma espécie ou algumas espécies intimamente relacionadas, como morcegos, alpacas, aves, belugas, porcos, entre outros. Contudo, o SARS-COV infecta seres humanos e vários animais, como macacos, civetas mascaradas, cães-guaxinins, gatos, cachorros e roedores. Já o MERS-COV foi encontrado em homens, dromedários e morcegos.

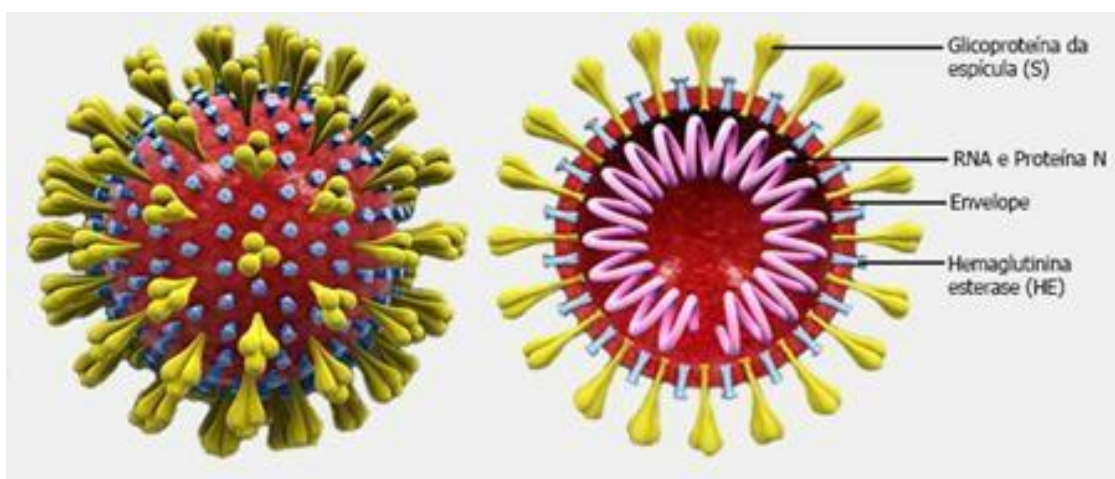
A FIOCRUZ (2021) afirma que a Síndrome Respiratória Aguda Grave, cuja sigla oficial, SARS, significa "Severe Acute Respiratory Syndrome" foi identificada pela primeira vez na China em novembro de 2002. A doença se disseminou velozmente, ocasionando uma epidemia que atingiu diretamente vários países, infectando cerca de 8 mil pessoas e provocando em torno de 800 mortes (FIOCRUZ, 2021). Segundo o site "a epidemia foi controlada no ano seguinte e, desde 2004, não houve registrado de nenhum caso de SARS". Sua denominação se refere ao formato de coroa, em latim "corona49", daí, a expressão vírus de coroa, vírus encoroadado, conforme atesta o site. Os coronavírus são uma

49 Todos os integrantes do grupo trazem em sua superfície espículas que lembram uma coroa — daí o nome derivado do latim "corona". Eles têm 125 nanômetros de diâmetro (são 800 vezes mais finos que um fio de cabelo). Além disso, possuem o material genético mais comprido entre os vírus com características similares. Transcrito na íntegra de <https://saude.abril.com.br/medicina/sempre-quis-saber-de-onde-vem-os-coronavirus/#:~:text=Todos%20os%20integrantes%20do%20grupo,os%20v%C3%ADrus%20com%20caracter%3%ADsticas%20similares>.

grande família de vírus comuns em muitas espécies diferentes de animais, incluindo o homem, camelos, gado, gatos e morcegos”.

Os coronavírus pertencem à subfamília Coronavirinae, família Coronaviridae. São grandes vírus com uma única fita de RNA e um nucleocapsídeo (estrutura composta pelo ácido nucleico do vírus (neste caso RNA) e seu invólucro proteico, o capsídeo) helicoidal. Seu nome se deve a espículas (estruturas proeminentes) presentes na superfície do vírus, o que lhe dá a aparência de uma coroa solar (corona em latim). O nome coronavírus também é dado a outros vírus da família Coronaviridae, implicados geralmente em infecções gastrointestinais em seres humanos e animais.

Figura



Fonte: <https://www.sbac.org.br/blog/2020/04/06/covid-19/>

O SARS-CoV-2 é um betacoronavírus descoberto em dezembro de 2019, em amostras de lavado broncoalveolar⁵⁰ obtidas de pacientes com pneumonia de causas desconhecidas na cidade de Wuhan, província de Hubei, uma distância de cerca de 1,053.9 km da capital da China (CRODA; GARCIA, 2020). Segundo Brasil (2021) “pertence ao subgênero Sarbecovírus da família Coronaviridae e é o sétimo coronavírus conhecido a infectar seres humanos. Aparentemente de associações ecológicas conectadas a

⁵⁰ A lavagem broncoalveolar é uma técnica aceita como meio complementar de diagnóstico em várias patologias do pulmão. Nas últimas três décadas, vários trabalhos confirmaram que ela reflete a celularidade existente no alvéolo e no interstício. Transcrito na íntegra de <https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/11388/1/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20de%20mestrado%20Marisa%20Catarino%20202013.pdf>

vertebrados, o site alega que “raramente os coronavírus de animais podem infectar pessoas e depois se espalhar entre seres humanos como já ocorreu com o MERS-CoV e o SARS-CoV-2. Até o momento, não foi definido o reservatório silvestre do SARS-CoV-2”. Para Ávila-Pires (1989):

Em 1862, Thomas Huxley concluiu um estudo sobre a *Posição do Homem na Natureza*, no qual procurava derrubar as barreiras conceituais e preconceituais que lhe atribuíam posição taxonômica privilegiada, imediatamente abaixo da dos anjos. Em 1877, Quatrefages, em seu livro sobre *A Espécie Humana* tentava, por outro lado, demonstrar que o homem merecia lugar de destaque na criação e algumas raças, mais do que outras. Discordou de Lineu que, apesar de fixista, colocara-nos na mesma ordem dos macacos, e de Huxley que nos rebaixou ao nível dos demais mamíferos. Para Quatrefages, as enfermidades seriam comuns a todas as raças, com certas particularidades de sensibilidade e resistência, atribuídas a características raciais e não a fatores geocológicos ou sociais.

Em 1946, Hooton admitia como parte dos estudos antropológicos, a classificação dos "tipos de temperamento", baseada na escala de Sheldon, que a organizou a partir da análise psicológica realizada sobre amostras de grupos sociais distintos, incluindo "um pequeno grupo de pessoas eruditas". Entre os itens dessa escala contam-se: gula, inclinação por cerimônias, amor à aventura, sede de poder, sono profundo, indiferença espartana à dor, agorafobia, introversão, e outras "características" subjetivas, impossíveis de serem medidas ou quantificadas.

Não é de admirar, portanto, que estudos ecológicos sobre reservatórios animais e hospedeiros não-humanos só se hajam desenvolvido no século XX, a partir dos trabalhos pioneiros de Manson (1877) e de sua escola, e como consequência do progresso da etologia, a ciência do comportamento animal, da psicologia e da sociologia aplicadas à saúde pública. O maior progresso ocorreria por ocasião da Segunda Guerra Mundial.

Figura 01 - Mapa da Província chinesa, onde surgiu a COVID-19



Fonte: <https://ensina.rtp.pt/artigo/covid-19-a-impressao-digital-do-novo-coronavirus/>

EDUCAÇÃO EM SAÚDE

Da China, o vírus ganhou o mundo, via avião, desembarcando nos principais aeroportos do mundo e ganhando os rincões de todo o ecúmeno (BUSS; FONSECA, 2020). Através das aglomerações humanas, em especial, pelos transportes públicos, desde o avião, e de mais modalidade, sendo hoje investigado o impacto da transmissão do vírus via sistemas de mobilidade urbana saturados e sem protocolos de biossegurança (LEIVA, SATHLER, ORRICO FILHO, 2020). Medidas preventivas foram adotadas, mas percebeu-se pouca aderência da população às normas de biossegurança, legitimando a vulnerabilidade em termos de educação em saúde, melhor explicada por Falkenberg et al (2014):

As práticas de educação em saúde envolvem três segmentos de atores prioritários: os profissionais de saúde que valorizem a prevenção e a promoção tanto quanto as práticas curativas; os gestores que apoiem esses profissionais; e a população que necessita construir seus conhecimentos e aumentar sua autonomia nos cuidados, individual e coletivamente. Embora a definição do MS apresente elementos que pressupõem essa interação entre os três segmentos das estratégias utilizadas

para o desenvolvimento desse processo, ainda existe grande distância entre retórica e prática.

A educação em saúde como processo político pedagógico requer o desenvolvimento de um pensar crítico e reflexivo, permitindo desvelar a realidade e propor ações transformadoras que levem o indivíduo à sua autonomia e emancipação como sujeito histórico e social, capaz de propor e opinar nas decisões de saúde para cuidar de si, de sua família e de sua coletividade³.

A temática deve envolver a compreensão de projetos de sociedades e visões de mundo que se atualizam nas formas de conceber e organizar os discursos e as práticas educativas no campo da saúde⁴.

As práticas de educação em saúde são inerentes ao trabalho em saúde, mas muitas vezes estão relegadas a um segundo plano no planejamento e organização dos serviços, na execução das ações de cuidado e na própria gestão.

A partir da análise detalhada dos sintomas da doença, para melhor interpretar o que aparece nos exames médicos, faz-se necessário basear-se na semiologia, enquanto parte fundamentalmente integrante da medicina que se dedica ao estudo e interpretação dos sinais e sintomas presentes em exames médicos (VIEIRA; EMERY; ANDRIOLO, 2020). Em termos de sintomas, Conforme registrado no Quadro III, feito de acordo com o site (BRASIL, 2021). No mesmo site, consta a seguinte afirmação:

A infecção pelo SARS-CoV-2 pode variar de casos assintomáticos e manifestações clínicas leves, até quadros moderados, graves e críticos, sendo necessária atenção especial aos sinais e sintomas que indicam piora do quadro clínico que exijam a hospitalização do paciente. De forma geral, os casos podem ser classificados em: Caracterizado por teste laboratorial positivo para COVID-19 e ausência de sintomas. Caso leve: caracterizado a partir da presença de sintomas não específicos, como tosse, dor de garganta ou coriza, seguido ou não de anosmia, ageusia, diarreia, dor abdominal, febre, calafrios, mialgia, fadiga e/ou cefaleia. Os sintomas mais frequentes podem incluir desde sinais leves da doença, como tosse persistente

e febre persistente diária, até sinais de piora progressiva de outro sintoma relacionado à COVID-19 (adinamia, prostração, hiporexia, diarreia), além da presença de pneumonia sem sinais ou sintomas de gravidade

Mesmo com altas e baixas estatísticas, e com avanços significativos no que tange ao desenvolvimento de vacinação, a pandemia se expande, ainda sem nítido controle, em especial, nos países latino-americanos, dentre os quais, se destaca o Brasil (GUIMARÃES, 2020). A Figura 02 ilustra bem esta questão de evolução e recuo nas taxas de casos e óbitos por COVID-19 (CAVALCANTE, et al, 2020). Assim, o tema sido alvo de ampla cobertura da mídia, e no intervalo de um ano, a ciência tem buscado respostas, às múltiplas perguntas geradas em torno do ciclo evolutivo do coronavírus (BAZÁN, et al, 2020). E cientistas de todo planeta se revesam no entendimento rápido de sua ampliação por todo planeta, incluindo variantes genéticas e mutações biológicas em percursos, o que sugere cálculos e recálculos, erros e acertos, no alinhamento entre diferentes esferas de governantes. Joly e Queiroz (2020) descrevem que:

E vivemos a crise da biodiversidade, para a qual não há solução conhecida, uma vez que a extinção de uma espécie é irreversível. Mas cujos efeitos podem ser mitigados se logarmos diminuir a força dos vetores que têm intensificado continuamente a velocidade na qual estas espécies se extinguem. E, desta forma, evitarmos o colapso dos serviços ecossistêmicos imprescindíveis para a sobrevivência da humanidade (IPBES 2019a; CBD, 2020).

É mais difícil para alguns entender um vínculo entre biodiversidade e serviços ecossistêmicos, por conta do que passou a ser conhecido como “paradoxo da conservação da biodiversidade”, quando uma forte deterioração ambiental não é necessariamente acompanhada por uma perda proporcional da biodiversidade. Hoje sabemos que os principais benefícios que a natureza oferece à humanidade não repousam em toda a biodiversidade, mas em alguns de seus componentes-chave. Embora sejam fatores intrinsecamente relacionados, eles sofrem perda e deterioração em velocidades distintas (Vellend, 2017). A perda da biodiversidade é, certamente, um fenômeno planetário, mas está se dando de forma desigual em diferentes ecossistemas e distintas partes do mundo, bem como a deterioração dos serviços ecossistêmicos (Bowler et al., 2020).

Troia e Quintilio (2020) em relevante relato sobre o Coronavírus, publicado no Blog do Scielo em Perspectiva apontam este cenário e descrevem onde os cientistas se encontram, numa linha tênue entre lições negacionistas e o futuro do planeta. Em diferentes partes do mundo, pequenos grupos alienados se organizam numa pseudo coletividade anti-democrática conjungam múltiplos verbos semelhantes com intuito de confundir sobre o contexto real da pandemia (ADORNO, 2020). Discursos delirantes de abdicar, abjurar, abnegar, afrontar, argumentar, boicotar, censurar, combater, confundir, confutar, contestar, contraditar, contradizer, contrapor, contrariar, deixar, desacolher, desconvir, desprezar, diferir, discordar, discrepar, dispensar, mentir, negar, se tornaram realidade num contexto amplo denominado de fakenews (VASCONCELLOS-SILVA; CASTIEL, 2020). Segundo esboço de Joly e Queiroz (2020):

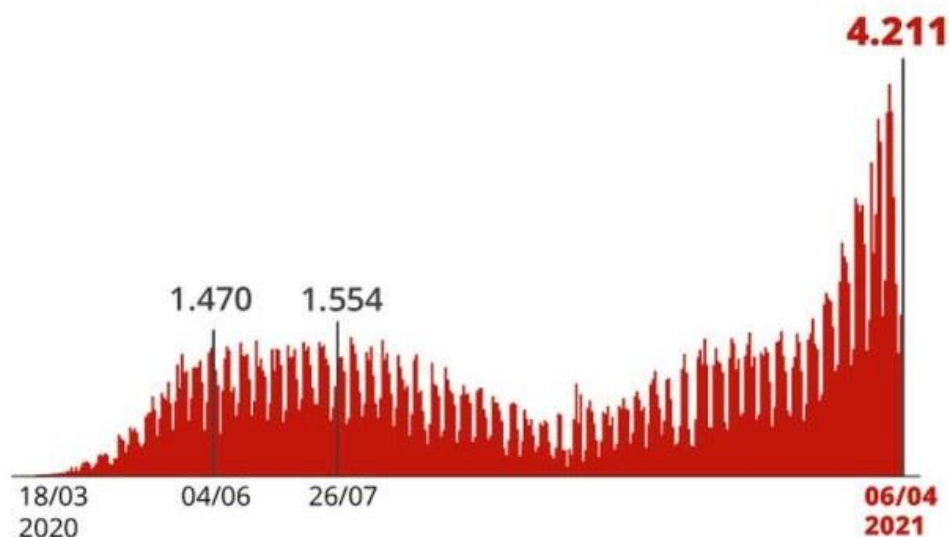
Pela simples observação do momento em que vivemos, é possível entender que passamos também por uma quarta crise, que é a crise da governança socioambiental. Essa é uma crise agudíssima no cenário nacional, aguçada pelo desmonte de todo o arcabouço legal e institucional responsável pela governança ambiental, e da desativação dos mecanismos que regulavam as relações institucionais do Estado com as populações tradicionais do país (como indígenas, quilombolas, ribeirinhos etc.), que vivem em estreita interação com os ambientes naturais. Essa crise é, por outro lado, crônica quando observada pela perspectiva internacional, onde a multiplicidade de interesses econômicos e políticos, associada à falta de mecanismos para, de fato, implementar as decisões das diferentes convenções, impede progressos mais significativos neste âmbito (Adams et al., 2020; O'Neill; Haas, 2019).

Ao contrário da crise da pandemia de Covid-19, cuja solução pode ser esperada para os próximos dois ou três anos, está claro que a solução da crise climática e a mitigação da crise da biodiversidade são alvos mais distantes no tempo, e que dependem de mudanças transformativas profundas, tanto no modelo de desenvolvimento global quanto nos padrões de consumo de nossa espécie (Settele et al., 2020).

Figura 02 - Graficos ilustrativos da evolução

4,2 mil mortes em 1 dia pela Covid

Brasil bate recorde de óbitos desde o começo da pandemia



Fonte: Consórcio de veículos de imprensa a partir de dados das secretarias estaduais de Saúde



Infográfico elaborado em: 06/04/2021

Fonte: <https://g1.globo.com/bemestar/coronavirus/noticia/2021/04/06/brasil-bate-marca-de-4-mil-mortes-por-covid-registrados-em-um-dia-e-soma-3376-mil-na-pandemia.ghtml>

Além do desajuste entre as três esferas governamentais, o país enfrenta baixa taxa de imunização ou de adesão à mesma, baixos estoques e lentidão na vacinação, furto de cargas em itinerários logísticos, despreparo técnico para a multiplicidade das opções de imunização, indivíduos que utilizando-se de má fé ou situação social, furam a fura do calendário de vacina e a questão da fiscalização e manutenção dos protocolos preventivos adotados desde o início (CASTRO, DAL SENO, POCHMANN, 2020).

Os dados brasileiros atestam o quadro evolutivo da doença no começo da pandemia no ano de 2020, e o crescente número de casos e óbitos que se amplia no quadro evolutivo de 2021 (WERNECK; CARVALHO, 2020). Estudos comprovam que somente nos quatro primeiros meses a doença avançou de forma assustadora e desastrosa (SANCHEZ, et al, 2021). Apesar de esforços, em especial, dos poderes estadual e municipal, no que se referente aos protocolos de enfrentamento da pandemia, indo dos serviços de

prevenção e diagnóstico do contágio até a questão do atendimento médico-emergencial, a situação aparentemente encontra-se fora do controle (MOREIRA, et al, 2020).

Figura 03 - Sepultamentos coletivos em Manaus chocaram o país



Fonte: <https://g1.globo.com/am/amazonas/noticia/2021/01/11/nao-tera-vala-coletiva-diz-secretario-sobre-aumento-de-enterros-em-manaus.ghtml>

Nos 26 estados da Federação e no Distrito Federal, o número de casos e óbitos avança, independente de gênero, raça, cor ou classe social, conforme especifica o quadro III (CASTRO, DAL SENO, POCHMANN, 2020). São Paulo e Minas Gerais lideram os casos, e os dois estados também apresentam as maiores taxas de óbitos, sendo que no caso de morte entre São Paulo (1º lugar) e Minas Gerais (3º lugar), encontra-se o Rio de Janeiro, evidenciando que a região sudeste é o hipercentro da doença no país, assim como o Brasil é hipercentro da COVID-19 no mundo (SANCHEZ, et al, 2021). Dentro da lógica capitalista, comercial e neoliberal dos tempos presentes, pode-se a partir dos escritos de Castro, Dal Seno e Pochmann (2020), confirmar que diferentes países estudam o cancelamento de voos comerciais entre suas capitais e cidades brasileiras.

Quadro Casos a cada 1 milhão de habitantes

Local	Região	Total de casos	Novos casos	6	Mortes
Brasil		13.832.455	85.774	65.452	368.749

São Paulo	Sudeste	2.722.077	17.979	61.816	87.326
Minas Gerais	Sudeste	1.266.271	9.207	60.677	29.538
Rio Grande do Sul	Sul	915.558	5.036	81.120	22.977
Paraná	Sul	902.626	5.695	81.452	20.182
Bahia	Nordeste	855.871	3.413	56.579	17.134
Santa Catarina	Sul	852.350	3.678	118.964	12.480
Rio de Janeiro	Sudeste	697.763	4.717	42.388	40.716
Ceará	Nordeste	609.849	12.331	68.966	16.075
Goiás	Centro-oeste	521.333	2.580	79.920	13.481
Pará	Norte	448.256	2.392	55.519	11.635
Espírito Santo	Sudeste	413.834	2.421	106.520	8.581
Pernambuco	Nordeste	378.852	1.869	40.835	13.102
Distrito Federal	Centro-oeste	364.452	1.108	Não há dados	7.125
Amazonas	Norte	362.401	773	93.553	12.352
Mato Grosso	Centro-oeste	338.716	2.154	105.049	8.842
Paraíba	Nordeste	277.793	1.124	70.436	6.388
Maranhão	Norte	254.189	1.341	37.103	6.783
Mato Grosso do Sul	Centro-oeste	235.010	1.062	89.710	5.099
Piauí	Nordeste	224.790	1.539	70.363	4.693
Rio Grande do Norte	Nordeste	211.050	592	61.919	5.045
Rondônia	Norte	203.300	1.452	116.269	4.737
Sergipe	Nordeste	188.659	1.003	84.998	3.903
Alagoas	Nordeste	164.404	597	49.493	3.921
Tocantins	Norte	151.909	666	101.484	2.348
Amapá	Norte	102.836	305	136.932	1.456
Roraima	Norte	93.259	357	187.668	1.435
Acre	Norte	60.069	Não há dados	76.027	1.047

Fonte: <https://news.google.com/covid19/map?hl=pt-BR&mid=%2Fm%2F015fr&gl=BR&ceid=BR%3Apt-419>. Acesso em 17.Abr. 2021

A transmissão acontece, única e exclusivamente, de uma pessoa doente para outra sadia que se encontre temporariamente desprotegida pelo descaso, esquecimento ou boicote á orientações de biossegurança (SILVA, 2020). Porém, especialistas, de diferentes áreas, tem chamado a atenção para a vulnerabilidade social agravada nos últimos anos seja um item relevante numa análise minuciosa sobre a COVID-19 (FARIAS; LEITE JUNIOR, 2020). Negros, pobres e mulheres estão mais vulneráveis à pandemia, que flagela a

população brasileiro em meio a um quadro social e econômico minimamente assustador (CASTRO, DAL SENO, POCHMANN, 2020). De acordo com Ribeiro-Silva et al (2020):

A desaceleração do crescimento econômico no país em adição às políticas econômicas de austeridade fiscal adotadas pelo governo tem contribuído, ainda mais, para o desmonte das políticas sociais no Brasil. Este processo de desmonte afetou não só o Sistema Único de Saúde (SUS) e o Sistema Único de Assistência Social (SUAS), bem como o Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional (SISAN), com aprofundamento da situação de pobreza e de vulnerabilidade social vivenciado por muitas famílias brasileiras, indo na contramão do processo da redução da desigualdade social e redistribuição de renda, experimentado no país entre os anos de 2003 e 2014.

Nessa pandemia, famílias e populações, em contextos de vulnerabilidade social, podem apresentar maior vulnerabilidade à Covid-19 por conta da desigualdade social presente, sobretudo, entre pessoas de baixa renda – os desempregados e aqueles na informalidade, que necessitam complementar renda, ainda que estejam em programa temporário de transferência de renda. Tais condições de vulnerabilidade podem ser mais danosas nas comunidades formadas por famílias que vivem em único cômodo doméstico e com compartilhamentos de materiais de higiene pessoal. Gera-se, portanto, necessidade de superar os desafios em torno das medidas efetivas para a redução da incidência de COVID-19.

Ademais, conforme orientações médicas, diante da emergência ocasionada pelo coronavírus SARS- CoV-2, todos estão direta e indiretamente afetados pela pandemia, por isso, algumas observações de como se proteger, são imprescindíveis para proteção e o controle sanitário e socioeconômico do avanço pandêmico (CASTRO, DAL SENO, POCHMANN, 2020). Entre as medidas indicadas, estão distanciamento social, etiqueta respiratória e de higienização das mãos, isolamento de casos suspeitos e confirmados, limpeza e desinfecção de ambientes, quarentena dos contatos dos casos de COVID-19, uso de máscaras, vacinação dos grupos prioritários (AQUINO, 2020). O site do MS ressalta e recomenda, a necessidade de atividades e medidas não farmacológicas a serem

desenvolvidas e utilizadas na prevenção da infecção pelo vírus da COVID-19, conforme quadro abaixo.

Quadro III - Informações sobre a manutenção das medidas não farmacológicas

Protocolo	Méridas técnicas de manutenção
Distancia- mento social	Limitar o contato próximo entre pessoas infectadas e outras pessoas é importante para reduzir as chances de transmissão do SARS-CoV-2. Principalmente durante a pandemia, devem ser adotados procedimentos que permitam reduzir a interação entre as pessoas com objetivo de diminuir a velocidade de transmissão do vírus. Além disso, recomenda-se a manutenção de uma distância física mínima de pelo menos 1 metro de outras pessoas, especialmente daquelas com sintomas respiratórios e um grande número de pessoas (aglomerações) tanto ao ar livre quanto em ambientes fechados.
	Trata-se de uma estratégia importante quando há indivíduos já infectados, mas ainda assintomáticos ou oligossintomáticos, que não se sabem portadores da doença e não estão em isolamento. Garantir uma boa ventilação em ambientes internos também é uma medida importante para prevenir a transmissão em ambientes coletivos. Segundo o CDC19 e a OMS20, aglomerações representam um risco alto para disseminação do SARSCoV-2. Para isso, considera-se o aglomerado de várias pessoas num mesmo local, onde se torna difícil para as pessoas permanecerem a pelo menos um metro de distância entre elas. Quanto mais pessoas interagem durante este tipo de evento e quanto mais tempo essa interação durar, maior o risco potencial de infecção e disseminação do vírus SARS-CoV-2. Lugares ou ambientes que favorecem a aglomeração de pessoas devem ser evitados durante a pandemia.
Higieniza- ção das mãos	A higienização das mãos é a medida isolada mais efetiva na redução da disseminação de doenças de transmissão respiratória. As evidências atuais indicam que o vírus causador da COVID-19 é transmitido por meio de gotículas respiratórias ou por contato. A transmissão por contato ocorre quando as mãos contaminadas tocam a mucosa da boca, do nariz ou dos olhos. O vírus também pode ser transferido de uma superfície para outra por meio das mãos contaminadas, o que facilita a transmissão por contato indireto. Consequentemente, a higienização das mãos é extremamente importante para evitar a disseminação do vírus causador da COVID-19. Ela também interrompe a transmissão de outros vírus e bactérias que causam resfriado comum, gripe e pneumonia, reduzindo assim o impacto geral da doença.

Etiqueta respiratória	<p>Uma das formas mais importantes de prevenir a disseminação do SARS-CoV-2 é a etiqueta respiratória, a qual consiste num conjunto de medidas que devem ser adotadas para evitar e/ ou reduzir a disseminação de pequenas gotículas oriundas do aparelho respiratório, buscando evitar possível contaminação de outras pessoas que estão em um mesmo ambiente. A etiqueta respiratória consiste nas seguintes ações: Cobrir nariz e boca com lenço de papel ou com o antebraço, e nunca com as mãos ao tossir ou espirrar. Descartar adequadamente o lenço utilizado. Evitar tocar olhos, nariz e boca com as mãos não lavadas. Se tocar, sempre higienize as mãos como já indicado. Manter uma distância mínima de cerca de 1 metro de qualquer pessoa tossindo ou espirrando. Evitar abraços, beijos e apertos de mãos. Adote um comportamento amigável sem contato físico. Higienizar com frequência os brinquedos das crianças e aparelho celular. Não compartilhar objetos de uso pessoal, como talheres, toalhas, pratos e copos. Evitar aglomerações, principalmente em espaços fechados e manter os ambientes limpos e bem ventilados.</p>
Uso de máscaras em serviços de saúde	<p>O uso universal de máscaras em serviços de saúde deve ser uma exigência para todos os trabalhadores da saúde e por qualquer pessoa dentro de unidades de saúde, independente das atividades realizadas. Todos os trabalhadores da saúde e cuidadores que atuam em áreas clínicas devem utilizar máscaras cirúrgicas de modo contínuo durante toda a atividade de rotina. Em locais de assistência a pacientes com COVID-19 em que são realizados procedimentos geradores de aerossóis, recomenda-se que os profissionais da saúde usem máscaras de proteção respiratória (padrão N95 ou PFF2 ou PFF3, ou equivalente), bem como demais equipamentos de proteção individual.</p>
Uso de máscaras na população em geral	<p>O uso de máscara facial, incluindo as de tecido, é fortemente recomendado para toda a população em ambientes coletivos, em especial no transporte público e em eventos e reuniões, como forma de proteção individual, reduzindo o risco potencial de exposição do vírus especialmente de indivíduos assintomáticos. As máscaras não devem ser usadas por crianças menores de 2 anos ou pessoas que tenham dificuldade para respirar, estejam inconscientes, incapacitadas ou que tenham dificuldade de remover a máscara sem ajuda. Recomenda-se lavar as mãos antes de colocar a máscara, colocando-a sobre o nariz e a boca, prendendo-a sob o queixo. A pessoa deve ajustar a máscara confortavelmente pelas laterais do rosto, e certificar-se que consegue respirar normalmente. As máscaras não devem ser colocadas em volta do pescoço ou na testa, e ao tocá-la, deve-se lavar as mãos com água e sabão ou álcool em gel 70% para desinfecção. Para pessoas sintomáticas recomenda-se o uso de máscaras cirúrgicas como controle da fonte.</p>

Fonte: Brasil (2020)

Ao se reafirmar a existência de um analfabetismo sanitário, da correlação de patologias com saúde ambiental, a qualidade de vida e proteção das comunidades humanas perpassa pela ecologia humana e pela educação em saúde com adoção obrigatória do Protocolo ABCD: A (álcool em gel), B (blindagem através da imunização e testagem), C (cobrir boca e nariz, com máscara e escudo facial) e D (distanciamento e isolamento social) conforme preconizado pelo MS no quadro acima. A operacionalização da vacinação contra a pandemia do COVID-19, controlará a transmissão do SARSCoV-2, de forma integrada, permitindo a retomada gradual do convívio social pelos vários setores com retorno seguro (BRASIL, 2020).

Considerações finais

Os dados brasileiros atestam o quadro evolutivo da doença no começo da pandemia no ano de 2020, e o crescente número de casos e óbitos que se amplia no quadro evolutivo de 2021 (WERNECK; CARVALHO, 2020). Estudos atestam que somente nos quatro primeiros meses a doença avançou de foram assustadora e desastrosa (SANCHEZ, et al, 2021). Apesar de esforços, em especial, dos poderes estadual e municipal, no que se referente aos protocolos de enfrentamento da pandemia, indo dos serviços de prevenção e diagnóstico do contágio até a questão do atendimento médico-emergencial, a situação aparentemente encontra-se fora do controle (MOREIRA, et al, 2020). Além do desajuste entre as três esferas governamentais, o país enfrenta baixa taxa de imunização ou de adesão à mesma, baixos estoques e lentidão na vacinação, furto de cargas em itinerários logísticos, despreparo técnico para a multiplicidade das opções de imunização, indivíduos que utilizando-se de má fé ou situação social, furam a fura do calendário de vacina e a questão da fiscalização e manutenção dos protocolos preventivos adotados desde o início (CASTRO, DAL SENO, POCHMANN, 2020).

Ademais, conforme orientações médicas, diante da emergência ocasionada pelo coronavírus SARS-CoV-2, todos estão direta e indiretamente afetados pela pandemia, por isso, algumas observações de como se proteger, são imprescindíveis para proteção e o controle sanitário e socioeconômico do avanço pandêmico (CASTRO, DAL SENO, POCHMANN, 2020). Entre as medidas indicadas, estão distanciamento social, etiqueta respiratória e de higienização das mãos, isolamento de casos suspeitos e confirmados, limpeza e desinfecção de ambientes, quarentena dos contatos dos casos de COVID-19, uso de máscaras, vacinação dos grupos prioritários (AQUINO, 2020). A operacionalização da vacinação contra a pandemia do COVID-19, controlará a transmissão do SARSCoV-2, de forma integrada, permitindo a retomada gradual do convívio social pelos vários setores com retorno seguro (BRASIL, 2020). Por fim, evidenciou-se que a COVID-19 (Pandemia do

Novo Coronavírus) apresentou avanços e retrocessos ecológicos e societários no contexto da sociedade brasileira trazendo discussões emergenciais sobre erradicação do analfabetismo sanitário, concepção de saúde com enfoque ambiental e necessidade de ampliação das ações na área de educação em saúde.

Referências

ADORNO, Sergio. **Pandemia**. In: Estudos Avançados. vol.34 no.99 São Paulo May/Aug. 2020 Epub July 10, 2020. Disponível em <https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142020000200002&tlng=pt> Acesso em 14. Abr. 2021

AQUINO, Estela M. L. et al. **Medidas de distanciamento social no controle da pandemia de COVID-19: potenciais impactos e desafios no Brasil**. In: Ciência & Saúde Coletiva. vol.25 supl.1 Rio de Janeiro June 2020. Disponível em <https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1413-81232020006702423&script=sci_arttext> Acesso em 12. Abr. 2021

ÁVILA-PIRES, Fernando Dias de. **Zoonoses: hospedeiros e reservatórios**. In: Cadernos de Saúde Pública. vol.5 no.1 Rio de Janeiro Jan./Mar. 1989. Disponível em <https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X1989000100007> Acesso em 16. Abr. 2021

BANHOS, Aureo. **Um pouco sobre ecologia, evolução, patógenos, saúde e COVID-19**. In: Site Oficial da Universidade Federal do Espírito Santo. Disponível em <<https://coronavirus.ufes.br/conteudo/um-pouco-sobre-ecologia-evolucao-patogenos-saude-e-covid-19>> Acesso em 16. Abr. 2021

BARRETO, Maurício L. **O conhecimento científico e tecnológico como evidência para políticas e atividades regulatórias em saúde** (8º Seminário Temático A Contribuição da Epidemiologia para a Vigilância Sanitária, Projeto de Cooperação Técnica ISC/Anvis). In: Ciência & Saúde Coletiva Disponível em <<https://scielosp.org/article/csc/2004.v9n2/329-338/pt/>> Acesso em 12. Abr. 2021

BAZÁN, Paulo Rodrigo et al **Exposição às informações sobre COVID-19 em mídias digitais e suas implicações para funcionários do setor de saúde: resultados de uma pesquisa on-line**. In: Einstein (São Paulo) vol. 18 São Paulo, 2020. Disponível em <https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1679-45082020000100288&script=sci_arttext&tlng=pt> Acesso em 16. Abr. 2021

BELLINGHINI, Ruth Helena. **Pandemia evidencia falta de alfabetização em saúde no mundo**. In: Revista Questão de Ciência. Disponível em

<<https://www.revistaquestaodeciencia.com.br/artigo/2020/05/19/pandemia-evidencia-falta-de-alfabetizacao-em-saude-em-todo-o-mundo>> Acesso em 16. Abr. 2021

BRASIL (2021-b). **Coronavírus: linha do tempo**. Portal do Ministério da Saúde. Disponível em <<https://coronavirus.saude.gov.br/linha-do-tempo/#:~:text=O%20que%20%C3%A9%20coronav%C3%ADrus%3F,meados%20da%20%C3%A9cada%20de%201960.>> Acesso em 14. Abr. 2021

BRASIL (2021-b). **Coronavírus: sobre a doença**. Portal do Ministério da Saúde. <https://coronavirus.saude.gov.br/sobre-a-doenca#:~:text=Embora%20a%20maioria%20das%20pessoas,respirat%C3%B3ria%2C%20sepe%20e%20choque%20s%C3%A9ptico%2C>> Acesso em 16. Abr. 2021

BUSS, Paulo Marchiori; FONSECA, Luiz Eduardo (Org.). **Publisher: China: soberania e descolonização da resposta sanitária** (Série Informação para ação na Covid-19). Fiocruz, 2020. Disponível em <<http://books.scielo.org/id/hdyfg/22>> Acesso em 16. Abr. 2021

CAMPOS, Mônica Rodrigues. et al. **Carga de doença da COVID-19 e de suas complicações agudas e crônicas: reflexões sobre a mensuração (DALY) e perspectivas no Sistema Único de Saúde**. In: Cad. Saúde Pública 36 (11) 30 Out 2020. Disponível em <<https://www.scielo.org/article/csp/2020.v36n11/e00148920/>> Acesso em 12. Abr. 2021

CASTRO, Daniel Danillo; DAL SENO, Marcio; POCHMANN.(organizadores). **Capitalismo e a Covid-19**. São Paulo: 2020. 1º volume. Disponível em <<http://abet-trabalho.org.br/wp-content/uploads/2020/05/LIVRO.CapitalismoxCovid19.pdf>> Acesso em 12. Abr. 2021

CAVALCANTE, João Roberto. et al. **COVID-19 no Brasil: evolução da epidemia até a semana epidemiológica 20 de 2020**. In: Epidemiol. Serv. Saúde 29 (4) 10 Ago 2020. Disponível em <<https://www.scielo.org/article/ress/2020.v29n4/e2020376/>> Acesso em 12. Abr. 2021

CRODA, Julio Henrique Rosa; GARCIA, Leila Posenato. **Resposta imediata da Vigilância em Saúde à epidemia da COVID-19** In: Epidemiol. Serv. Saúde 29 (1) 23 Mar 2020. Disponível em <<https://www.scielo.org/article/ress/2020.v29n1/e2020002/pt/>> Acesso em 16. Abr. 2021

DIÁRIO OFICIAL DA UNIÃO. PORTARIA Nº 188, DE 3 DE FEVEREIRO DE 2020. **Declara Emergência em Saúde Pública de importância Nacional (ESPIN) em decorrência da Infecção Humana pelo novo Coronavírus (2019-nCoV)**. Disponível em <<https://www.in.gov.br/web/dou/-/portaria-n-188-de-3-de-fevereiro-de-2020-241408388>> Acesso em 16. Abr. 2021

DIÁRIO OFICIAL DA UNIÃO. PORTARIA Nº 3.190, DE 26 DE NOVEMBRO DE 2020. **Institui o Gabinete de Crise da Covid-19 e altera a Portaria nº 188/GM/MS, de 3 de fevereiro de 2020, para dispor sobre o Centro de Operações de Emergências para o novo Coronavírus (COE Covid-19).** Disponível em <<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-3.190-de-26-de-novembro-de-2020-290849829>> Acesso em 14. Abr. 2021

DIÁRIO OFICIAL DA UNIÃO. PORTARIA Nº 580, DE 27 DE MARÇO DE 2020. **Dispõe sobre a Ação Estratégica "O Brasil Conta Comigo - Residentes na área de Saúde", para o enfrentamento à pandemia do coronavírus (COVID-19).** Disponível em <https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2020/prt0580_30_03_2020.html> Acesso em 12. Abr. 2021

FACULDADE DE MEDICINA DE LISBOA. **ROTEIRO DA MEMÓRIA. As Epidemias e as Pandemias na História da Humanidade.** Disponível em <<https://www.medicina.ulisboa.pt/newsfmul-artigo/99/epidemias-e-pandemias-na-historia-da-humanidade>> Acesso em 12. Abr. 2021

FALKENBERG, Mirian Benites et al. **Educação em saúde e educação na saúde: conceitos e implicações para a saúde coletiva.** In: Ciência & Saúde Coletiva. vol.19 no.3 Rio de Janeiro Mar. 2014. Disponível em <https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232014000300847> Acesso em 16. Abr. 2021

FARIAS, Magno Nunes. LEITE JUNIOR, Jaime Daniel. **VULNERABILIDADE SOCIAL E COVID-19: CONSIDERAÇÕES A PARTIR DA TERAPIA OCUPACIONAL SOCIAL.** In: Cadernos Brasileiros de Terapia Ocupacional. Disponível em <<https://preprints.scielo.org/index.php/scielo/preprint/download/494/626/642>> Acesso em 14. Abr. 2021

GONÇALVES, Helen.: **'A tuberculose ao longo dos tempos'**. História, Ciências, Saúde — Manguinhos, vol. VII(2): 303-25, jul.-out. 2000. Disponível em <https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-59702000000300004> Acesso em 14. Abr. 2021

GONÇALVES, Leandro A. Pires. **Mais um ministério de farda: coronavírus e militarismo, a dupla carga epidêmica sobre a Saúde.** In: Revista Physis 30 (04) 14 Dez 2020. Disponível em <<https://scielosp.org/article/physis/2020.v30n4/e300401/pt/>> Acesso em 20. Abr. 2021

GUIMARÃES, Reinaldo. **Vacinas Anticovid: um Olhar da Saúde Coletiva.** In: Ciência & Saúde Coletiva. vol.25 no.9 Rio de Janeiro Sept. 2020. Disponível em

<https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232020000903579>
Acesso em 16. Abr. 2021

GUSMÃO, Sebastião. **História da Medicina: evolução e importância.** In: Jornal Brasileiro de Neurocirurgia vol. 15 (nº 1), p. 05-10, 2004. Disponível em <<https://jbnc.emnuvens.com.br/jbnc/article/download/467/401>> Acesso em 16. Abr. 2021

JOLY, Carlos A.; QUEIROZ, Helder Lima de. **IMPACTOS DA PANDEMIA: Pandemia, biodiversidade, mudanças globais e bem-estar humano.** In: Estudos Avançados. vol.34 no.100 São Paulo Sept./Dec. 2020 Disponível em <https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142020000300067> Acesso em 16. Abr. 2021

LEIVA, Guilherme de Castro; SATHLER, Douglas; ORRICO FILHO, Romulo Dante. **Estrutura urbana e mobilidade populacional: implicações para o distanciamento social e disseminação da Covid-19.** In: Revista Brasileira de Estudos de População. vol. 37 São Paulo 2020. Disponível em <https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-30982020000100157&script=sci_arttext> Acesso em 14. Abr. 2021

LIMA, Claudio Márcio Amaral de Oliveira. **Informações sobre o novo coronavírus (COVID-19).** In: Revista Radiologia Brasileira. vol.53 no.2 São Paulo Mar./Apr. 2020. Disponível em <https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0100-39842020000200001&script=sci_arttext&lng=pt> Acesso em 16. Abr. 2021

MARQUES, Lorraine Cichowicz. et al. **COVID-19: CUIDADOS DE ENFERMAGEM PARA SEGURANÇA NO ATENDIMENTO DE SERVIÇO PRÉ-HOSPITALAR MÓVEL.** In: Texto & Contexto - Enfermagem. vol.29 Florianópolis 2020. Disponível em <https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-07072020000100202&lng=en&nrm=iso&tlng=pt> Acesso em 12. Abr. 2021

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Sistema Analítico do SUS: COVID-19.** Disponível em <https://susanalitico.saude.gov.br/extensions/covid-19_html/covid-19_html.html> Acesso em 16. Abr. 2021

MIRANDA, Carlos Alberto Cunha. A arte de curar nos tempos da colônia : limites e espaços da cura. 3ª. ed. rev. ampl. e atual. – Recife : Ed. Universitária da UFPE, 2017. Disponível em <<https://www.ufpe.br/documents/39938/950195/E-book+A+ARTE+DE+CURAR.pdf/79de256e-161d-4fb1-bf4e-e802193f223a>> Acesso em 14. Abr. 2021

MOREIRA, Elaine; et al. [org.] **Em tempos de pandemia: propostas para defesa da vida e de direitos sociais.** Rio de Janeiro: UFRJ, Centro de Filosofia e Ciências Humanas, Escola

de Serviço Social, 2020. 155 p. Disponível em <http://www.cress-es.org.br/wp-content/uploads/2020/05/1_5028797681548394620.pdf> Acesso em 14. Abr. 2021

OLIVEIRA, Wanderson Kleber de. et al. **Como o Brasil pode deter a COVID-19**. In: Epidemiologia e Serviços de Saúde. vol. 29 n.º.2 Brasília 2020. Disponível em <https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S2237-96222020000200200&script=sci_arttext> Acesso em 12. Abr. 2021

ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE. **Escritório Regional para as Américas da Organização Mundial da Saúde: COVID-19**. Disponível em <<https://www.paho.org/pt/covid19>> Acesso em 14. Abr. 2021

PALMA, Ana. **Saúde: Coronavirus**. In: Jornal Virtual Invivo. Fundação Osvaldo Cruz - FIOCRUZ. Disponível em <<http://www.invivo.fiocruz.br/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?infoid=1438&sid=8>> Acesso em 16. Abr. 2021

PENA, Gerson Oliveira [et al]. **Doenças infecciosas e parasitárias: aspectos clínicos, de vigilância epidemiológica e de controle - guia de bolso** / elaborado por Fundação Nacional de Saúde - Brasília: Ministério da Saúde, 1998. 220 p. Disponível em <http://bvsmis.saude.gov.br/bvs/publicacoes/funasa/GBDIP001_total.pdf> Acesso em 12. Abr. 2021

QUANDT, Fábio Luiz. et al. **Saúde Ambiental e atenção à saúde: construção e ressignificação de referências**. In: Cadernos Saúde Coletiva. vol.22 no.2 Rio de Janeiro Apr./June 2014. Disponível em <[REZENDE, Joffre Marcondes de. **À sombra do plátano: crônicas de história da medicina \[online\]**. São Paulo: Editora Unifesp, 2009. As grandes epidemias da história. pp. 73-82. ISBN 978-85-61673-63-5. Available from SciELO Books < Disponível em <<http://books.scielo.org/id/8kf92/pdf/rezende-9788561673635-08.pdf>> Acesso em 14. Abr. 2021](https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-462X2014000200150#:~:text=uma%20%C3%A1rea%20da%20sa%C3%BAde%20p%C3%BAblica,ponto%20de%20vista%20da%20sustentabilidade%20(> Acesso em 16. Abr. 2021</p></div><div data-bbox=)

RIBEIRO-SILVA Rita de Cássia et al. **Implicações da pandemia COVID-19 para a segurança alimentar e nutricional no Brasil**. In: Ciênc. saúde coletiva 25 (9) 28 Ago 2020. Disponível em <<https://scielosp.org/article/csc/2020.v25n9/3421-3430/>> Acesso em 16. Abr. 2021

SANCHEZ, Mauro. et. al **Mortalidade por COVID-19 no Brasil: uma análise do Registro Civil de óbitos de janeiro de 2020 a fevereiro de 2021**. In CASA - Revista Ciências da

Saúde. Disponível em
<<https://preprints.scielo.org/index.php/scielo/preprint/download/2012/3289/3410>>
Acesso em 16. Abr. 2021

SILVA, Fábio Castagna da; et al. **Isolamento social e a velocidade de casos de covid-19: medida de prevenção da transmissão.** In: Revista Gaúcha de Enfermagem. Disponível em
<<https://preprints.scielo.org/index.php/scielo/preprint/download/1509/2392/2503>>
Acesso em 14. Abr. 2021

TROIA, Marcelo de; QUINTILI, Wagner. **Coronavírus: lições anti-negacionistas e o futuro do planeta.** In: Scielo em Perspectiva. Disponível em
<<https://blog.scielo.org/blog/2020/03/31/coronavirus-liceos-anti-negacionistas-e-o-futuro-do-planeta/#.YHtFsNJKi1s>> Acesso em 14. Abr. 2021

VASCONCELLOS-SILVA Paulo R. CASTIEL, Luis David. **COVID-19, as fake news e o sono da razão comunicativa gerando monstros: a narrativa dos riscos e os riscos das narrativas.** In: Cadernos de Saúde Pública. vol.36 no.7 Rio de Janeiro 2020. Disponível em
<https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2020000703001>
Acesso em 12. Abr. 2021

VEJA SAÚDE. **Tudo sobre Coronavírus.** Disponível em <<https://saude.abril.com.br/tudo-sobre/coronavirus/>> Acesso em 16. Abr. 2021

VIEIRA, Luisane Maria Falci; EMERY, Eduardo; ANDRIO, Adagmar. **COVID-19 - Diagnóstico Laboratorial para Clínicos.** Disponível em
<<https://preprints.scielo.org/index.php/scielo/preprint/download/411/513/512>> Acesso em 12. Abr. 2021

WERNECK, Guilherme Loureiro; CARVALHO, Marília Sá. **A pandemia de COVID-19 no Brasil: crônica de uma crise sanitária anunciada.** In: Cad. Saúde Pública 36 (5) 8 Maio 2020 Disponível em <<https://www.scielosp.org/article/csp/2020.v36n5/e00068820/>>
Acesso em 14. Abr. 2021

XAVIER, Analucia R. et al. **COVID-19: manifestações clínicas e laboratoriais na infecção pelo novo coronavírus.** In: Jornal Brasileiro de Patologia e Medicina Laboratorial. vol.56 Rio de Janeiro 2020 Epub July 01, 2020. Disponível em
<https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1676-24442020000100302&script=sci_arttext&tlng=pt> Acesso em 14. Abr. 2021

LIBERAÇÃO DE CULTOS RELIGIOSOS DURANTE A PANDEMIA PELO COVID-19 (ADPF 701/MG): UMA ANÁLISE À LUZ DA TEORIA DA DECISÃO JUDICIAL EM DWORKIN

LARISSA PADILHA RORIZ PENNA:

Juíza de Direito do Estado do Amazonas.
Qualificação: Especialista em Direito Público pela UFC. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela FAERPI.

RESUMO: O presente artigo visa analisar a decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF, promovida pela Associação Nacional de Juristas Evangélicos – ANAJURE, contra o art. 6º do Decreto n. 31, de 20/03/2020, do Município de João Monlevade/MG, sob a luz da teoria da decisão judicial em Dworkin. Tem por objetivo verificar se a situação narrada objeto da decisão pode ser considerada um caso difícil na concepção de Dworkin, bem como analisar, de maneira crítica, se os termos da decisão obedeceram aos critérios estabelecidos por ele em sua teoria da decisão judicial. A decisão na ADPF, em referência, está inserida no contexto da implementação de medidas de enfrentamento da pandemia de COVID-19. Alegou-se que foram feridos o direito fundamental à liberdade religiosa e o princípio da laicidade estatal, ao ser determinada a suspensão irrestrita das atividades religiosas na cidade, bem como em face “dos demais decretos Estaduais e Municipais”, os quais teriam imposto violações equivalentes em todo o país. A metodologia utilizada foi a análise doutrinária e pesquisa empírica em relação à ADPF 701/MG. Neste trabalho, buscou-se reunir informações com o propósito de responder ao seguinte problema de pesquisa: a decisão do Supremo Tribunal Federal, neste caso concreto, pode ser considerada legítima à luz da teoria de Dworkin?

Palavras chave: Dworkin. Teoria da decisão judicial. Juíz Hércules. ADPF. STF.

ABSTRACT: This article aims to analyze the decision taken by the Supreme Court in the Allegation of Non-Compliance with a Fundamental Precept – ADPF, promoted by the National Association of Evangelical Jurists – ANAJURE, against art. 6 of Decree n. 31, of 03/20/2020, of the Municipality of João Monlevade/MG, under the light of the theory of the court decision in Dworkin. Its objective is to verify if the narrated situation object of the decision can be considered a difficult case in Dworkin's conception, as well as to analyze, critically, if the terms of the decision obeyed the criteria established by him in his theory of the judicial decision. The decision in the ADPF in reference is inserted in the context of the implementation of measures to fight the COVID-19 pandemic. It was alleged that the fundamental right to religious freedom and the principle of state secularism were violated, when the unrestricted suspension of religious activities in the city was determined, as well as in the face of “other State and Municipal decrees”, which would have imposed equivalent violations throughout the country. The methodology used was doctrinal analysis and

empirical research in relation to ADPF 701/MG. In this work, we sought to gather information in order to answer the following research problem: can the decision of the Supreme Court in this specific case be considered legitimate in light of Dworkin's theory?

Keywords: Dworkin. Judicial decision theory. Judge Hercules. ADPF. STF

SUMÁRIO: 1. Teoria da decisão judicial de Ronald Dworkin. 1.1 Argumentos de princípio e argumentos de política. 1.2 Direito como integridade. 1.3 "Hard cases" a figura do juiz Hércules. 2. Relato do caso judicial da APDF N° 701/MG: conflito entre liberdade de cultos religiosos e direito à saúde pública. 3. Análise crítica da decisão monocrática do Min. Nunes Marques à luz da Teoria dworkiana. 3.1 Análise voto Min. Gilmar Mendes na ADPF N. 811/SP. Considerações finais. Bibliografia.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca analisar o contexto de casos difíceis, os chamados "*hard cases*", em que a legislação não abarca com clareza as situações a serem resolvidas pelos juízes. Nesse sentido, surge a figura fictícia criada por Ronald Dworkin, o Juiz Hércules, que é capaz de discernir quais são os direitos das partes, mesmo que não haja regra específica que regule os fatos a serem resolvidos, dependendo de uma interpretação do direito além das regras jurídicas positivadas.

Dworkin formula sua própria teoria dos casos difíceis, afirmando que, na hipótese em que nenhuma regra estabelecida dita uma decisão em qualquer direção e que, à primeira vista, a decisão gerada possa ser guiada seja por princípios, seja por políticas, o juiz deve decidir a partir de argumentos de princípios e não de políticas.

O recorte da pesquisa é a decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF, nº 701/MG, que teve como relator o Min. Nunes Marques, na qual se decidiu sobre a liberação de cultos religiosos durante a pandemia e o alcance das medidas de restrição impostas pelo Poder Executivo para conter o vírus Covid/19. Este trabalho será realizado sob o método analítico e dedutivo, a partir da visão de direito como integridade de Dworkin. Para o desenvolvimento do presente estudo, foram feitas pesquisas bibliográficas, sendo levantados e analisados livros, artigos científicos e periódicos pertinentes ao tema, que pudessem permitir uma melhor compreensão do objeto deste estudo, além da análise da argumentação dos votos dos Ministros do STF.

Assim sendo, primeiramente será analisada a teoria da decisão jurídica de Dworkin, passando ao relato do caso judicial constante na ADPF mencionada, com intuito de se fazer uma análise crítica da teoria dworkiniana, no sentido de se perquirir se a questão debatida

pode ser considerada um “caso difícil”, bem como se atende aos requisitos do filósofo em sua teoria da decisão judicial.

O presente trabalho estrutura-se em três capítulos. O primeiro capítulo contém uma abordagem geral do desenvolvimento da teoria da decisão em Ronald Dworkin, pelo qual são expostos os principais elementos de seu pensamento: crítica ao positivismo; as concepções do direito como integridade; Juiz Hércules e “Hard cases”.

No segundo capítulo, trabalha-se a evolução jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal sobre a necessidade de se compatibilizar o distanciamento social, decorrente da epidemia da Covid19, com a liberdade religiosa, destacando quais são os limites do Estado no que toca a essas medidas de restrição.

Em seguida, o terceiro capítulo apresenta a decisão do STF à luz da teoria de Dworkin, com análise da decisão monocrática do Min. Nunes Marques e o voto posterior do Min. Gilmar Mendes, na ADPF m. 811/SP, explorando seus argumentos jurídicos e políticos. Este capítulo objetiva demonstrar que, para o autor, uma decisão do tribunal só é legítima enquanto fundada em argumentos de princípio.

Aqui será retratada a força do precedente no direito como integridade e serão apresentados alguns dos argumentos de política utilizados pelos Ministros do Supremo na ocasião. Além disso, será exposta a ponderação, que foi realizada em muitos dos votos, entre a laicidade do Estado brasileiro (art. 19, inc. I, da Constituição Federal) e o direito fundamental à liberdade religiosa (art. 5º, inc. VI, da Carta Magna) em conflito com o direito à saúde pública e o direito à vida, bem como a necessidade de medidas restritivas para conter a pandemia pelo vírus Covid-19.

Por derradeiro, a partir da construção teórica abordada, serão feitas as considerações finais, explicitando os principais pontos sustentados e conclusões sobre a teoria dworkiana aplicada ao caso concreto (ADPF nº 701/MG).

1. TEORIA DA DECISÃO JUDICIAL DE RONALD DWORKIN

1.1 Argumentos de princípios e argumentos de política

Dworkin defende um modelo de normas complexo, composto de regras e princípios. Para ele, argumentos de princípios diferenciam-se de argumentos de política, uma vez que estes últimos são compostos por padrões que objetivam possíveis melhorias no sistema econômico, político ou social da comunidade. Por outro lado, argumentos de princípios devem ser observados como exigência de justiça, equidade ou moralidade (Dworkin, 2002, p. 36).

Em outras palavras, argumentos de princípio dizem respeito aos “direitos de uma pessoa”, já os argumentos de política são os “objetivos de uma comunidade dada” (Kozicki, 2012, p. 106). No caso dos argumentos de política, aplica-se uma estratégia para promover o maior benefício à coletividade, muitas vezes em detrimento de direitos individuais. Já os argumentos de princípio, pelo contrário, visam garantir o direito de um indivíduo ou de um grupo, mesmo que isso implique em uma piora à sociedade.

Dworkin afirma que, tanto os argumentos de política, quanto os argumentos de princípio, são importantes, mas “exceto em circunstâncias extraordinárias, a disputa deve ser resolvida a favor do princípio, isto é, a favor de um julgamento justo para o acusado” (Dworkin, 2000, p. 42). Ambos justificam uma decisão política, mas o primeiro visa proteger algum objetivo da coletividade como um todo, enquanto o segundo procura respeitar ou garantir um direito de um indivíduo ou de um grupo. Se, por um lado, os argumentos de princípio destinam-se a estabelecer um direito individual, os argumentos de política, por outro, destinam-se a estabelecer um objetivo coletivo.

1.2 Direito como integridade

Dworkin (2014, p. 38) defende o chamado “direito como integridade”, que insiste que as afirmações jurídicas combinam elementos que se voltam tanto para o passado quanto para o futuro, interpretando a prática jurídica como um processo em desenvolvimento. O direito como integridade depende de uma comunidade de princípios.

Duas são as formas de integridade definidas por Dworkin: a integridade na legislação e a integridade na deliberação judicial. A segunda requer que, até onde seja possível, os juízes tratem o sistema de normas públicas como se este expressasse e respeitasse um conjunto coerente de princípios e, com esse fim, que interpretem essas normas de modo a descobrir normas implícitas entre e sob as normas explícitas (Dworkin, 2014, p. 42).

O direito como integridade e a comunidade de princípios alinham-se à concepção do Estado de Direito. Para Dworkin, existe uma rede de princípios que rege a comunidade política, de modo que os juízes, ao decidirem casos controversos, devem se ater a esses princípios, afastando-se dos argumentos de política, que são típicos do Poder Legislativo.

A criação da lei exige uma decisão política por parte do Legislativo, que deverá pensar como ela beneficiará o público em geral, mas, após sua criação, o requerimento do queixoso baseado nessa lei torna-se um direito, deixando de ser uma questão política. Dessa forma, qualquer pessoa poderá demandar na justiça a garantia de tal direito, mesmo que isso seja maléfico para o resto da sociedade. Por isso, Dworkin (2000, p. 107) afirma que “o queixoso está se valendo de um argumento de princípio quando promove a ação no tribunal, não de um argumento de política”.

Portanto, o autor afirma que se um direito individual for previsto no ordenamento, ele deve ser aplicado, mesmo que isso custe caro à comunidade, porque nenhum cálculo utilitarista seria capaz de justificar a privação de direitos que o Poder Legislativo assegurou a esses indivíduos. Isso é o que Dworkin chama de “levar os direitos a sério”.

Nesse diapasão, os direitos individuais não podem ser fulminados em detrimento do bem-estar geral quando apresentados num julgamento, pois “o julgamento é, caracteristicamente, uma questão antes de princípio que de política” (Dworkin, 2000, p. 72). Assim, é de suma importância, para Dworkin, a aplicação, pelos tribunais, dos direitos individuais, pois entende que a jurisdição legitima-se a partir de argumentos de princípio, de modo que o bem-estar geral não pode ser utilizado como fundamento justificável para reduzir, e muito menos para eliminar, esses direitos.

No Estado democrático de direito, uma decisão judicial baseada em princípios abstratos e vagos não pode ser tomada arbitrariamente pelo magistrado com base na discricionariedade judicial. Nesse contexto, Dworkin contribui para a construção de uma teoria construtivista capaz de garantir, simultaneamente, uma solução justa para um determinado caso e rejeitar a discricionariedade como fundamento da decisão judicial.

A criatividade judicial é fortemente criticada por Dworkin, uma vez que haveria, segundo ele, violação do princípio da separação dos poderes. Entende, o autor, que o juiz não é um legislador e tampouco deve ser um legislador suplente, sob pena de ferir o liberalismo, pois aplica retroativamente ao caso normas de criação posterior.

O direito como integridade pressupõe que os juízes atuem de forma diversa dos legisladores, os quais podem utilizar de argumentos de política para definir determinada regra, ou seja, podem justificar a criação de uma norma em virtude do bem-estar coletivo que promoverá. Por outro lado, os juízes devem se valer de princípios para tomarem as suas decisões e não em política.

Dworkin refuta o conceito de direito parcialmente indeterminado ou incompleto proposto por Hart. Em sua concepção interpretativa do direito, ele inclui, além do direito posto, identificado por meio de suas fontes sociais, princípios jurídicos implícitos, que se ajustam ao direito posto e com ele mantém coerência, conferido sua melhor justificação moral (Hart, 2020, p. 75).

De acordo com Jefferson Luiz Alves Marinho (2021, p. 34), Dworkin defende a tese do direito como integridade como forma de superar o convencionalismo e o pragmatismo judicial. No convencionalismo, um direito ou responsabilidade só decorre de decisões anteriores se estiver explícito nessas decisões anteriores, ou se puder ser explicitado por meio de métodos ou técnicas convencionalmente aceitos pelos profissionais do direito. Por outro lado, no pragmatismo judicial, os juízes sempre devem tomar decisões que sejam

melhores para o futuro da comunidade, ignorando qualquer forma de coerência com o passado como algo que tenha valor por si mesmo.

Para o autor, a melhor interpretação construtiva da prática jurídica de uma comunidade só é considerada verdadeira, segundo o direito como integridade, se é derivada de princípios como o da justiça, da equidade e do devido processo legal, ou seja, a partir do momento em que a comunidade aceitou um princípio e este foi utilizado na decisão de um caso é considerado que a prática jurídica está sob a sua melhor luz. Significa dizer que as pessoas entendem não ser governadas apenas por regras decorrentes das convenções políticas, pois reconhecem a validade superior de um sistema de princípios atinentes à justiça, à equidade e ao devido processo legal, cujo conteúdo faz parte da arena política.

Por isso, “segundo o direito como integridade, as proposições jurídicas são verdadeiras se constam, ou se derivam, dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade” (Dworkin, 2014, p. 272).

Segundo o próprio Dworkin:

“O direito como integridade nega que as manifestações do direito sejam relatos factuais do convencionalismo, voltados para o passado, ou programas instrumentais do pragmatismo jurídico, voltados para o futuro. Insiste em que as afirmações jurídicas são opiniões interpretativas que, por esse motivo, combinam elementos que se voltam tanto para o passado quanto para o futuro; interpretam a prática jurídica contemporânea como uma política em processo de desenvolvimento. Assim, o direito como integridade rejeita, por considerar inútil, a questão de se os juízes descobrem ou inventam o direito; sugere que só entendemos o raciocínio jurídico tendo em vista que os juízes fazem as duas coisas e nenhuma delas (2014, p. 271)”.

Conforme Bitencourt e Sobrinho (2011, p. 65), a decisão judicial, nesse modelo proposto por Dworkin apresenta uma resposta correta para cada caso que irá decidir. Segundo seu entendimento, sempre existirão princípios organizados coerentemente no sistema jurídico vigente capazes de fundamentar a decisão do juiz. Esses princípios serão construídos argumentativamente em conformidade com a *práxis* jurídica e social da comunidade que vê o direito como integridade: a comunidade dos princípios.

A prática judicial, para Dworkin, deve conceber o direito como um romance em cadeia, analisando passado, presente e futuro como se fosse uma narrativa, o que faz com

que o juiz analise o ordenamento jurídico como um todo juntamente com os critérios morais próprios de sua pessoa e da comunidade. O autor faz uma comparação entre direito e literatura, afirmando que cada juiz é um romancista em cadeia, devendo redigir um capítulo do romance sem que seja retirado o sentido e a cadência da história, é neste sentido que impõe a necessidade do dever de coerência entre as decisões.

O argumento central é de que cada juiz, assumindo seu papel de um romancista da corrente, deve ler o que os outros fizeram no passado e, ao decidir um novo caso, cada juiz deve buscar dar continuidade à narrativa mantendo uma espécie de coerência formal com o que se escreveu até ali. Segundo, deve o juiz enfrentar a questão de como desenvolver a história, mantidas as limitações anteriores, mas buscando tornar o romance melhor (Borges Motta, 2018, p. 138 e 139).

Com isto, Dworkin pretende destacar duas ideias importantes que se interligam: a primeira é de que o juiz possui uma função dupla que é de autor e intérprete, pois deve interpretar o que foi feito no passado para dar seguimento à cadeia do direito; e a segunda é que a consciência do juiz ao decidir um caso concreto é pensar em algo maior cujo seu papel é continuar, pois ao interpretar um caso ele acrescentará algo que já havia sido escrito, ou seja, quando um juiz interpretar o romance em cadeia, dele já fará parte a sua decisão (Coutinho e Silvestre, 2021, p. 68).

A análise utilizada pelo intérprete/autor, para verificar se uma teoria possui a melhor justificação, deve ser construída e examinada em duas dimensões: a) Dimensão de adequação: nesta dimensão o intérprete deverá buscar entre as interpretações aquela que a melhor se adequa e fluía sobre todo o texto, mostrando a melhor explicação geral e estrutural do romance. A decisão deve enquadrar-se na prática interpretada. b) Dimensão de justificação: Caso mais de uma interpretação seja adequada e se ajuste com o conjunto textual o autor deverá, segundo a dimensão de justificação, julgar qual das leituras possíveis possui uma melhor explicação política e moral (Coutinho e Silvestre, 2021, p. 87).

Para o autor, uma interpretação deverá satisfazer as duas dimensões para ser considerada razoável, portanto, deverá enquadrar-se na prática interpretada e mostrar o seu valor moral e político.

Com relação aos princípios e regras, a distinção entre eles é de natureza lógica, em que as regras se aplicam na sistemática do “tudo ou nada”, ou seja, analisando o enunciado da regra, ou ela é válida ou inválida; compara-as inclusive com um jogo de beisebol em que são estabelecidas regras e essas são cumpridas exatamente nos termos do seu enunciado, não retira a possibilidade de existirem exceções, mas afirma que elas constariam expressamente em sua descrição.

Já os princípios atuam de forma diversa no ordenamento jurídico, uma vez que podem deixar de ser aplicados em determinado caso e isso não significa sua exclusão do ordenamento jurídico, pois o mesmo princípio ignorado em uma situação pode ser perfeitamente adequado e invocado em outro caso. Isto é, o princípio direciona a um caminho, mas precisa de uma decisão particular (Dworkin, 2002, p. 56).

Entende ainda que os princípios são, com alta carga de legitimidade, a efetiva representação de uma comunidade e, por isso, funcionam como trunfos ou coringas em relação ao poder político do governo ou Estado. Percebe-se, portanto, que, para Dworkin, o conceito de Direito é interpretativo e está extremamente ligado à moral, justiça e política. Diferentemente de Hart, para quem há separação entre Direito e Moral, sendo o que define um sistema jurídico é a atenção aos direitos e deveres, independentemente do mérito moral de suas fontes (Hart, 2020, p. 38).

1.3 “Hard cases” a figura do juiz Hércules

Para Dworkin, os hard cases (casos difíceis) são entendidos quando o sentido da norma não está claro, quando existe uma divergência entre as normas estabelecidas ou, ainda, quando aparentemente não existir norma para aplicar ao caso. Ao decidir casos difíceis, os juízes devem recorrer a padrões que não se confundem com regras, de tal modo que ressalta a importância dos princípios, sendo esta uma de suas críticas ao positivismo.

Nesses casos, a solução é apresentada tendo em vista o direito como integridade, que instrui os juízes a identificar direitos e deveres, a partir de um sistema coerente de princípios, que melhor traduzam a estrutura jurídica e política da comunidade. Deparando-se com um caso difícil, o juiz positivista criava novos direitos e os aplicava

retroativamente ao caso objeto de sua decisão, portanto tal liberdade refletiria na criação de direitos que até o momento eram inexistentes.

Assim, afirmava Dworkin ao salientar que “quando uma ação judicial específica não pode ser submetida a uma regra de direito clara, estabelecida de antemão por alguma instituição, o juiz tem, segundo tal teoria, o “poder discricionário” para decidir o caso de uma maneira ou de outra” (Dworkin, 2014, p. 67).

Para ele, além do uso das regras, os princípios são essenciais para resolver casos obscuros, pois permitem desvelar o que até então se encontrava oculto, podendo assim resolver a situação desafiadora da racionalidade jurídica. Tomar como base o pensamento de Dworkin e, em sua teoria procurar respostas e mecanismos para a resolução de conflitos difíceis, pode se apresentar como uma possível maneira de melhorar e aprimorar as decisões dos magistrados, por meio de uma harmonia na observância de regras preexistentes e princípios como o da integridade (Coutinho e Silvestre, 2021, p. 29).

Dworkin quebra os paradigmas do positivismo jurídico construindo marcos teóricos para o pensamento contemporâneo, sendo crítico das ideias propostas por Herbert Hart, em especial sobre o conceito de poder discricionário e suas repercussões para a interpretação jurídica e aplicação do direito. A construção de uma teoria da interpretação feita por Dworkin tem como ponto de partida a crítica à metodologia tradicional utilizada pelos juízes diante de uma possibilidade de decisão discricionária, questões de divergência interpretativa ou ainda, diante de caso difícil em que há falta de regra clara que regulamente a matéria, fazendo-os decidir de qualquer maneira e de maneira errada.

Dworkin critica o sistema positivista, no sentido de que é falho por aplicar exclusivamente as regras. Acredita, o filósofo, que, para a decisão de um caso concreto, é indispensável à integração das normas aplicáveis aos princípios, uma vez que estes, além de pertencerem ao sistema legal, são ainda seus embaixadores. Para ele, as propostas legais não são meramente descritivas como no positivismo jurídico que se limita a descrever os fatos codificados, mas sim como proposições interpretativas que combinam elementos de descrição e avaliação (Coutinho e Silvestre, 2021, p. 49).

Pelas mãos de Dworkin, criou-se, então, a figura do juiz Hércules, que seria um modelo ideal de julgador, o qual seria capaz de interpretar o conjunto de regras, princípios e padrões morais seus e da sociedade de modo a alcançar a única resposta correta ao caso concreto analisado. Para o autor, crítico da discricionariedade total dos juízes, acredita-se que toda decisão deva ser fundamentada, defendendo que, no lugar da discricionariedade, aplica-se a hermenêutica e argumentação.

Hermes, mensageiro grego, em sua tarefa árdua de decidir, buscaria, a princípio, a *intenção* daquele produziu a norma, ou seja, do legislador (Dworkin, 2007, p. 381). Sua primeira tarefa, portanto, consiste em identificar quem é o emissor da mensagem a ser transmitida. Uma vez que Hermes se baseia na teoria da intenção do locutor, entende que a interpretação dá-se como uma conversa entre amigos, onde um busca compreender o que o outro quis dizer com suas expressões.

Contudo, o trabalho de Hércules não é tarefa fácil, tendo em vista que o processo legislativo é complexo. Em pouco tempo, Hermes percebe que a teoria da intenção do locutor não determina, por si só, quais intenções devem ser analisadas, e qualquer escolha arbitrária feita por ele prejudicaria de forma irreparável o resultado interpretativo (Dworkin, 2007, p. 384).

Entretanto, o modelo de Hércules leva a diversas críticas acerca de seu solipsismo. Afinal, Hércules é um juiz que descobre o melhor direito sozinho; um juiz solitário que descobre a vontade democrática sem interagir com a comunidade a que pertence. Dworkin possui muitos críticos à sua teoria, dentre eles Neil MacCormick, que entende a possibilidade de existirem quatro problemas para que um caso difícil seja assim

considerado, são eles: problema de interpretação, de pertinência, de prova e de qualificação; MacCormick entende pela impossibilidade de existir apenas uma resposta correta para cada caso difícil.

Dworkin cria um juiz imaginário, como uma espécie de modelo a ser seguido pelos juízes (*common law*) na tarefa de decidir questões jurídicas. Em sua teoria, o juiz tem a tarefa de realizar a interpretação construtivista do direito e é guiado pelo princípio da integridade e da equidade, cuja tradição e historicidade serão notas presentes para a decisão no direito vigente, na forma de um modelo hermenêutico (BITENCOURT e SOBRINHO, 2011, p. 82).

Para Dworkin, o Positivismo apresenta uma teoria inadequada sobre os casos difíceis, pois o juiz teria o poder discricionário de decidir de uma maneira ou de outra, como se uma das partes tivesse o direito de ganhar a causa através de um direito preexistente, dessa forma, o juiz estaria criando novos direitos "*new legal rights*" e aplicando-os retroativamente ao caso objeto da questão litigiosa.

Há uma obrigação imposta aos juízes de, mesmo diante da indeterminação textual, definirem quais são os direitos que as pessoas têm, sem que isso represente uma invenção de obrigações ou deveres de forma retroativa. Isso decorre do fato de as pessoas serem titulares do direito de obterem uma decisão judicial favorável ainda que a demonstração dos direitos que as pessoas têm seja controvertida e contrária à ideia de um procedimento mecânico para identificar os direitos nos casos difíceis (Dworkin, 2010, p. 127). Principal crítico de Dworkin, Hart deixa expresso a defesa que faz do poder discricionário do juiz.

2. RELATO DO CASO JUDICIAL DA APDF Nº 701/MG: CONFLITO ENTRE LIBERDADE DE CULTOS RELIGIOSOS E DIREITO À SAÚDE PÚBLICA

No presente caso, em diferentes locais do país, a reação do Poder Público à epidemia de COVID19 acabou por atrair aspectos federativos que reclamaram uma solução nacional e uniforme, o que justificou a necessidade do controle concentrado por meio da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF).

A ADPF objeto de estudo tinha como argumento principal a de que a liberdade de culto durante a pandemia de Covid/19 estava sendo disciplinada sem qualquer uniformidade no país. Enquanto em alguns Municípios e Estados, o culto presencial foi simplesmente proibido, em outros ele foi tolerado, dentro de certas regras restritivas do contato interpessoal. Nesse sentido, a título exemplificativo, o Decreto Municipal n. 2.019, de Palmas, no Tocantins, permitiu a reabertura de igrejas e templos com respeito ao distanciamento social de 2 metros e outras medidas de prevenção (Acesso em 02.04.2021). Em outras cidades, como São Paulo, houve proibição.

Em tal contexto, a questão constitucional fundamental que surgiu — e que justificou um remédio de controle concentrado como a ADPF — é a de saber se cada ente federado pode efetivamente proibir a realização de culto presencial, em dadas fases da epidemia, ou se apenas a restrição da presença do público e imposição de medidas de distanciamento social seriam suficientes.

No presente caso, a ANAJURE (Associação Nacional de Juristas Evangélicos) propôs ADPF contra diversos decretos municipais que, no contexto da pandemia e das medidas sanitárias de proteção à saúde, determinaram a suspensão irrestrita das atividades presenciais religiosas em seus respectivos municípios. O cerne da argumentação, então, é se os decretos seriam inconstitucionais por violarem a liberdade de locomoção, a laicidade do Estado e o direito fundamental à liberdade religiosa (principais argumentos da inicial).

Importante destacar que, no julgamento da ADPF 703, sob a relatoria de Alexandre de Moraes, decidiu-se que a Anajure não tinha legitimidade para apresentar ao Supremo ações de controle concentrado de constitucionalidade. Segundo o pleno do STF, só seria admitida a propositura de ações como essas quando formuladas por entidades de classe e confederações sindicais, vedada a participação de associações que congregam pessoas vinculados por convicções e práticas intelectuais e religiosas.

Por outro lado, no julgamento da ADPF 703, o Min. Nunes Marques afirmou que o pedido de liberação de cultos e missas diferencia-se do julgamento anterior envolvendo a Anajure porque a nova solicitação guardaria relação fundamental com os objetivos essenciais da associação, incluindo a liberdade religiosa.

Além dessas questões preliminares, a decisão monocrática também pretendeu, ao julgar as medidas de restrição quanto a cultos presenciais como violadoras da liberdade religiosa, superar a decisão firmada pelo Plenário do STF na ADPF 672, que reafirmou a constitucionalidade dos entes federativos para adotar as medidas administrativas sanitárias adequadas para a garantia do direito à saúde no enfrentamento da pandemia, de acordo com a predominância do interesse.

Nesses termos, a decisão monocrática violaria não só a própria distribuição de competências federativas, mas também a autoridade das decisões tomadas pelo Plenário do STF, não havendo qualquer mudança da situação fática e/ou jurídica que pudesse amparar uma superação da jurisprudência em tão curto espaço de tempo.

Destacou-se que esse entendimento foi explicitado pelo Plenário da Suprema Corte no referendo da medida cautelar proferida na ADI 6.341, ao se consignar que os entes federativos possuem competência administrativa comum e legislativa concorrente para dispor sobre o funcionamento de serviços públicos e outras atividades econômicas no âmbito de suas atribuições, nos termos do art. 198, I, da Constituição Federal.

Sobre o tema, também deve ser destacado o que assentado na ADPF 672, rel. Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, julgada em 13/10/2020, em cuja ementa se tem o seguinte: “Em relação à saúde e assistência pública, a Constituição Federal consagra a existência de competência administrativa comum entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios (art. 23, II e IX, da CF), bem como prevê competência concorrente entre União e Estados/Distrito Federal para legislar sobre proteção e defesa da saúde (art. 24, XII, da CF), permitindo aos Municípios suplementar a legislação federal e a estadual no que couber, desde que haja interesse local (art. 30, II, da CF); e prescrevendo ainda a descentralização político-administrativa do Sistema de Saúde (art. 198, CF, e art. 7º da Lei 8.080/1990), com a consequente descentralização da execução de serviços, inclusive no que diz respeito às atividades de vigilância sanitária e epidemiológica (art. 6º, I, da Lei 8.080/1990)”.

Deveras, para o Supremo Tribunal Federal, a competência da União para legislar sobre assuntos de interesse geral não afasta a incidência das normas estaduais e municipais expedidas com base na competência legislativa concorrente, devendo prevalecer aquelas de âmbito regional, quando o interesse sob questão for predominantemente de cunho local. Trata-se da jurisprudência já sedimentada, no sentido de que, em matéria de competência federativa concorrente, deve-se respeitar a denominada predominância de interesse

Ao mencionar que os decretos, quanto à proibição de cultos, missas ou rituais presenciais, prejudicariam a liberdade religiosa, que deve ser tutelada pelo Estado mesmo nas atuais circunstâncias, a decisão confundiria *restrição* e *proibição* de atividade. Foi destacado que o Estado brasileiro permanece laico, podendo cada um seguir (ou não) uma determinada crença sem que com isso deva ser prejudicado ou favorecido. O que ocorre é que atividades essenciais como ensino, por exemplo, e tantas outras, sofreram restrições em favor da emergência sanitária.

Com efeito, a Constituição de 1988, embora consagre expressamente a separação entre igrejas e Estado (CF, art. 19, I), estabelece um conjunto de garantias para que a liberdade religiosa possa ser exercida em toda a sua dignidade — por exemplo, quando admite a convicção religiosa como motivo para a recusa ao serviço militar obrigatório (CF, art. 143, § 1º c/c art. 5º, VIII); quando tolera o ensino religioso (CF, art. 210, § 1º); quando atribui efeitos civis ao casamento religioso (CF, art. 226, § 2º), etc. Como explica JORGE MIRANDA (Manual de Direito Constitucional. 2ª ed. Coimbra Editora: Coimbra, 1993, t. IV, p. 359), a liberdade religiosa, para ser usufruída, demanda algo mais que a mera abstenção do Estado em obstar o seu exercício, verbis: “A liberdade religiosa não consiste apenas em o Estado a ninguém impor qualquer religião ou a ninguém impedir de professar determinada crença. Consiste, ainda, por um lado, em o Estado permitir ou

propiciar a quem seguir determinada religião o cumprimento dos deveres que dela decorrem.

A Constituição Federal eleva a liberdade religiosa ao patamar de direitos fundamentais na Lei Maior, o que significa dizer que, assim como o direito à saúde, a promoção da defesa da crença religiosa deve ser vista como sendo um direito fundamental, passando a ser dever do Estado promovê-lo, respaldado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da laicidade estatal.

É o que se depreende da do art. 5º, inc. VI da Carta Magna, que, sendo um direito imprescritível e inalienável, confere a todos os brasileiros e estrangeiros, residentes no país, a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias.

Basicamente, entende-se como Estado laico aquele em que o poder estatal não adota uma religião oficial para o país e não interfere na crença religiosa dos indivíduos, que são livres para escolher e adotar uma religião ou mesmo se declarar ateu (não acredita em Deus/Deuses) ou sem religião específica.

Os direitos fundamentais, quando em posição de conflito, devem ser ponderados, de tal forma que a dignidade da pessoa humana deve ser diretamente resguardada. Contudo, a Constituição Federal não estabelece uma hierarquia entre os direitos fundamentais, cabendo assim à doutrina e aos tribunais a solução desses conflitos, com destaque ao direito à vida, pois se necessita deste para a realização dos demais.

Num primeiro momento, em decisão proferida no dia 03.04.2021, o Min. Nunes Marques decidiu a liminar favoravelmente à liberação de cultos religiosos durante a pandemia, compatibilizando a necessidade de distanciamento social, decorrente da epidemia da Covid19, com a liberdade religiosa. Destacou que a proibição categórica de cultos não ocorre sequer em estados de defesa (CF, art. 136, § 1º, I) ou estado de sítio (CF, art. 139).

Antes, é possível a harmonização da liberdade religiosa com medidas preventivas também reconhecidamente eficientes no combate à pandemia, como exigência de uso de máscaras, disponibilização de álcool em gel nas entradas dos estabelecimentos, aferição de temperatura, utilização do ambiente respeitando a ventilação adequada, sempre que possível com portas ou janelas abertas, bem como a observância de certo distanciamento social. Tais parâmetros devem, assim, ser utilizados como balizas mínimas de segurança.

A decisão liminar, decidida monocraticamente, considerou as seguintes determinações: a) que os Estados, Distrito Federal e Municípios abstenham-se de editar

ou de exigir o cumprimento de decretos ou atos administrativos locais que proíbam completamente a realização de celebrações religiosas presenciais, por motivos ligados à prevenção da Covid19; e b) que sejam aplicados, nos cultos, missas e reuniões de quaisquer credos e religiões, os protocolos sanitários de prevenção, relativos à limitação de presença (no máximo, 25% da capacidade). Além das medidas acima mencionadas, outras como: distanciamento social (com ocupação de forma espaçada entre os assentos e modo alternado entre as fileiras de cadeiras ou bancos), observância de que o espaço seja arejado (com janelas e portas abertas, sempre que possível), obrigatoriedade quanto ao uso de máscaras, disponibilização de álcool em gel nas entradas dos templos, aferição de temperatura, fixadas estas como balizas mínimas, recomendando-se também outras medidas profiláticas editadas pelo Ministério da Saúde; sem prejuízo da possível e gradativa mitigação das restrições pelo Poder Executivo, conforme haja evolução positiva no tratamento e combate à pandemia.

Ao decidir monocraticamente deferindo liminar, Nunes Marques não se limitou a suspender os trechos dos decretos. Ao contrário, determinou que estados, Distrito Federal e municípios abstenham-se de editar ou de exigir o cumprimento de decretos ou atos administrativos locais que proíbam completamente as celebrações religiosas, dando abrangência nacional à solicitação da Anajure.

Muitas críticas foram feitas à decisão monocrática do Min. Nunes, especialmente: teria a decisão ido em frontal desacordo com o que foi decidido pelo Plenário do STF na ADIn 6341 MC, na qual se reforçou a competência legislativa e administrativa concorrente dos entes federativos na adoção de medidas sanitárias de enfrentamento da pandemia. Demais disso, violou-se a decisão unânime proferida na ADPF 703, em que se declarou a ilegitimidade ativa da Anajure para a propositura de ações de controle abstrato de constitucionalidade, apenas reiterando mais de 30 anos de jurisprudência pacífica do STF acerca do alcance da legitimidade conferida às entidades de classe de âmbito nacional (CF 103 IX).

Entendeu-se, à época da decisão liminar, pela necessidade de um *distinguishing* fundada: 1) na instrumentalidade do processo diante da relevante liberdade religiosa; 2) no princípio da primazia da resolução de mérito; e 3) "aparente" divergência da jurisprudência, em vista da decisão na ADPF 696 AgRg no qual o tribunal teria aceitado implicitamente a legitimidade da Associação Brasileira de Juristas Pela Democracia (ABJD). Em caso de divergência, ter-se-ia que privilegiar o acesso à justiça (ABBOUD, Georges, 2021).

Em 08 de abril de 2021, fora publicada nova decisão, reconsiderando a medida liminar. Por maioria de votos, julgou-se o pedido improcedente na ADPF n. 811, ao fundamento de que são válidos e constitucionais os atos de Governadores e Prefeitos que

permitem a abertura ou determinam o fechamento de igrejas, templos e demais estabelecimentos religiosos durante a pandemia da COVID-19.

Assim, para verificar a legitimidade da decisão monocrática proferida na ADPF em análise, na visão de Dworkin, deve-se perguntar se a possibilidade de liberação de cultos religiosos foi justificada a partir de argumentos de política ou de princípio.

3. ANÁLISE DA DECISÃO MONOCRÁTICA LIMINAR DO MIN. NUNES À LUZ DA TEORIA DWORKIANA

A primeira questão que se verifica à luz da teoria de Dworkin, é que o caso analisado na ADPF pode ser tido como um “hard case”, uma vez que não havia norma clara e precisa a ser aplicada exclusivamente ao caso concreto, devendo a decisão judicial se fundamentar em princípios, o que se aproxima à definição de Direito defendida por Dworkin. Houve, pois, uma ponderação dos princípios aplicáveis ao caso, de modo que mais de um princípio teve incidência, porém alguns tiveram dimensão de peso superior, destacando-se sobre os demais.

Destarte, o caso em discussão também pode ser considerado um *hard case* na visão de Dworkin em virtude da discussão sobre valores morais e de justiça adotados pela sociedade. Nesse contexto, o que se discute não é o que diz a lei, nem qual lei deve ser aplicada, a problemática está totalmente voltada a questões principiológicas da moral e da justiça.

Importante mencionar que Dworkin é um crítico do poder discricionário nas decisões, por, dentre outros motivos, entender que a função do juiz é apenas aplicar o direito e promover a justiça. Afirma ainda que, em um caso difícil em que não houvesse nenhuma norma, o fato do juiz ter que legislar, além de violar o princípio da irretroatividade da norma, estaria rompendo um dos fundamentos do Estado do Direito (Kozicki, 2012, p. 46).

O autor propõe uma nova hermenêutica em que entende o Direito não somente como o texto da norma, mas a interpretação como um todo, levando em conta o propósito do Direito e da justiça, corroborado com o fato de entender que a discricionariedade do juiz é vinculada aos princípios. O autor defende que, em caso de conflitos de princípios, é necessário analisar qual deles melhor se enquadra para resolução do caso concreto, sendo que o critério de escolha do princípio é tão somente o voltado à decisão mais justa e moralmente correta, a decisão que o juiz Hércules tomaria.

Dworkin defende a tese de que as decisões judiciais baseadas em argumentos de princípio são compatíveis com os pilares democráticos e devem ser assim fundamentadas, mesmo nos casos politicamente controversos. Sua teoria geral dos direitos não admite que

algum indivíduo seja objeto de determinada desvantagem em razão de argumentos que sustentem objetivos coletivos. Isso porque esse tipo de decisão, caracterizada por argumentos de política, devem ser, para o autor, tomadas por meio do processo político majoritário.

A decisão monocrática tomada pelo Min. Nunes foi duramente criticada, à época, por supostamente divergir de jurisprudência anteriormente consolidada do próprio STF, em casos semelhantes. Uma pergunta que se poderia fazer, à luz da teoria de Dworkin, seria no sentido de que, ao tomar esta decisão, o ministro teria atuado como o juiz Hércules, capaz de manter a coerência de suas decisões com as já tomadas anteriormente (precedentes) pela própria Corte? A resposta parece ser não.

Para Dworkin, o juiz, ao continuar o romance em cadeia deve "criar um conjunto da melhor qualidade possível". Assim, demonstra-se o precedente judicial como uma proposição jurídica que não foi criada do nada, tal proposição precisa ser continuada e não pode perder sua unidade e vínculo interpretativo. De acordo com ele, o Direito é construído a partir da interpretação do julgador, o que não implica cair em um decisionismo nem em um enfraquecimento da força vinculante do precedente, uma vez que a natureza dos precedentes é de mutabilidade e de adaptação, podendo um ordenamento notadamente estático adquirir nuances de dinamismo por meio da interpretação.

Contudo, teria a decisão monocrática do Min. Nunes ido em frontal desacordo com o que foi decidido pelo Plenário do STF na ADIn 6341 MC, na qual se reforçou a competência legislativa e administrativa concorrente dos entes federativos na adoção de medidas sanitárias de enfrentamento da pandemia. Demais disso, violou-se a decisão unânime proferida na ADPF 703, em que se declarou a ilegitimidade ativa da Anajure para a propositura de ações de controle abstrato de constitucionalidade, apenas reiterando mais de 30 anos de jurisprudência pacífica do STF acerca do alcance da legitimidade conferida às entidades de classe de âmbito nacional (CF 103 IX).

Pode-se dizer, dessa forma, que o Min. Nunes Marques não manteve a coerência como "autor de um romance em cadeia", na perspectiva dworkiana, ainda que tenha tentado fundamentar em um suposto *distinguishing*. Na perspectiva de Ronald Dworkin, os precedentes judiciais são elementos abertos de um sistema que tem como escopo a integridade. O método *distinguishing* estabelece uma comparação entre o caso antigo resolvido pelo precedente e o novo caso, realizando um comparativo no intuito de se descartar o precedente ou usá-lo caso se molde com o caso atual. Porém, os fundamentos da decisão monocrática do Min. Nunes não foram razoáveis, pois não havia qualquer mudança da situação fática e/ou jurídica que pudesse amparar sua decisão.

Como já dito anteriormente, na ADPF 703, em fevereiro de 2021, já havia decidido que a Associação de Juristas Evangélicos não podia ser considerada "entidade de classe de

âmbito nacional”, nos termos da Constituição e da jurisprudência do Supremo. Não houve dúvida. O Min. Nunes Marques comparou a legitimidade de outras “associações de juristas”, em relação a qual, até o presente o momento, não há qualquer dúvida ou divergência. Ademais, quanto ao mérito da liminar, o Min. Marques, como vimos, registra que a “disciplina desuniforme sobre a liberdade de culto” justificaria a intervenção do STF, porém, não fundamentou em decisões já tomadas pela própria Corte, mas sim recorreu à decisão da Suprema Corte dos EUA, de fevereiro de 2021, que anulou restrições a cultos religiosos presenciais no estado da Califórnia. Ora, sabe-se que decisões da Suprema Corte dos EUA são fontes subsidiárias, não justifica desconsiderar jurisprudência nacional sedimentada (Pereira e Arguelhes, 2021, p. 36).

Por outro lado, do ponto de vista dos argumentos de princípios e de política, a decisão monocrática tomada pelo Min. Nunes, ao conceder a liminar e liberar cultos religiosos presenciais, com medidas de restrição, durante o período de Páscoa, fundamentou-se, numa visão Dworkiana, em argumentos de princípios, pois teria privilegiado o direito de um indivíduo ou de um grupo (religioso), em detrimento do interesse de toda a sociedade, uma vez que o direito à saúde pública, baseado na necessidade de contenção ao vírus Covid/19, refere-se não a um grupo de pessoas (que professa qualquer religião), mas sim a todos indistintamente.

Nesse contexto, à luz da teoria de Dworkin, poder-se-ia dizer que a decisão monocrática de liberação de cultos religiosos foi legítima, na medida em que os juízes, ao decidirem casos controversos, devem se ater a argumentos de princípios, afastando-se dos argumentos de política, que são típicos do Poder Legislativo. Isto é, o bem-estar geral não pode ser utilizado como fundamento justificável para reduzir ou para eliminar direitos individuais ou coletivos.

Por outro lado, é importante destacar que houve revogação da liminar anteriormente concedida, tendo o Min. Nunes cedido à posição do STF que, por maioria, decidiu que (ADPF 811/SP, Min. Gilmar Mendes): as medidas de restrição foram razoáveis e resultaram de análises técnicas relativas ao risco ambiental de contágio pela Covid-19, conforme o setor econômico e social, bem como de acordo com a necessidade de preservar a capacidade de atendimento da rede de serviço de saúde pública. A norma revelou-se adequada, necessária e proporcional em sentido estrito para o combate do grave quadro de contaminação que antecedeu a sua edição.

3.1 Análise do voto do Min. Gilmar mendes na ADPF n. 811/SP

Como visto, inicialmente houve liberação dos cultos religiosos durante a pandemia, por decisão monocrática do Min. Nunes na ADPF N. 711/MG. Porém, esta decisão fora modificada, após o voto do ministro relator na ADPF N. 801/SP, Min. Gilmar Mendes, que entendeu que as medidas de restrição ao covid/19 eram constitucionais, tanto no sentido

formal, como no sentido material, devendo ser mantidas, a critério dos Municípios e Estados, de acordo com suas competências.

Analisando o voto do Min. Gilmar Mendes, à luz da teoria de Dworkin, os principais argumentos utilizados foram os de política, voltados aos interesses da sociedade vista como um todo, privilegiando o direito à saúde coletiva, e não o direito de um indivíduo ou de um grupo específico. Do ponto de vista do filósofo, não seria considerada uma decisão legítima, pois não caberia ao Judiciário proteger algum objetivo da coletividade como um todo, pois esse seria um papel do Legislativo.

Contudo, os argumentos do Min. Gilmar Mendes também se basearam na ponderação entre princípios e em máximas implícitas, o que, numa visão do Direito como integridade de Dworkin faria sentido, como já analisado. O referido Ministro iniciou seu voto fundamentando-o no direito à fraternidade (ADPF 811/SP):

“(…) “pretende sintetizar a dimensão jurídica da individualidade, expressa pelos direitos, que tornam o ser humano imune a interferências na sua esfera própria (subjéctiva), com a dimensão jurídica da sociabilidade, expressa pelos deveres que todo convívio social implica” (...) Desse modo, a fraternidade “estabelece que somente aquele que está protegido por direitos pode ser obrigado a cumprir deveres, bem como somente a assunção de deveres pode legitimar a pretensão a direitos” (BARZOTTO, Luis Fernando; e BARZOTTO, Luciane Cardoso. Fraternidade, um conceito dialéctico: uma abordagem a partir da experiência jurídica. In Direito e Fraternidade: ensaios em homenagem ao professor Dr. Lafayette Pozzoli. LACERDA, Luana Pereira; GIACÓIA Júnior, Oswaldo; SANTOS, Iveraldo. CASTILHO, Ana Flávia de Andrade Nogueira (org.). Curitiba: Editora CRV, 2018, p. 23-31).”

Para ele, a dialéctica entre direitos e deveres, que compõe o direito à fraternidade, é o melhor caminho para resolver as oposições jurídicas que envolvem as restrições às liberdades individuais, em razão das medidas de enfrentamento à pandemia do novo Coronavírus. O Ministro destacou que há uma diferença importante entre a existência de uma dimensão interna (*forum internum*) e de uma dimensão externa (*forum externum*) do direito à liberdade religiosa. O *forum internum* consiste na liberdade espiritual íntima de formar a sua crença, a sua ideologia ou a sua consciência, enquanto que o *forum externum* diz respeito mais propriamente à liberdade de confissão e à liberdade de culto. A ADPF em referência estaria relacionada ao segundo aspecto, o externo.

Para o Ministro Gilmar Mendes, a dimensão interna da liberdade religiosa (consciência e crença) é vista como um direito absoluto, enquanto a dimensão externa

(manifestação em culto) está sujeita às limitações prescritas em lei. Por essa razão, a dimensão externa estaria limitada pela reserva legal prevista no inciso VI do art. 5º da Constituição da República que assegura “o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei”. Afirmou em seu voto: “no sentido técnico, “não é o direito à liberdade religiosa que está sujeito a restrições, mas a forma como o direito é exercido. Por conseguinte, pode-se dizer que o direito à liberdade religiosa é absoluto na dimensão interna (forum internum) e limitado na forma de expressão externa (forum externum)” (MAZURKIEWICZ, Piotr. Religious Freedom in the Time of the Pandemic. Religions, v. 12, 2, 2021, p 16.)”.

Nesse sentido, entendeu que havia constitucionalidade formal nos decretos que restringiam o exercício dos cultos religiosos, pois respeitada a competência dos estados e municípios para adoção de medidas temporárias de restrição ao exercício de atividades religiosas para enfrentamento da pandemia do novo Coronavírus (arts. 23, inciso II, e art. 30, inciso VII, CF/88).

À luz da teoria Dworkiana, o Min. Gilmar Mendes teria preservado os precedentes anteriores e teria ido ao encontro da ideia de Direito como integridade neste ponto: ao mencionar, em seu voto, o objetivo de preservar a integridade da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, destacando as decisões monocráticas anteriores que reconheceram que as restrições de realização de cultos, missas e outras atividades religiosas, coletivas e determinadas podem ser realizadas por decretos municipais e estaduais, e podem se mostrar medidas adequadas, necessárias e proporcionais para o enfrentamento da emergência de saúde pública.

O min. Gilmar Mendes destacou que os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas como proibições de intervenção (Eingriffsverbote); veiculam também um postulado de proteção (Schutzgebote). Na dogmática alemã é conhecida a diferenciação entre o princípio da proporcionalidade como proibição de excesso (Ubermassverbot) e como proibição de proteção deficiente (Untermassverbot). Nesse sentido, afirmou que a medida sanitária é adequada, necessária e proporcional, havendo razoável consenso na comunidade científica no sentido de que os riscos de contaminação decorrentes de atividades religiosas coletivas são superiores ao de outras atividades econômicas, mesmo aquelas realizadas em ambientes fechados e que estas medidas impostas foram resultantes de análises técnicas relativas ao risco ambiental de contágio pela Covid-19, conforme o setor econômico e social, bem como de acordo com a necessidade de preservar a capacidade de atendimento da rede de serviço de saúde pública. Concluiu, o relator, que houve também respeito à constitucionalidade no aspecto material.

Portanto, observa-se que o voto do Min. relator na ADPF n. 811/MG manteve coerência com os precedentes anteriores do STF, por outro lado, trouxe argumentos que

favorecem mais a sociedade vista como um todo (direito à saúde pública) e, neste sentido, pode-se dizer que se baseou, principalmente, em argumento de política, do ponto de vista da teoria de Dworkin.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho buscou estudar as bases teóricas de Ronald Dworkin, para, após, analisá-las sob o ponto de vista das decisões judiciais tomadas na ADPF N. 711/MG. Observou-se que o filósofo contribui para a construção de uma teoria construtivista, que rejeita a discricionariedade como fundamento da decisão judicial, sob o argumento de que, ao decidir, o juiz deve priorizar argumentos de princípios, destinados a estabelecer um direito individual ou de um grupo, enquanto argumentos de política garantiriam o objetivo da coletividade como um todo.

Para o autor, os juízes, ao decidirem casos controversos, devem se ater a esses princípios, afastando-se dos argumentos de política, que são típicos do Poder Legislativo, de forma que o bem-estar geral não pode ser utilizado como fundamento justificável, sob pena de violação à separação de poderes. Afirma ainda que, em um caso difícil em que não houvesse nenhuma norma, o fato do juiz ter que legislar, além de violar o princípio da irretroatividade da norma, estaria rompendo um dos fundamentos do Estado do Direito.

Segundo Dworkin, o conceito de Direito é interpretativo e está extremamente ligado à moral, justiça e política. Diferentemente de Hart, para quem há separação entre Direito e Moral, sendo o que define um sistema jurídico é a atenção aos direitos e deveres, independentemente do mérito moral de suas fontes.

Dworkin entende que um caso difícil ou "hard case" é entendido quando o sentido da norma não está perfeitamente claro, quando existe uma divergência entre as normas estabelecidas ou, ainda, quando aparentemente não existir norma para aplicar ao caso. Este filósofo criou a figura do juiz Hércules, que seria um modelo ideal de julgador, o qual seria capaz de interpretar o conjunto de regras, princípios e padrões morais, seus e da sociedade, de modo a alcançar a única resposta correta ao caso concreto analisado.

Para o autor, o positivismo apresenta uma teoria inadequada sobre os casos difíceis, pois o juiz teria o poder discricionário de decidir de uma maneira ou de outra, como se uma das partes tivesse o direito de ganhar a causa através de um direito preexistente, dessa forma o juiz estaria criando novos direitos e aplicando-os retroativamente ao caso objeto da questão litigiosa.

Neste sentido, ao analisar o caso representativo da ADPF N. 711/MG, foi possível verificar que a decisão monocrática proferida pelo Min. Nunes Marques, que liberou os cultos religiosos no período de Páscoa, não atende integralmente os requisitos de uma

decisão legítima, à luz da teoria de Dworkin. Viu-se, inicialmente, que o caso pode ser considerado um “hard case”, pois a solução não está prevista de forma clara no ordenamento jurídico vigente, dependendo de um trabalho interpretativo, inclusive havendo colisão de normas jurídicas e ponderação de princípios.

Com efeito, a Constituição Federal eleva a liberdade religiosa ao patamar de direito fundamental, o que significa dizer que, assim como o direito à saúde, a promoção da defesa da crença religiosa deve ser vista como sendo primordial, passando a ser dever do Estado promovê-la. Por outro lado, não se estabelece uma hierarquia entre os direitos fundamentais, cabendo assim à doutrina e aos tribunais a solução desses conflitos.

Muitas críticas foram feitas à decisão monocrática do Min. Nunes, especialmente: teria a decisão ido em frontal desacordo com o que foi decidido pelo Plenário do STF na ADIn 6341 MC, na qual se reforçou a competência legislativa e administrativa concorrente dos entes federativos na adoção de medidas sanitárias de enfrentamento da pandemia. Demais disso, violou-se a decisão unânime proferida na ADPF 703, em que se declarou a ilegitimidade ativa da Anajure para a propositura de ações de controle abstrato de constitucionalidade, apenas reiterando mais de 30 anos de jurisprudência pacífica do STF acerca do alcance da legitimidade conferida às entidades de classe de âmbito nacional (CF 103 IX).

A decisão monocrática violaria não só a própria distribuição de competências federativas, mas também a autoridade das decisões tomadas pelo Plenário do STF, não havendo qualquer mudança da situação fática e/ou jurídica que pudesse amparar uma superação da jurisprudência em tão curto espaço de tempo. Trata-se da jurisprudência já sedimentada, no sentido de que, em matéria de competência federativa concorrente, deve-se respeitar a denominada predominância de interesse.

Noutro momento, a decisão monocrática fora revista e revogada, após decisão do Min. Gilmar Mendes, na ADPF N. 811/MG, tendo este fundamentado seu voto na constitucionalidade formal e material das medidas de restrição adotadas por Municípios e Estados durante a pandemia pelo Coronavírus. À luz da teoria Dworkiana, o Min. Gilmar Mendes teria preservado os precedentes anteriores e teria ido ao encontro da ideia de Direito como integridade neste ponto: ao mencionar, em seu voto, o objetivo de preservar a integridade da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, destacando as decisões monocráticas anteriores que reconheceram que as restrições de realização de cultos, missas e outras atividades religiosas coletivas determinadas podem ser realizadas por decretos municipais e estaduais, e podem se mostrar medidas adequadas, necessárias e proporcionais para o enfrentamento da emergência de saúde pública.

Destarte, o voto do Min. relator na ADPF n. 811/MG manteve coerência com os precedentes anteriores do STF, por outro lado trouxe argumentos que favorecem mais a

sociedade vista como um todo (direito à saúde pública) e, neste sentido, pode-se dizer que baseou-se, principalmente, em argumento de política, do ponto de vista da teoria de Dworkin.

Assim, pode-se concluir que, tanto a decisão monocrática proferida pelo Min. Nunes na ADPF 711/MG, que liberou os cultos religiosos, compatibilizando com as medidas de restrição impostas pela pandemia, como a decisão do Min. Gilmar Mendes, na ADPF 811/SP, que entendeu pela constitucionalidade da proibição de culto pelos Estados e Municípios, podem ser analisadas à luz da teoria de Dworkin. Porém, verificou-se que nenhuma das decisões atende integralmente os requisitos de uma decisão legítima, do ponto de vista do filósofo.

Se, por um lado, a decisão do Min. Nunes foi baseada em argumentos de princípios (ao privilegiar direitos individuais ou de um grupo – liberdade de cultos religiosos) em detrimento de argumentos de política (direito de todos indistintamente, ou seja, da sociedade), não manteve a jurisprudência já sedimentada do STF no sentido da (i)legitimidade para a ação constitucional da Anajure, bem como no que toca à competência concorrente em matéria de saúde entre União, Estados e Municípios, com predominância do interesse. Em tese, houve desrespeito ao ideal de Direito como integridade, na visão da teoria dworkiana, uma vez que caberia ao juiz, como “romancista em cadeia”, manter a coerência com a jurisprudência já consolidada.

O Ministro Gilmar Mendes, por sua vez, mantido a integridade de decisões anteriores do STF, mas, no entanto, teria privilegiado a coletividade (saúde pública) em detrimento de direitos individuais (liberação de cultos).

É certo, portanto, que árdua é a tarefa do juiz Hércules, tal como idealizada por Dworkin em sua teoria da decisão judicial, sendo mais razoável acreditar na crítica feita por Neil MacCormick de que não existe possibilidade de apenas uma resposta correta para cada caso difícil.

Isso porque, diante do hard case estudado, mostra-se a teoria de Dworkin como inviável e de difícil alcance, primeiro que, para se fazer uso exclusivamente dos argumentos de princípios, romper-se-ia, logo de início, com a integridade das decisões que o STF vem tomando há décadas.

Segundo que, diante da gravidade imposta pela pandemia em níveis raros de sobrevivência, soa estranho que se defenda o direito de um grupo específico (aqueles que defendem a liberação das missas e cultos) quando do outro lado da balança, como direito de todos, está o próprio direito à vida.

Não se trata de discricionariedade gratuita do magistrado, em interferência do Poder Judiciário em seara do Legislativo, trata-se, simplesmente, de priorizar o direito que antecede a todos os outros, o da vida. Logo, a despeito de nenhum dos entendimentos atingir a integralidade dos requisitos defendidos por Dworkin, a decisão que se mostra mais acertada é aquela defendida pelo STF e endossada pelo Ministro Gilmar Mendes, no julgamento da ADPF n. 811.

Se não é alcançável a integralidade de Dworkin, mostra-se mais aceitável contentar-se com a própria sobrevivência. E não há que se falar em aceitar o mínimo, afinal, sobreviver, em tempos atuais, é o nosso ato mais heroico.

BIBLIOGRAFIA

ADPF. Nº 701/MG, Relator Min. Nunes Marques. Acesso em 08 de junho de 2021: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5944043>.

ADPF. Nº 811/SP, Relator Min. Gilmar Mendes. Acesso em 08 de junho de 2021: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6136541>

ABBOUD, Georges, 2021. Os cinco equívocos da decisão que permitiu cultos presenciais na Páscoa. Disponível em: [https://www.conjur.com.br/2021-abr-07/abboud-equivocos-decisao-permitiu cultos-presenciais](https://www.conjur.com.br/2021-abr-07/abboud-equivocos-decisao-permitiu-cultos-presenciais) Acessado em 20 de junho de 2021.

ALMEIDA FILHO, Agassiz etc al. **Ronald Dworkin: direito, política e pessoa humana**. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.

ARRUDA, Thais Nunes de Arruda. **Juízes e casos difíceis: o pragmatismo de Richard Posner e a crítica de Ronald Dworkin**. Curitiba: Juruá, 2014.

BITENCOURT, Caroline Muller; SOBRINHO, Liton Lanes Pilau. **Decisão judicial no constitucionalismo contemporâneo: um olhar crítico sobre o modelo do juiz héracles**. Revista Justiça do Direito, v.1, n.2, jul/dez, 2011 – Ed. Especial.

COUTINHO, Laura Siqueira. SILVESTRE, Ana Carolina de Faria. **O juiz héracles e os casos difíceis do STF**. Disponível em:file:///C:/Users/treinamento/Downloads/75-338-1-PB.pdf. Acessado em 20 de junho de 2021.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 3ª d. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

----- **Levando os direitos a sério**. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

----- **Uma questão de princípio.** Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

FERREIRA, Luísa Rodrigues. **Execução provisória da pena: análise dos argumentos da Suprema corte à luz da teoria de Dworkin.** Disponível em: https://bdm.unb.br/bitstream/10483/16220/1/2016_LuisaRodriguesFerreira_tcc.pdf. Acesso em 20 de junho de 2021.

HART, H. K. A. **O conceito de direito.** São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2020.

LORENZETTO, Bruno Meses etc e tal. **Uma análise crítica da decisão do STF no RE 878.694/MG sobre a sucessão do companheiro a partir da teoria da decisão de Ronald Dworkin.** Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/39672>. Acessado em 20 de julho de 2021.

MARINHO, Jefferson Luiz Alves. **Teoria da integridade de Ronald Dworkin: um olhar matemático para a tese da resposta correta.** Disponível em: <https://www.redalyc.org/journal/934/93453803007/html/>. Acessado em 04 de junho de 2021.

MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: da persuasão à vinculação.** 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

MOTTA, Francisco José Borges. **Ronald Dworkin e a decisão jurídica.** 2ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2018.

PEREIRA, Thomaz e ARGUELHES, Diego Werneck. **A liberação de cultos por Nunes Marques, uma das piores decisões da história do STF.** Disponível em: <https://www.jota.info/stf/supra/a-liberacao-de-cultos-por-nunes-marques-uma-das-piores-decisoes-da-historia-do-stf-05042021>. Acessado em 05 de junho de 2021.

KOZICKI, Katya. **Levando a justiça a sério: interpretação do direito e responsabilidade judicial.** Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012.

APERFEIÇOAMENTO DEMOCRÁTICO NO BRASIL PROMOVIDO PELA PARTICIPAÇÃO SOCIAL

ALIXANDRE BARROSO VIEIRA: Mestre em Direito pela PUC/MG, pós-graduado em Ciências Penais pela mesma instituição e graduado em direito pela Funcesi. Ex- Professor de Direito Penal e Processo Penal do CENSI - Itabira (graduação); e da Funcesi nas disciplinas de direito penal (professor visitante da graduação). Especialista em Direito Público pela Universidade Cândido Mendes. É ainda pós-graduado lato sensu em Direito Ambiental, e Direito Processual Civil, pela Faculdade Internacional de Curitiba - FACINTER. Advogado Criminalista.

INTRODUÇÃO

Durante o século XX observou-se uma maior influência da concepção elitista que entende a democracia como um método político, ou seja, como uma maneira de se organizar as instituições públicas a fim de se obter as decisões políticas legislativas. Dentro dessa linha, aponta-se que o Estado deve ser dotado de relativa autonomia para governar visto que existe um despreparo ou desinteresse da maioria dos cidadãos em participar dos processos decisórios, diminuindo-se assim o papel da participação política que se restringe basicamente aos mecanismos da representação eleitoral e do voto.

Entretanto, no final do século XX, notadamente a partir dos anos 60, a concepção participativa de democracia começa a ganhar força no cenário político. Com o questionamento acerca da redução da democracia a uma lógica individualista e competitiva e que subestima a capacidade participativa dos cidadãos encontrado nessas perspectivas, desenvolve-se uma concepção de democracia pautada na ideia de uma participação mais ampla dos cidadãos no que tange aos interesses da coletividade, de forma que para existir um governo democrático se faz também necessária uma sociedade participativa. Nessa perspectiva, a participação assume um papel de afetar ou influir nos processos decisórios, bem como os papéis de integração, de controle sobre o governo e, especialmente, educativo, como uma maneira de se aprender a democracia.

Em uma outra linha convergente quanto ao aprofundamento democrático, a concepção da democracia é ampliada a partir de uma noção da participação política baseada na deliberação pública. Esta se remete à expansão e aprofundamento da democracia firmada nos processos de interação e comunicação nos domínios societários,

de forma que as preferências dos cidadãos sejam conformadas em um ambiente de discussão racional, livre e igual. Nessa lógica, a democracia deve preocupar-se mais do que com a simples declaração ou manifestação dos interesses, mas também com seu processo de formação e construção coletiva.

Em paralelo ao percurso dos debates em torno da democracia e dos diferentes modelos, a participação da sociedade nas decisões estatais, de maneira institucionalizada ou não, passou a fazer parte crescentemente, a partir dos anos 60, do vocabulário político e social. Ao lado disso, a participação vem sendo incorporada através de uma redefinição da relação entre Estado e sociedade, na qual os agentes sociais passam a intervir no ciclo das políticas públicas de diversas formas, permitindo sua influência na tomada de decisões por parte do Estado e na produção de bens públicos, caracterizada pela expressão dos interesses sociais.

A participação cidadã assim entendida incorpora duas dimensões. A primeira delas se relaciona com os espaços da sociedade civil e com suas diversas formas de associação e mobilização que podem exercer influência na ação estatal. A segunda dimensão refere-se à criação de domínios institucionalizados de participação, ou seja, a instituição de instâncias formatadas que garantam não apenas a abertura da participação social, bem como atuem no sentido da redução e/ou eliminação de barreiras a uma participação ampla.

Para além da dimensão de aprofundamento democrático atribuída à participação social, agrega-se sua importância no que tange à formulação e gestão de projetos sociais. Nesse sentido, passa-se a considerar os atores envolvidos ou afetados, seus interesses e objetivos, seus conflitos e suas relações. Esse tipo de participação mostra-se relevante na medida em que conforme Costa (2004, p. 41), em projetos nos quais se tem por objetivo uma modificação de valores, atitudes e comportamentos por parte dos destinatários, a organização destes requer o envolvimento, participação e um certo nível de adesão dos envolvidos. Desse modo, quando se almeja uma mudança de comportamento bem como um maior envolvimento dos atores nesses projetos sociais, faz-se necessária uma mobilização social de forma a levar os atores sociais tanto a participarem na formulação e gestão dos mesmos quanto a aderirem à sua causa, objetivo e justificativa. Nessa perspectiva a participação é simultaneamente um fim e meio na mobilização da sociedade.

No que tange à participação na realidade brasileira, observa-se um ressurgimento da sociedade civil com a instauração do regime militar a partir de 64, como uma fonte de reação frente a um Estado autoritário e repressor. Essa sociedade foi de fundamental

importância na luta pelo restabelecimento da democracia no país na década de 80, na qual foram conformados fortes movimentos sociais que reivindicavam uma cidadania em que se efetue um pleno reconhecimento dos direitos do cidadão.

Assim, a Constituição Federal Brasileira de 1988 trouxe significativas mudanças no que corresponde à incorporação da participação cidadã nas políticas públicas das diversas esferas governamentais.

Foi com advento da Constituição de 1988 que abriu espaço para este intenso debate apresentado anteriormente, que diz respeito à ampliação da participação popular para além do mecanismo universal que é o voto. Logo no artigo 1º, já se estabelece que “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”. Desse modo, se consagra a soberania popular e se atribui aos cidadãos o direito à participação nas decisões políticas.

Participação social, mobilização social e desenhos institucionais participativos

Pode-se identificar uma ampliação dos debates em torno da noção de democracia participativa, bem como uma maior atenção e difusão do termo participação a partir dos anos 60, principalmente no sentido da participação cidadã, em um contexto de organização e reivindicação coletiva com respeito tanto à ampliação dos seus direitos civis e políticos quanto à garantia efetiva dos mesmos.

No contexto brasileiro, o processo de democratização ampliou debates e reivindicações em torno da criação de novas formas de participação institucionalizada, além da disposição dos atores da sociedade civil em participar nesses canais. Desse modo, observa-se a multiplicação de canais e arranjos participativos no país, especialmente após a Constituição Federal de 1988. Essas instâncias propiciam processos participativos de distintas amplitudes através de formados e composições variados. Dentro desses conjuntos de canais pode-se falar nos conselhos gestores, conselhos de políticas públicas, conferências, orçamento participativo, audiências, comitês e comissões, entre outros (BRASIL, 2007). Além disso, o Estado está cada vez mais permeado de uma atuação conjunta com diversas associações e organizações não-governamentais.

Os arranjos participativos presentes na democracia contemporânea estruturam-se de maneira distinta com relação ao seu desenho, o que resulta em conseqüências também diversas para a construção da governança democrática. Nesse processo e, especialmente no que tange às políticas sociais, é de fundamental importância a disposição e capacidade

dos atores da sociedade civil em participar, e a identificação e adesão desses atores à causa trabalhada.

Para além da dimensão de aprofundamento democrático a partir da participação, vários autores têm discorrido sobre a importância de, na formulação e gestão de projetos sociais, considerar a sua dimensão política – “a constelação de atores envolvidos ou afetados, seus interesses, objetivos (materiais e simbólicos), bem como a sua interação, as alianças e os conflitos potenciais” (BRASIL, 2007, p. 116).

O presente artigo pretende realizar uma breve revisão da teoria democrática participativa e deliberativa, dos conceitos de participação social, suas dimensões e considerações importantes. Serão também abordados os desenhos institucionais participativos e suas principais dimensões e contribuições para a democracia, especialmente a partir de Fung (2004) e Avritzer (2008), autores que tem se detido neste tema. Além disso, pretende-se demonstrar os principais conceitos e estratégias de mobilização social em um contexto participativo.

Participação social e deliberação na teoria democrática contemporânea

A participação social tem recebido especial destaque nas últimas décadas em consonância com as tendências descentralizadoras dos Estados contemporâneos e com as transformações destes na sua relação com a sociedade. Esta passa a ser vista, especialmente a partir dos anos 80, como um instrumento para o aprofundamento da democracia e como uma forma de complementar a democracia representativa em face de seus limites. Dessa forma, a participação tem sido incorporada nas instituições públicas e sido relacionada aos conceitos de governança e empoderamento dos cidadãos tradicionalmente excluídos. (BRASIL, 2007).

Durante o século XX observou-se uma maior influência da concepção hegemônica elitista que entende a democracia como um método político, ou seja, como uma maneira de se organizar as instituições públicas a fim de se obter as decisões políticas legislativas e administrativas. Dentro dessa linha de pensamento, aponta-se que o Estado deve dotar de relativa autonomia para governar uma vez que existe um despreparo ou desinteresse da maioria dos cidadãos em participar dos processos decisórios, diminuindo-se assim o papel da participação política, que se restringe basicamente aos mecanismos da representação e do voto. Um dos principais teóricos dessa linha é Schumpeter, que afirma que o homem comum não teria racionalidade para lidar com as questões políticas, devendo estas ser decididas através da eleição de representantes que seriam líderes e atuariam para executar a vontade do povo. Nesse modelo também conhecido como elitismo democrático, a

dinâmica política é equiparada ao mercado no qual a competição pela liderança e pelo voto seria a característica distintiva da democracia dos outros métodos políticos (SHUMPETER *apud* PATEMAN, 1992; BRASIL, 2007).

A partir dos anos 60, com o questionamento dessa perspectiva e de sua redução da democracia a uma lógica individualista, competitiva e que subestima a capacidade participativa dos cidadãos, desenvolve-se uma concepção de democracia pautada na idéia da ampla participação dos cidadãos no que tange aos interesses da coletividade (LÜCHMANN, 2002). Carole Pateman (1992) retoma os clássicos da democracia como Rousseau, J. Stuart Mill e G. D. H. Cole e a partir deles constrói o que ela denomina de “teoria participativa da democracia” (p. 60). De acordo com essa autora, para que exista um governo democrático se faz necessária também uma sociedade participativa. Nessa teoria, a participação está relacionada à tomada de decisões, e o modelo participativo pode ser caracterizado como “aquele onde se exige o *input* máximo (a participação) e onde o *output* inclui não apenas as políticas (decisões), mas também o desenvolvimento das capacidades sociais e políticas de cada indivíduo (...)” (PATEMAN, 1992, p. 62). Assim, nessa lógica a participação assume um papel de caráter integrador, de controle sobre o governo e, especialmente, educativo, como uma maneira de se aprender a democracia.

Desse modo, a democracia participativa deve ser entendida não como uma forma de invalidar os princípios da representação, mas sim como uma forma de complementá-los através do incremento da participação da sociedade nos processos de deliberação e de tomada de decisão estatais. Como ressalta Brasil (2007, p. 125),

A recuperação de figuras da democracia direta, a participação dos cidadãos na formulação de políticas e decisões estatais e as possibilidades de deliberação pública constituem os conteúdos evocados na noção de democracia participativa, assim como a manutenção de um sistema institucional relativamente aberto para propiciar a experimentação.

Ainda no âmbito dos debates acerca da teoria democrática contemporânea tem-se, sobre outra perspectiva, a noção de participação política fundada na deliberação pública que, baseada na teoria social de Habermas (1984; 1989; 1997), aponta para a possibilidade de expansão e aprofundamento da democracia firmada nos processos de interação e comunicação nos domínios societários. Cabe desatacar que, nesse processo, quando a linguagem orientada ao entendimento é utilizada como mecanismo coordenador da ação e como fonte de interação social, tem-se a teoria da ação comunicativa de Habermas

(MELO, 2005). Esse autor ainda aborda o conceito de mundo da vida, que consiste no “campo de interação social organizado em torno da idéia de um consenso normativo gerado a partir das estruturas de ação comunicativa” (AVRITZER, 1996, p. 17).

A democracia deliberativa, portanto, estaria ligada a “um processo discursivo que tem suas origens nas redes públicas de comunicação com as quais os processos de institucionalização legal e utilização administrativa do poder estão indissolúvelmente ligados” (AVRITZER, 1996, p. 124). As idéias habermasianas colocam-se como uma alternativa ao modelo de democracia participativa ao questionar o caráter de homogeneidade e virtuosidade dos cidadãos apresentado nessa teoria e que estaria em desacordo com a realidade complexa e plural. Dessa forma o autor ressalta o papel do Estado como regulador e administrador dos problemas sociais, tendo papel central no processo decisório político que é pressionado pelas demandas sociais oriundas desses processos de comunicação exercidos na esfera pública (LÜCHMANN, 2002).

Nesse sentido, na teoria habermasiana a operacionalização da democracia moderna ocorre em dois níveis, um institucional no qual tem-se a formação discursiva da vontade dentro do parlamento, mas que se ancora no segundo nível informal representado pelos “fluxos de comunicação de uma esfera pública que se ancora no mundo da vida através da sociedade civil” (MELO, 2005). O primeiro nível apenas exerceria uma influência no segundo através de canais de comunicação. Assim, essa teoria não considera a institucionalização da esfera deliberativa (AVRITZER, 1996).

Tendo em vista as teorias participativa e deliberativa da democracia abordadas, nota-se que ainda com características distintas, ambas consideram que os mecanismos formais de tomada de decisão do modelo representativo não exaurem as possibilidades democráticas nas sociedades complexas e plurais e, inclusive, muitas vezes não resolvem os problemas que se propõe a resolver. Desse modo, as formas alternativas de participação incorporadas na teoria democrática contemporânea podem melhorar a qualidade da deliberação e da representação, gerando oportunidades não só dos cidadãos tomarem parte nas decisões bem como o desenvolvimento das virtudes da cidadania. (FARIA, 2008).

De acordo com Dagnino (2002), na medida em que as instituições formais básicas da democracia não foram capazes, muitas vezes, de trabalhar adequadamente nos problemas de desigualdade e exclusão social, considerando-se suas várias dimensões, defende-se a necessidade da ampliação e radicalização da democracia bem como do controle social das ações estatais. Nesse sentido, a autora aborda a construção de uma

nova cidadania que converge no reconhecimento dos direitos dos cidadãos, “incluindo o de participar efetivamente na gestão da sociedade” (p. 10).

Nessa lógica, Brugué, Front e Gomá (2006), abordam a discussão acerca das justificativas da participação, distinguindo-as em tradicionais e de nova geração. As justificativas tradicionais são aquelas relacionadas à melhoria da qualidade das decisões, já que se incorpora a vontade do cidadão nestes processos gerando maior legitimidade e sustentabilidade das ações governamentais. Na segunda linha de argumentação considera-se a perspectiva da participação como elemento fortalecedor do capital social, da solidariedade social, das capacidades comunitárias de intervenção bem como fomentador das ações cooperativas. Assim, na primeira tem-se um caráter mais institucional, abordando a participação como uma forma de se aperfeiçoar as decisões e melhorar o resultado das intervenções. Já nas de nova geração, o foco concentra-se na dimensão societária.

As políticas públicas são compostas de complexos processos de gestão de conflitos sociais envolvendo direta ou indiretamente diversos atores com interesses e valores distintos. Nesse sentido, a noção de participação política vem sendo analisada sobre a perspectiva de redefinição das relações entre o Estado e a sociedade, e suas formas tem sido estendidas na concepção de democracia participativa. Para além desse conceito, o termo participação cidadã vem recentemente sendo incorporado à literatura também referente às políticas públicas.

De acordo com Santos (1998), a participação cidadã pode ser definida como uma forma de intervenção nas tomadas de decisões referentes às políticas públicas. Nesse sentido, cabe ressaltar que a utilização mais recente do termo participação cidadã incorpora não apenas a criação de novos canais institucionais participativos, mas também está em sintonia com as duas faces da ação coletiva, sendo elas a defensiva e a ofensiva. Assim dizendo, a ação dos atores sociopolíticos não se dá apenas mediante a busca e utilização dos arranjos institucionais a fim de intervir no sistema político (ofensiva), como também inclui os próprios movimentos de organização e mobilização societária e de construção de identidades coletivas (defensiva). (BRASIL, 2007).

Em se tratar dessa construção de identidades coletivas, tem-se uma dimensão da participação da sociedade civil que ocorre via associativismo, movimentos sociais e organizações da sociedade civil.

Ao lado do potencial de mudança social atribuído à esfera societária, especialmente no caso dos movimentos sociais, no caso das associações tem-se vislumbrado também na

literatura diversos potenciais. Fung (2003) analisa as relações existentes entre as associações e a democracia, destacando seis contribuições que as associações podem trazer à ela. A primeira delas é a própria liberdade de associação que representa uma importante conquista democrática. A segunda refere-se à capacidade que as associações podem ter de criar virtudes cívicas em seus membros, educando-os de acordos com os valores democráticos e, na medida em que os indivíduos possuem esses valores, a democracia se torna mais justa e eficaz de inúmeras formas. De uma terceira maneira, as associações podem ser importantes formas de resistência contra Estados autoritários e, além disso, também podem representar um mecanismo de controle das ações estatais contra o abuso de poder e a favor da transparência.

A quarta contribuição das associações para a governança democrática aborda o potencial que estas possuem de reunir interesses dispersos e buscar meios de transmitir suas preferências para o governo, realizando pressão nos legisladores e melhorando a qualidade e igualdade da representação. Além de representar interesses, a quinta maneira de contribuir é através da melhoria e enriquecimento do debate público que estas podem gerar. Por fim, a sexta e última contribuição diz respeito à governança direta, ou seja, que as associações devem desempenhar um papel mais direto nas funções do Estado de maneira a resolver as limitações do mesmo. Nessa perspectiva, defende-se inclusive que o governo ceda funções para as mesmas e crie mecanismos de financiamento público para que elas possam realizar essas tarefas (FUNG, 2003).

Ainda que seja difícil a realização de generalizações acerca da contribuição dessas associações para democracia, e que tal fato varia muito de acordo com a própria forma de organização e objetivos das mesmas, hoje tem-se uma grande incorporação das associações bem como de organizações não governamentais na esfera estatal, seja nos canais de participação ou seja por meio de parcerias para a implementação de políticas públicas

Teixeira (2002) elenca três tipos importantes de encontro⁵¹ entre as ONGs e o Estado, de acordo com as formas como estes se relacionam. O primeiro tipo de encontro é caracterizado por relações com laços menos formais entre a esfera governamental e as organizações, de forma que estas tem um papel de pressionar, criticar, acompanhar programas sociais sem, entretanto, possuir vínculos diretos com o Estado. O segundo corresponde a contratação das ONGs para prestação de serviços, de forma que o Estado

⁵¹ A expressão "encontro" é utilizada pelo projeto "Sociedade Civil e Espaços Públicos no Brasil" de uma forma fluida, procurando representar os vários tipos de relação entre sociedade civil e Estado (DAGNINO, 2002).

como órgão financiador decide se aprova ou não o projeto. Nesse caso a relação entre as duas partes são distantes e permeadas de cobranças e avaliações, de forma com que as ONGs ficam sujeitas as diretrizes dos governos. O terceiro encontro é caracterizado pela elaboração conjunta do projeto entre o poder público e a ONG, no qual há um mais vínculo formal entre ambas as partes e uma divisão de responsabilidades.

Essas organizações, em sua maioria, podem representar importantes aliadas nos projetos sociais em face da sua estrutura técnica e operacional. Alguns argumentos nesse sentido se relacionam com o fato de muitas ONGs possuírem pessoas especializadas, capacidade de desempenhar suas funções de forma mais ágil e flexível e terem vinculação com problemáticas territoriais e sociais, que auxiliam o Estado na elaboração e implementação de políticas.

O conjunto de instâncias participativas instituídas sobretudo a partir dos anos 90, resultou do processo de reorganização da sociedade civil e de suas formas de se relacionar com o Estado, bem como as transformações institucionais, jurídicas e administrativas pelas quais o Brasil foi passando a partir da década de 70. Esses novos espaços de negociação surgem em torno dos atores sociais e do Estado e são denominados como instituições híbridas, na medida em que envolvem um partilhamento dos processos deliberativos entre Estado e sociedade. Assim, a maior complexidade das políticas públicas diante da multiplicação dos atores e espaços de decisão exige um novo agir político. “Temos, nesses casos, a adoção de “órgãos híbridos”, uma nova forma institucional que envolve a partilha de espaços de deliberação entre as representações estatais e as entidades da sociedade civil” (AVRITZER E PEREIRA, 2005, p. 20). No Brasil, tais instituições são constituídas das diversas e numerosas formas. As experiências mais comuns também remetem aos conselhos, conferências, gestão participativa do orçamento, fóruns, audiências, etc (AVRITZER e PEREIRA, 2005).

O espaço público é então definido pelos autores como o engajamento de múltiplos atores, tanto públicos quanto privados, envolvidos nos variados processos de discussão e que proporcionam a elaboração conjunta das políticas públicas locais, “incorporando às práticas de gestão das políticas públicas urbanas um processo de acordos negociados” (PEREIRA, 2000 *apud* AVRITZER e PEREIRA, 2005, p. 20). Essas mudanças ocorridas nos modos de ação pública são reflexos de transformações tanto do Estado, que deixa de ser hierárquico e bipolar e se estrutura em diversas instâncias de decisão, quanto da sociedade que se constitui em atores e agentes das novas formas de reivindicação coletiva nos espaços públicos e híbridos de discussão.

Uma das principais instituições híbridas, dentre as mais presentes e atuantes no Brasil são os conselhos de políticas públicas. Tatagiba (2000) citada em Avritzer e Pereira (2005, p. 26) definem os conselhos como:

[...] parte integrante do sistema nacional, com atribuições legalmente estabelecidas no plano da formulação e implementação das políticas na respectiva área governamental [...] São também concebidos como fóruns públicos de captação de demandas e pactuação de interesses específicos dos diversos grupos sociais e como forma de ampliar a participação de segmentos com menos acesso ao aparelho de Estado.

Nesse sentido, os conselhos, constituem um espaço de discussão e deliberação que não pressupõe a supressão das instâncias formais e da liberdade e autonomia de atuação da sociedade civil. Representam uma instância de participação intermediária e de luta pela democratização e publicização das políticas públicas, com atuação seja propositiva, de gestão ou acompanhamento de políticas e programas sociais.

A partir dessa variedade de arranjos participativos que vem sendo incorporados na arena pública, observa-se que cada um deles pode apresentar uma conformação distinta, com interesses, papéis, participantes e discussões também diversos. Desse modo, o desenho institucional desses canais e até o contexto em que estes estão inseridos podem ser fatores que explicam em certa medida a capacidade das mesmas de contribuir para democratizar o governo.

O desenho institucional participativo e suas variações

De acordo com Leonardo Avritzer (2008), a teoria democrática na segunda metade do século XX limitou bastante o conceito de instituições políticas. Isto se deve ao fato de que a literatura considerou como elemento principal na institucionalidade a existência de uma legislação formal que tratasse de seu funcionamento, não incorporando muitas vezes a presença das regras informais e, quando os autores trataram dela, apenas a consideraram no interior de instituições políticas formalmente constituídas. Dessa forma, o autor realiza dois tipos de críticas a esta literatura, a primeira delas é o fato de que muitas instituições participativas brasileiras não estão nem formalmente nem legalmente constituídas e ainda sim tratam de importantes comportamentos e expectativas dos atores sociais. A segunda diz respeito ao próprio conceito de instituições políticas que, em grande parte, não incorpora as práticas participativas e apenas as resultantes dos processos de representação, o que acaba por gerar uma oposição entre institucionalização e

participação que já não condiz com o que se vem alcançando em termos da abrangência da participação.

Ainda no que tange a questão da institucionalização, retomando a discussão efetuada na teoria democrática deliberativa de Habermas, a não consideração acerca da possibilidade de institucionalização por esse autor acaba por levar alguns autores ao questionamento da concepção de democracia deliberativa habermasiana no que tange a participação restrita à dimensão informal, ou seja, restrita apenas a uma influência na decisão estatal. Assim, autores como Bohman (2000) e Cohen (2000) abordados em Luchmann (2002) apresentam uma concepção de democracia deliberativa que pretende ir além da perspectiva habermasiana, à medida que enfatiza, entre outras, “a importância de medidas institucionais para a superação das principais dificuldades da democracia deliberativa, como o pluralismo cultural, as desigualdades sociais e a complexidade social” (p. 35), ressaltando a relevância da dinâmica e do formato institucional.

Assim, tais autores incorporam a institucionalização de canais de deliberação como uma forma de garantir na prática a influência no exercício do poder público. Como ressalta Bohman (2000) citado em Luchmann (2002, p. 41),

o êxito de uma forma deliberativa de democracia depende da criação de condições sociais e de arranjos institucionais que propiciem o uso público da razão. A deliberação é pública na medida em que estes arranjos permitam o diálogo livre e aberto entre cidadãos capazes de formular juízos informados e racionais em torno às formas de resolver situações problemáticas

A partir dessa consideração no que tange a importância da institucionalização de formas deliberativas de participação, Avritzer (2008, p. 45) propõe o conceito de instituições participativas, as quais se definem como “formas diferenciadas de incorporação dos cidadãos e associações da sociedade civil na deliberação sobre políticas”. O autor elenca três desenhos mais gerais desses arranjos, através dos quais os cidadãos podem participar dos processos de tomada de decisão, sendo elas a participação de baixo pra cima, a partilha de poder e a ratificação pública.

A participação de baixo pra cima (FUNG e WRIGHT, 2003; BAIOCCHI, 2003, *apud* AVRITZER, 2008) é aquela na qual há a livre entrada de qualquer cidadão no processo participativo e a institucionalidade se dá de baixo pra cima de forma que as decisões partem dos cidadãos, como exemplo tem-se o Orçamento Participativo. No caso do Orçamento Participativo brasileiro, os processos ocorrem de baixo pra cima visto que a

população é quem elege os conselheiros e delegados. A segunda forma é a partilha do poder, na qual há uma participação simultânea dos atores estatais e da sociedade civil. Nesse caso, a diferença com a maneira anterior é que esta não inclui um número grande de atores sociais e é determinado por lei. Já o terceiro tipo de arranjo trata-se da ratificação pública, em que os atores societários não participam do processo de tomada de decisão, mas são convidados a referendá-lo publicamente.

Nesse sentido, esses três tipos de arranjos participativos podem ser diferenciados a partir de três variáveis que se expressam de maneira diferente em cada um deles. Essas variáveis consistem na iniciativa da proposição do desenho, organização da sociedade civil na área em questão e vontade política do governo em implementar a participação (AVRITZER, 2008). Diante dessas variações observa-se que a capacidade de democratizar o governo das instituições participativas pode ocorrer em níveis diferentes, dependendo do contexto de organização da sociedade civil e da presença de atores políticos que apoiem esses processos participativos.

À medida que se considera o contexto como uma característica importante, o papel do desenho institucional no êxito ou não das instituições participativas passa a ser relativizado. Assim, distancia-se de certo modo da teoria de Fung e Wright (2003) abordados em Avritzer (2008), que consideram esse desenho como fundamental para o sucesso de um processo participativo, independentemente do contexto em questão. No que Avritzer (2008) denomina de desenho participativo interativo, propõe-se que o êxito desses processos está relacionado não apenas ao desenho institucional, e sim ao modo como este desenho se articula com a organização da sociedade civil bem como com a vontade política de implementar desenhos participativos.

Diante dessa diversidade de arranjos institucionais que buscam propiciar os processos participativos através de diversos formatos, Fung (2004) defende a criação de instâncias múltiplas como uma forma de melhorar a governança democrática. Esse autor discorre sobre quais seriam as principais escolhas para o desenho institucional participativo e como essas escolhas podem contribuir para essa governança democrática. Esses instâncias são criadas a partir da reunião de cidadãos a fim de participar em deliberações públicas organizadas de maneira autoconsciente. Partindo das definições de Robert Dahl, Fung (2004) denomina de "minipúblicos" esses esforços de aperfeiçoar a esfera pública. Tais minipúblicos contribuem para aprimorar a qualidade do engajamento cívico e da deliberação pública. Além disso, pode-se dizer que no aperfeiçoamento da esfera pública, os minipúblicos são importantes porque estão entres os esforços construtivos atuais com maior alcance de engajamento cívico e deliberação.

A partir dessa perspectiva, Fung (2004) elenca as oito escolhas mais importantes para o desenho institucional desses minipúblicos. A primeira delas refere-se a sua concepção e tipologia, que variam de acordo com as funções dos mesmos. Os fóruns educativos correspondem a uma concepção de minipúblico que lida com problemas de representação, razoabilidade e informação a partir da conversação entre os cidadãos sobre determinados assuntos públicos. O conselho consultivo participativo, vão além das discussões para aperfeiçoar a qualidade da deliberação visto que desenvolvem ligações com os tomadores de decisões a fim de transferir ao governo as preferências alinhadas por eles. A cooperação para a resolução participativa de problemas envolve um entrelaçamento contínuo entre Estado e os cidadãos objetivando solucionar problemas coletivos que necessitam maior atenção. Por fim, a quarta tipologia é denominada governança democrática participativa é a concepção que incorpora a participação direta do cidadão na elaboração de políticas públicas.

A segunda escolha referente a esse desenho participativo é a da seleção e recrutamento dos participantes. Esta decisão trata da dificuldade de se estabelecer quem serão os participantes de um minipúblico uma vez que, mesmo as instâncias sendo abertas, as pessoas que comparecem podem ser apenas aquelas que dispõem de recursos para tal e não aquelas que efetivamente tem seus interesses envolvidos nas deliberações. Assim são propostas soluções no sentido de escolher participantes que espelhem a população em geral, realizar um recrutamento com a população e/ou criar incentivos estruturais para que os cidadãos com menos recursos participem.

O tema e o escopo da deliberação correspondem à terceira escolha, ou seja, qual a matéria da deliberação e, conseqüentemente, com o que (ou até em que tanto) os participantes contribuirão no decorrer do processo. Assim algumas deliberações podem exigir um nível de conhecimento específico sobre um tema ou até pode trazer a tona informações às quais os atores políticos não teriam acesso de outra maneira. Uma quarta escolha refere-se a como serão organizadas as discussões em um minipúblico. De acordo com Fung, "qualquer processo deliberativo determinado terá escopos e obstáculos mais específicos com os quais ele deve lidar através da preparação, facilitação e estruturação da discussão" (2004, p. 180). Assim, essa escolha refere-se a facilitação da expressão dos diversos indivíduos através de concessão de tempo, ou a geração de consenso através da criação de participantes informados, etc.

A quinta decisão relacionada ao desenho dos minipúblicos é a freqüência dos encontros entre os participantes. Nesse quesito, mais não significa melhor visto que se o propósito de sua formação se refere a assunto estável não necessariamente são necessárias

muitas reuniões. Já no caso de tipos de minipúblicos dedicados à governança democrática, em que suas decisões devem ser sempre atualizadas, a periodicidade das reuniões deveria ser menor. Além disso, na sexta escolha, tem-se as apostas, ou seja, o por que do interesse dos cidadãos em relação ao(s) assunto(s) tratados. Quando as apostas que os indivíduos fazem na deliberação são baixas, esta é considerada *fria* uma vez que os participantes entram na discussão sem posicionamentos fixos. Em contraposição, quando os participantes tem muitos interesses em jogo, a deliberação é *quente*, na qual, segundo Fung (2004), estes investirão mais energia e recursos.

A sétima e oitava escolha correspondem, respectivamente, ao empoderamento e ao monitoramento dos minipúblicos. O empoderamento refere-se a capacidade de influência das deliberações na tomada de decisões. Nem todos os minipúblicos devem ser empoderados, alguns podem não possuir qualidade em suas deliberações ou até mesmo uma reivindicação legítima, já outros podem ter no empoderamento uma ferramenta de *accountability* e como uma forma de atrair mais participantes e atribuir seriedade e credibilidade às discussões visto que resultarão em consequências tangíveis. O monitoramento das decisões e resultados alcançados dentro do minipúblico pode contribuir para o aprendizado público e fortalecimento da cidadania. Além disso, o monitoramento relaciona-se também com o controle sobre as ações do poder público, representando uma ferramenta de acompanhamento e pressão sobre a ação pública.

Segundo Fung (2004, p.10), "um minipúblico saudável contribui para a qualidade da governança democrática de diversas maneiras". Essas contribuições são consequências da maneira como as escolhas de desenho institucional analisadas anteriormente tornam os minipúblicos menos ou mais propensos a realizá-la.

Uma destas contribuições é o aumento do engajamento cívico, que inclui em suas dimensões a quantidade de participação como uma medida do sucesso da instância, o perfil dos participantes em relação ao esperado e a qualidade da deliberação desenvolvida. Um segundo feixe de contribuições engloba a obtenção de mais informação tanto por parte dos políticos e representantes acerca dos valores e interesses dos cidadãos como um maior acesso à informação pelos próprios cidadãos participantes. Além disso, contempla também a contribuição para o desenvolvimento de habilidades e disposição democrática. O terceiro grupo aborda como as escolhas referentes ao desenho institucional permitem ou não elevar a *accountability* dos agentes públicos, como contribuem para a melhora da justiça da política no sentido de inclusão e oportunidade de participação.

É importante ressaltar também que de acordo com Fung (2004), a deliberação pode contribuir de três formas para a eficácia das políticas públicas. A primeira delas relaciona-se ao proporcionamento de oportunidades de realizar ponderações, modificações e adaptações na política por parte dos envolvidos, aumentando sua legitimidade. Em segundo lugar, os minipúblicos podem agrupar cidadãos com maior informação acerca de uma determinada área de políticas públicas em comparação com os representantes. Por fim, estes arranjos podem contribuir para melhorar a implementação de determinadas políticas.

Uma última e não menos importante contribuição diz respeito à mobilização que as deliberações dentro desses públicos pode efetuar com os cidadãos que estão de fora dele. A capacidade de mobilização dos minipúblicos pode ser mais efetiva se este lida com um problema proeminente e também se suas deliberações fazem a diferença com relação a este problema, ou seja, se existe empoderamento.

Assim, o funcionamento dos canais de participação depende tanto da estruturação dessas instâncias quanto da disposição, vontade e capacidade dos atores sociais em participar. A mobilização desses atores é importante seja para participar seja para promover um maior envolvimento dos mesmos.

Mobilização Social

De acordo com Costa (2004), projetos que visam impactar diversas dimensões da vida dos destinatários, ou seja, que tem por objetivo ou dependem para o seu êxito da modificação de valores, atitudes e comportamentos por parte dos destinatários requerem, do ponto de vista de sua organização, o envolvimento, a participação e adesão por parte dos mesmos durante todo o ciclo da política. Isto se deve ao fato de para que esses projetos alcancem seus objetivos, se faz necessário um comportamento cooperativo por parte dos envolvidos ou até de famílias e comunidades como um todo, de maneira que a construção de legitimidade entre os implementadores e os destinatários é um elemento central.

Desse modo, uma mudança de comportamento almejada por um projeto requer que os destinatários se envolvam e participem do mesmo, requerendo a mobilização dos mesmos para tal. A participação social pode ser um importante instrumento na mobilização da sociedade em torno de uma causa e de seu envolvimento por ela. À medida que incorpora as visões e interesses complexos dos diversos atores nas deliberações, estes podem mobilizar os cidadãos que estão de fora do processo, que o desconhecem ou que ainda não manifestaram interesse por ele.

De acordo com Toro e Werneck (2007, p. 13), “mobilizar é convocar vontades para atuar na busca de um propósito comum, sob uma interpretação e um sentido também compartilhados”. Ao utilizar a expressão “convocar vontades”, os autores se referem a convocar decisões, ações e discursos no sentido de um objetivo comum. Os autores ressaltam ainda que toda mobilização é orientada por um objetivo predefinido e que deve estar orientada para um projeto de futuro, ou seja, se seus propósitos são momentâneos e passageiros configura-se em uma campanha ou em um evento, e não em um processo de mobilização.

A mobilização social é reconhecida como um ato de comunicação sem, entretanto se confundir com propaganda ou divulgação. Ela exige ações de comunicação no seu sentido amplo, no que tange a um processo de compartilhamento de discurso, visões e informações.

Esses autores buscam destacar a importância de uma responsabilização da própria sociedade pela ordem social em que se vive. A partir do momento em que se quer atingir uma mudança social, deve-se buscar assumir também a responsabilidade do cidadão nessa transformação. O desafio de se construir um país desenvolvido socialmente e economicamente passa tanto pelo Estado quanto pela sociedade. Dentro desta perspectiva, emprega-se o conceito de produtividade em um sentido que transborda o raciocínio econômico, já que inclui também a produtividade social, sendo esta a responsabilidade da sociedade de ser capaz de criar instituições públicas eficientes e de ajudar a construir um país produtivo.

O primeiro passo no planejamento de um processo de mobilização social é a explicitação do propósito do mesmo. Este propósito deve expressar o a finalidade da mobilização, ou seja, aonde se quer chegar. Além disso, é importante que ele represente o interesse compartilhado pelos atores envolvidos. De acordo com Whitaker (1993) citado em Toro e Werneck (2007, p. 40), “a participação será mais assumida, livre e consciente, na medida em que os que dela participem perceberem que a realização do objetivo só pode ser alcançado se houver efetiva participação.”

Dentro do campo de atores que dão início a esse processo de mobilização está o chamado “produtor social”, que são as pessoas ou instituições capazes de fornecer as condições tanto técnicas quanto econômicas que viabilizem as ações mobilizatórias (TORO E WERNECK, 2007). Podendo representar, por exemplo, uma instituição do Estado, uma ONG, uma empresa, dentre outros. O produtor social é responsável por conduzir o processo de maneira que ele tenha legitimidade política e social, sendo que não deve

considerado o dono do projeto e sim um precursor de um movimento que incorpora o desejo de mudança compartilhado.

Outro papel importante é o empreendido pelo “reeditor social”, aquele que ocupa um papel reconhecido socialmente de forma que possui credibilidade e legitimidade para introduzir sentidos frente a seu público, ou seja, que é capaz de gerar mudanças nas formas de pensamento no seu público. Este agente tem capacidade de receber uma mensagem e interpretá-la e adequá-la da melhor maneira às pessoas com as quais lida, como é o caso, por exemplo, de um educador ou de um líder comunitário. Esse grupo atua de maneira conjunta aos produtores sociais (TORO E WERNECK, 2007).

Logo, convém destacar que o planejamento dos processos de mobilização social envolve três atividades, sendo elas a estruturação das redes de reeditores, a conversão do imaginário em materiais e mensagens que possam ser usados no campo de atuação do reeditor e a estruturação dos sistemas de coletivização. A primeira delas se refere a identificação dos reeditores que se relacionam com os setores a serem mobilizados. A segunda diz respeito aos materiais que devem ser preparados a fim de possibilitar a divulgação da informação e da convocação. Por fim, a última delas trata do planejamento de como serão feitas a convocação, os eventos e campanhas e o registro das atividades. É importante ressaltar também que esse processo pode enfrentar várias dificuldades e limitações. Ao lidar com elas, sempre deve-se ter em mente que o processo precisa ser guiado por um objetivo comum e que seja compartilhado por dele quem participa.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho buscou em um primeiro momento abordar um pouco da evolução da teoria democrática contemporânea bem como os principais aspectos relacionados à participação e mobilização social. No que tange as concepções democráticas, observa-se que as teorias de democracia participativa e deliberativa vieram como uma maneira de complementar os limites da democracia representativa. Nesta perspectiva o cidadão comum era dotado de pouca capacidade e interesse em participar efetivamente na esfera pública, sendo assim seu papel deveria ser restrito ao voto.

Diante dessa lógica que subestima a capacidade do cidadão comum de participar da atividade política, desenvolveu-se a partir dos anos 60 uma concepção participativa de democracia na qual se defende uma ampla participação dos cidadãos como uma forma de tornar o governo mais democrático como também desenvolver capacidades sociais e políticas de cada indivíduo. Ao lado dessa concepção, a teoria da democracia deliberativa também trouxe críticas ao modelo elitista que restringe a participação ao voto, propondo

um aperfeiçoamento democrático a partir da comunicação entre os cidadãos que permitem o compartilhamento de suas visões de mundo e uma argumentação que levariam a geração de consenso acerca das preferências e soluções dos problemas sociais. As demandas sociais oriundas desses processos de comunicação teriam o papel de exercer influência de pressão na tomada de decisões estatal ou mesmo, considerando os desenvolvimentos teóricos mais recentes neste campo, ocorrer por meio de formas de participação e deliberação institucionalizadas.

Desse modo, essas duas vertentes teóricas contemporâneas propõem alternativas de participação e deliberação, que geram oportunidades não só dos cidadãos tomarem parte nas decisões bem como o desenvolvimento das virtudes da cidadania. A participação social é então considerada nessa nova perspectiva como uma forma de aprofundar a democracia e complementar a representação em uma sociedade complexa e plural.

Nesse sentido, a sociedade tem cada vez mais reivindicado a participação no processo decisório e nas políticas públicas como um direito de cidadania, o que acaba por resultar em uma incorporação dessa participação dentro da própria estrutura estatal através de instituições criadas para tal como os conselhos de políticas públicas, a gestão participativa do orçamento, os fóruns e audiências públicas, as conferências, dentre outras instâncias que hoje permeiam o Estado.

Conclui-se que para que a democracia brasileira seja aperfeiçoada é necessário de uma participação efetiva da sociedade, e que esta faça uso dos diversos meios de fiscalização dos governantes.

REFERÊNCIAS

AVRITZER, Leonardo. **A moralidade da democracia: ensaios em teoria habermasiana e teoria democrática**. Coleção debates. São Paulo: Perspectiva; Belo Horizonte: Editora UFMG, 1996.

_____, Leonardo. **Democracy and the public space in Latin America**. Oxford: Princeton University Press, 2002.

_____, Leonardo. Instituições participativas e desenho institucional: algumas considerações sobre a variação da participação no Brasil democrático. **Opinião pública**, Campinas, v. 14, n. 1, p. 43-64, junho 2008.

AVRITZER, Leonardo; PEREIRA, Maria de Lourdes Dolabela. Democracia, participação e instituições híbridas. **Teoria e Sociedade**, número especial, 2005.

BRASIL. Constituição (1988) **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988. 168p.

COSTA, Bruno Diniz L. Política, instituições e estratégia de implementação: Elementos para a análise de políticas e projetos sociais. In: CARNEIRO, Carla Bronzo L.; COSTA, Bruno Diniz L. **Gestão social: o que há de novo?** Belo Horizonte: Fundação João Pinheiro, 2004, v. 2.

DAGNINO, Evelina. **Sociedade civil e espaços públicos no Brasil**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2002.

FARIA, Cláudia Feres. O que há de *radical* na teoria democrática contemporânea: a análise do debate entre ativistas e deliberativos. In: Encontro da Associação Brasileira de Ciência Política, 6, 2008, Campinas. **Anais...** Campinas: UNICAMP, 2008.

FUNG, Archon. Associations and democracy: Between Theories, Hopes, and Realities. **Annual Review of Sociology**, v. 29, p. 515-539, jun. 2003. Disponível em: <<http://www.archonfung.com/docs/articles/2003/FungAnnRevSoc03.pdf>>. Acesso em: 16 de novembro de 2014.

_____, Archon. Receitas para esferas públicas: oito desenhos institucionais e suas conseqüências. In: COELHO, Vera Schattan P.; NOBRE, Marcos (Org.). **Participação e deliberação: teoria democrática e experiências institucionais no Brasil contemporâneo**. São Paulo: Ed 34, 2004.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre factilidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v.2.

HABERMAS, Jürgen. **The theory of communicative action**. Boston: Beacon Press, 1984.

_____, Jürgen. **The theory of communicative action: lifeworld and system: a critique of functionalist reason**. Boston: Beacon, 1989, v.2

LUCHMANN, Lígia Helena H. **Possibilidades e limites da democracia deliberativa: a experiência do Orçamento Participativo de Porto Alegre**. 2002. 215f. Tese (Doutorado em Ciências Sociais) - Departamento de Ciência Política do Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2002.

PATEMAN, Carole. **Participação e teoria democrática**. Tradução de Luiz Paulo Rouanet. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992.

SANTOS, Boaventura de Souza. A reinvenção solidária e participativa do Estado e sociedade. In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL SOCIEDADE E A REFORMA DO ESTADO, 1998, Brasília, **Anais...** Brasília: Mare, 1998, p.109-125.

TEIXEIRA, Ana Cláudia Chaves. A atuação das organizações não governamentais: entre o Estado e a sociedade. In: DAGNINO, Evelina (Org.). **Sociedade civil e espaços públicos no Brasil**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2002.

TEIXEIRA, Elenaldo. **Sociedade civil e participação cidadã no poder local**. Salvador: UFBA, 2000.

TORO, José Bernardo; WERNECK, Nísia Maria D. **Mobilização social**: um modo de construir a democracia e a participação. Belo Horizonte: Autêntica, 2007.

A DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO DE 1789

BENIGNO NÚÑEZ NOVO: Pós-doutorando em direitos humanos, sociais e difusos pela Universidad de Salamanca, doutor em direito internacional pela Universidad Autónoma de Asunción, mestre em ciências da educação pela Universidad Autónoma de Asunción, especialista em educação: área de concentração: ensino pela Faculdade Piauiense e bacharel em direito pela Universidade Estadual da Paraíba.

RESUMO: Este artigo tem por objetivo de forma sucinta fazer uma análise sobre a declaração dos direitos do homem e do cidadão de 1789.

PALAVRAS-CHAVE: Declaração. Direitos do homem. Cidadão.

RESUMEN: Este artículo tiene como objetivo analizar brevemente la declaración de los derechos de lo hombre y ciudadano de 1789.

PALABRAS CLAVE: Declaración. Derechos de lo hombre. Ciudadano.

ABSTRACT: This article aims to succinctly analyze the 1789 declaration of human and citizen rights.

KEYWORDS: Declaration. Rights of man. Citizen.

INTRODUÇÃO

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (em francês: Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen) é um documento culminante da Revolução Francesa, que define os direitos individuais e coletivos dos homens (tomada, teoricamente, a palavra na acepção de "seres humanos") como universais.

Inspirada na declaração da independência americana de 1776 e no espírito filosófico do século XVII, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão marca o fim do Antigo Regime e o início de uma nova era. Elaborado durante a Revolução Francesa de 1789, e que iria refletir a partir de sua divulgação, um ideal de âmbito universal, ou seja, o de liberdade, igualdade e fraternidade humanas, acima dos interesses de qualquer particular.

Uma pesquisa bibliográfica e histórica devido a importância da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 para o mundo ocidental no que se refere aos direitos individuais e coletivos dos homens como direitos universais.

DESENVOLVIMENTO

Após a Revolução Francesa em 1789, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão concedeu liberdades específicas da opressão, como uma “expressão da vontade geral”. O povo de França levou a cabo a abolição da monarquia absoluta e o estabelecimento da primeira República Francesa.

Ela define direitos “naturais e imprescritíveis” como a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão. A Declaração reconhece também a igualdade, especialmente perante a lei e a justiça. Por fim, ela reforça o princípio da separação entre os poderes.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (DDHC) foi um marco histórico muito importante para o mundo ocidental, pois representou a base do sistema democrático ocidental e que até hoje influencia a vida dos cidadãos, principalmente porque significa mais do que um sistema de governo, uma modalidade de Estado, um regime político ou uma forma de vida. A democracia, inserida na Declaração dos Direitos Humanos, nesse fim de século, tende a se tornar, ou já se tornou, o mais importante direito dos povos e dos cidadãos. É um direito de qualidade distinta, de quarta geração que garante aos cidadãos a liberdade conquistada através da democracia plena.

Com a Revolução Francesa e a defesa dos ideais “liberté, égalité, fraternité”, houve a derrubada de um dos mais importantes símbolos do totalitarismo francês, conhecida como A Queda da Bastilha. Foi neste momento que a Assembleia Nacional Constituinte da França aprovou, em 26 de agosto de 1789, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.

Centrada na ideia de definir os direitos individuais e coletivos dos homens como universais, o documento se propõe a promover a liberdade, igualdade e fraternidade. O documento, com 17 artigos e um preâmbulo dos ideais libertários e liberais da Revolução Francesa, representa um marco importantíssimo, pois foi a partir dele que outros surgiram, sempre defendendo os direitos da pessoa humana.

Declaração de direitos do homem e do cidadão – 1789

Os representantes do povo francês, reunidos em Assembleia Nacional, tendo em vista que a ignorância, o esquecimento ou o desprezo dos direitos do homem são as únicas causas dos males públicos e da corrupção dos Governos, resolveram declarar solenemente os direitos naturais, inalienáveis e sagrados do homem, a fim de que esta declaração, sempre presente em todos os membros do corpo social, lhes lembre permanentemente seus direitos e seus deveres; a fim de que os atos do Poder Legislativo e do Poder Executivo, podendo ser a qualquer momento comparados com a finalidade de toda a instituição política, sejam por isso mais respeitados; a fim de que as reivindicações dos cidadãos,

doravante fundadas em princípios simples e incontestáveis, se dirijam sempre à conservação da Constituição e à felicidade geral.

Em razão disto, a Assembleia Nacional reconhece e declara, na presença e sob a égide do Ser Supremo, os seguintes direitos do homem e do cidadão:

Art.1º. Os homens nascem e são livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundamentar-se na utilidade comum.

Art. 2º. A finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a propriedade a segurança e a resistência à opressão.

Art. 3º. O princípio de toda a soberania reside, essencialmente, na nação. Nenhuma operação, nenhum indivíduo pode exercer autoridade que dela não emane expressamente.

Art. 4º. A liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique o próximo. Assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela lei.

Art. 5º. A lei não proíbe senão as ações nocivas à sociedade. Tudo que não é vedado pela lei não pode ser obstado e ninguém pode ser constrangido a fazer o que ela não ordene.

Art. 6º. A lei é a expressão da vontade geral. Todos os cidadãos têm o direito de concorrer, pessoalmente ou através de mandatários, para a sua formação. Ela deve ser a mesma para todos, seja para proteger, seja para punir. Todos os cidadãos são iguais a seus olhos e igualmente admissíveis a todas as dignidades, lugares e empregos públicos, segundo a sua capacidade e sem outra distinção que não seja a das suas virtudes e dos seus talentos.

Art. 7º. Ninguém pode ser acusado, preso ou detido senão nos casos determinados pela lei e de acordo com as formas por esta prescritas. Os que solicitam, expedem, executam ou mandam executar ordens arbitrárias devem ser punidos; mas qualquer cidadão convocado ou detido em virtude da lei deve obedecer imediatamente, caso contrário torna-se culpado de resistência.

Art. 8º. A lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias e ninguém pode ser punido senão por força de uma lei estabelecida e promulgada antes do delito e legalmente aplicada.

Art. 9º. Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei.

Art. 10º. Ninguém pode ser molestado por suas opiniões, incluindo opiniões religiosas, desde que sua manifestação não perturbe a ordem pública estabelecida pela lei.

Art. 11º. A livre comunicação das ideias e das opiniões é um dos mais preciosos direitos do homem. Todo cidadão pode, portanto, falar, escrever, imprimir livremente, respondendo, todavia, pelos abusos desta liberdade nos termos previstos na lei.

Art. 12º. A garantia dos direitos do homem e do cidadão necessita de uma força pública. Esta força é, pois, instituída para fruição por todos, e não para utilidade particular daqueles a quem é confiada.

Art. 13º. Para a manutenção da força pública e para as despesas de administração é indispensável uma contribuição comum que deve ser dividida entre os cidadãos de acordo com suas possibilidades.

Art. 14º. Todos os cidadãos têm direito de verificar, por si ou pelos seus representantes, da necessidade da contribuição pública, de consenti-la livremente, de observar o seu emprego e de lhe fixar a repartição, a coleta, a cobrança e a duração.

Art. 15º. A sociedade tem o direito de pedir contas a todo agente público pela sua administração.

Art. 16.º A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição.

Art. 17.º Como a propriedade é um direito inviolável e sagrado, ninguém dela pode ser privado, a não ser quando a necessidade pública legalmente comprovada o exigir e sob condição de justa e prévia indenização. (In Textos Básicos sobre Derechos Humanos. Madrid. Universidad Complutense, 1973, traduzido do espanhol por

Marcus Cláudio Acqua Viva. APUD. FERREIRA Filho, Manoel G. et. alli. *Liberdades Públicas* São Paulo, Ed. Saraiva, 1978).

A Declaração contribuiu para a positivação de importantes direitos inerentes à toda pessoa humana, que hoje estão positivados em todos os textos referentes aos direitos humanos, bem como em todas as legislações constitucionais dos países democráticos.

O espírito da Revolução Francesa influenciou não só as nações europeias, mas diversas regiões de todo o mundo, existindo relatos de citações ocorridas no Brasil, na Conspiração Baiana de 1798, claramente influenciadas pelas mesmas ideias que fizeram sucumbir a Bastilha. Além disso, o texto da Declaração serviu de base para similares na Europa, e, integra, até hoje, o direito positivo francês, como parte integrante da sua constituição (FRANCE, 2012).

A importância desse documento nos dias de hoje é ter sido a primeira declaração de direitos e fonte de inspiração para outras que vieram posteriormente, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos aprovada pela ONU (Organização das Nações Unidas), em 1948.

CONCLUSÃO

Um marco para a concretização da dignidade do povo francês, que se via encurralado pela opressão do Regime Absolutista, e procurava meios para a sua libertação. As principais ideias da Declaração Universal dos direitos do Homem e do Cidadão são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão. A difusão pelo mundo do lema de liberdade, igualdade e fraternidade humanas, acima de quaisquer dos interesses de qualquer particular.

A DDHC também inspirou a constituição nacional dos países, como a que vigorou na Alemanha entre o fim da Primeira Guerra Mundial, em 1919, e o início do regime nazista, em 1933, período conhecido como República de Weimar. Abalou as estruturas do absolutismo europeu. O estatuto da igualdade deu fim ao princípio de que os reis eram indicados por Deus e que os servos deveriam se resignar com a vontade divina, servindo aos seus senhores. O estatuto da liberdade atingiu não apenas o indivíduo, mas também a economia. Os burgueses não precisavam mais se submeter aos interesses econômicos da Corte e sim aos princípios do livre mercado e comércio. Esses novos princípios desencadearam movimentos revolucionários por toda a Europa, além de guerras pela independência nas colônias por todo o século XIX.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

FRANCE. **La Constitution de la V République**. Paris: Gualino, 2012.

ONU. Brasil. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>. Acesso em: 07 ago. 2021.

VIVA, MARCUS CLÁUDIO ACQUA; APUD. FERREIRA FILHO, MANOEL G. ET. ALI. **In Textos Básicos sobre Derechos Humanos**. Madrid. Universidad Complutense, 1973. *Liberdades Públicas* São Paulo, Ed. Saraiva, 1978.

INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E O RECONHECIMENTO FACIAL DE PESSOAS NEGRAS.

ERIKA SILVA BORGES:

Graduação completa pelo curso de Direito.

RESUMO: A inteligência artificial é uma vasta área que tem crescido no mundo, tendo reflexos na vida de cada indivíduo que tem agora sua imagem registrada por câmeras de segurança que fazem comparações a todo instante com imagens armazenadas na memória como meio de identificar criminosos que estão foragidos. O reconhecimento facial é um conjunto de traços tecnológicos que medem a distância dos olhos e o sorriso fazendo distinção de uma face para outra. Essa tecnologia, que é nova e tem sido difundida em vários países, traz à tona questões como a segurança dos dados pessoais que podem ser utilizados por terceiros de má-fé. O presente estudo tem como foco a atuação da inteligência artificial no reconhecimento facial de pessoas negras que em sua maioria são presas e confundidas por falha do sistema de reconhecimento, como enfoque no Brasil e nos Estados Unidos, pela recente adesão ao método de segurança tecnológica em grandes centros regionais. O presente trabalho tem como técnica de pesquisa a referência bibliográfica e como meio de pesquisas, sites de busca, livros, artigos científicos e a norma brasileira. Busca-se apresentar e conceituar o termo com a intenção de consagrá-lo a um estudo mais profundo pelos acadêmicos e profissionais.

Palavras-Chave: Criminologia; Direitos Humanos; Relações Étnico-Raciais; Aprendizado de Máquinas; Biometria Facial.

SUMÁRIO: Introdução, 1. Do reconhecimento facial, 2. Inteligência artificial e a aprendizagem de máquina, 2.1 Reconhecimento facial como único meio de prova, 2.2 Informações processadas pelos algoritmos que tendência ao racismo, 2.3 Necessidade de aprimoramento da ia e a inserção de elemento de aleatoriedade como medida de predição dos algoritmos, 2.4 Necessidade de aprimoramento da ia e a inserção de elemento de aleatoriedade como medida de predição dos algoritmos, 3. A importância de mapeamento de dados não estruturados, Conclusão.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa abordar a atuação da IA (Inteligência Artificial) no reconhecimento facial de pessoas negras, o qual se baseia na ciência da Informática, telemática e da ciência da computação para traçar o perfil algorítmico dos dados matemáticos e geométricos que influenciam na identificação das pessoas, utilizando aspectos de reincidência de presidiários, foragidos e criminosos. Os crimes em questão são cometidos por todo e qualquer cidadão, porém em sua maioria são identificadas pessoas jovens e negras. Tem-se, como finalidade colaborar com o

juízo justo para as pessoas que são incriminadas erroneamente nos processos jurídicos criminais.

Nesse diapasão, é importante elucidar como surgiu o termo “IA”, cujo nome apareceu em 1956 por John McCarthy. A Inteligência Artificial compreende máquinas que são capazes de desempenhar tarefas que são características da inteligência humana. Mais importante ainda, isso inclui planejamento, compreensão da linguagem, objetos e sons familiares, aprendizagem, resolução de problemas e muito mais.

Vale ressaltar que, para chegar ao resultado de hoje sobre a inteligência artificial e o reconhecimento facial de pessoas negras, ocorreu o estudo realizado por profissionais da área da Ciência da Informática baseado na psicologia investigativa.

Os crimes mais recorrentes ocorridos nesse contexto direcionaram-se a aprofundar-se nas ações realizadas pela inserção de dados que reconhecem o agente infrator, apresentado como segurança e privacidade individual. Para alcançar o objetivo de identificar a base de dados que é inserido na alimentação computacional da rede “neural” da “internet” que diferencia os indivíduos pela identificação facial.

Neste viés, verifica-se que esta é uma área nova aplicada no Brasil, que diferentemente dos Estados Unidos tem tido maior adaptabilidade. Mesmo ainda recente, é notável a importância do trabalho realizado pela identificação por reconhecimento facial, pois garante mais agilidade e maior segurança para os policiais, embora não exista comprovação específica de que esse ambiente seja totalmente seguro e eficaz.

A metodologia adotada é a pesquisa bibliográfica elaborada a partir de material teórico, disponível em livros, através de sites de busca, material digital, artigos publicados em revistas especializadas principalmente de cunho jurídico nacional ou internacional, doutrinas jurídicas, legislação e notícias em jornais pertinentes ao tema, com revisão de literatura elaborada segundo o método dedutivo de pesquisa, que parte de proposições gerais do enviesamento em prejuízo às pessoas negras.

1.DO RECONHECIMENTO FACIAL

O reconhecimento facial, área que trabalha à biometria dos traços faciais humanos, detecta traços geométricos medindo distância entre nariz, olhos, queixo e boca identificando até mesmo cicatrizes existentes na face como também o contorno do rosto no qual é identificado pelo sistema operacional de forma algorítmica com código binário que são uma sequência numérica utilizada pelos computadores.

Através de câmeras de dispositivos móveis é possível fazer comparações de pontos estratégicos na face que chama-se “pontos nodais” que detectam os indivíduos através de câmeras de segurança nas cidades, metrô e órgãos públicos. Com uma precisão de 96%

os programas de computadores conseguem identificar os indivíduos a partir do rastreamento da captura de imagens onde é feita a ligação dos traços faciais.

Para o âmbito judicial fazer uso do reconhecimento facial com o intuito de identificar suspeitos e foragidos da polícia, por intermédio de comparações em um banco de dados onde ficam armazenados uma série de capturas fotográficas que não são totalmente eficazes devido ao ângulo, sombras e qualidade ruim e abrem margem a erros que podem causar sérios danos a um cidadão que não tenha praticado crime, mas que pelo reconhecimento facial pode acabar incriminado.

No ano de 2020 iniciou-se a identificação biométrica, facial e digital na polícia civil que, por sua vez, afirmou que essa tecnologia não seria utilizada “isoladamente como meio de prova” contudo, em número cada vez crescente as pessoas negras têm sido identificadas e presas devido a dados enviesados que podem analisar as pessoas negras como predispostas a praticar delitos, o que fere os direitos à privacidade.

As pessoas negras são afetadas por esse sistema de segurança de reconhecimento facial devido à oposição das máquinas em reconhecer tonalidades de peles negras agravado pelo grande número de dados de pessoas brancas inseridos na IA. Entretanto, isso não significa que as máquinas são racistas, haja vista que as máquinas não podem raciocinar de forma própria, mas sim aprender com as informações que lhe são passadas.

É imperioso mencionar a necessidade de investimento dos órgãos públicos nas instalações de vigilância tecnológica, haja vista que uma captura de imagem em local sem iluminação e baixa resolução pode tornar mais favorável o índice de erro na identificação de sujeitos. Os orçamentos disponibilizados para a área de segurança pública ainda é baixo e levando em consideração o progresso de um aparato tecnológico em capitais e regiões de interior reduziria constrangimentos e prisões injustas.

2. INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E A APRENDIZAGEM DE MÁQUINA

A inteligência artificial diferencia-se do Reconhecimento Facial pela capacidade de resolver problemas de forma inteligente com habilidades que se assemelham a compreensão humana, aprendendo com os dados que são inseridos em seu sistema, seja através da análise de fotos, vídeos ou documentos.

A temática no âmbito da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), lei 13.709/2018, concede proteção adentrando no quesito de terceiro se utilizar de informações privadas e define os direitos e responsabilidades sobre a devida forma de tutelar dado importante e sigiloso. A Resolução do CNJ 332/2020 versa a respeito do uso da IA por meio dos princípios morais. Os quais são analisados no parâmetro da possível inserção do reconhecimento facial na persecução penal.

Em Aprendizagem de Máquina, dispositivos computacionais são programados para aprender a partir de experiências passadas. Para tal, frequentemente empregam um princípio de inferência denominado indução, que permite extrair conclusões genéricas a partir de um conjunto particular de exemplos.

A Inteligência Artificial tem uma importância fundamental na vida das pessoas, haja vista que se tornou uma verdadeira auxiliar na resolução de casos, devido a sua velocidade na identificação de suspeitos e foragidos e para traçar um viés de dados que alimentam a IA com informações contendo fotos e descrições de criminosos até mesmo descrevendo cor da pele, é necessário entender se a tecnologia do reconhecimento facial é eficaz ou é passível de erros quanto à identificação da cor da pele.

A IA permite, a partir da tecnologia, em considerável medida, alterar a relação entre pessoas, potencializando suas capacidades criativas e habilidades. Tem, assim, uma função disruptiva e está diretamente associada à produtividade de ações e conhecimentos. A IA associa-se à engenhosidade humana, contribuindo com velocidade e precisão, especialmente em tarefas que demandariam muito tempo, repetição de esforços e fidelidade de parâmetros (PEIXOTO e SILVA, 2019, p. 21).

No entanto, durante o processo de aprendizagem, os algoritmos de aprendizagem de máquina procuram produtos que possam promover a relação entre o comportamento preditivo e objetivo nos modelos possíveis. (CARVALHO, 2021, p. 5).

É através dos algoritmos inseridos na máquina que irão realizar uma tarefa de busca até chegar aos criminosos, a mostrar-nos assim um identificado pelo reconhecimento facial, pondo em questão fatores importantes como a segurança e privacidade de dados pessoais. No Brasil, trata-se de uma forma de perícia policial com a finalidade de colaborar com as investigações e auxiliar os profissionais de âmbito forense.

Conforme a LGPD em seu artigo Art. 5º consideram-se dado sensível os dados relacionados a:

II - dado pessoal sensível: dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural (BRASIL, 2019).

A partir da definição da LGPD, averigua-se que o termo dado sensível é passível de discussão, haja vista, que merece um parâmetro exclusivo na segurança pública, sendo

necessário que a inclusão de assuntos como: mecanismos de avaliação de impacto e monitoramento do uso dessas tecnologias, e outros dispositivos que se fazem imprescindíveis para a garantia de que o direito à privacidade dos cidadãos não seja violado.

O Art.7º da LGPD, o qual trata dos Requisitos para o Tratamento de Dados Pessoais impõe que somente poderá ser realizado nas seguintes hipóteses:

Art. 7º O tratamento de dados pessoais somente poderá ser realizado nas seguintes hipóteses:

I - mediante o fornecimento de consentimento pelo titular;

II - para o cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador;

III - pela administração pública, para o tratamento e uso compartilhado de dados necessários à execução de políticas públicas previstas em leis e regulamentos ou respaldadas em contratos, convênios ou instrumentos congêneres, observadas as disposições do Capítulo IV desta Lei (BRASIL, 2019).

O modo indiscriminado da tecnologia de reconhecimento facial tem violado direitos fundamentais da pessoa como o consentimento para utilização de imagem, de tal maneira que lojas comerciais, aplicativos de celulares e até mesmo metrô têm recorrido ao recurso.

Com o mesmo intuito da transparência e governança na produção e no uso da Inteligência Artificial a Resolução Nº 332 de 21/08/2020 dispõe:

Art. 2º A Inteligência Artificial, no âmbito do Poder Judiciário, visa promover o bem-estar dos jurisdicionados e a prestação equitativa da jurisdição, bem como descobrir métodos e práticas que possibilitem a consecução desses objetivos.

O artigo quando menciona a prestação equitativa da jurisdição traz a indagação se o recurso de reconhecimento facial funciona de forma igualitária a todos ou prejudica de forma discriminatória.

2.1 Reconhecimento facial como único meio de prova

Na Constituição Federal a produção da prova é um fator Fundamental, visto que assegura a efetividade ao direito de impetrar ação, com garantia a ampla defesa, o direito

de contradizer, preservando os direitos individuais e coletivos (Art.5º, XXXV, LIV E LV, da CF/1988).

Todavia, independentemente de ser uma proteção e um Direito incontestável mencionado na Carta Magna, a elaboração probatória não abrange soberania total na modificação da veracidade histórica a função dos indivíduos e do Estado, mas contém limitações, de acordo com o que César Dário Mariano da Silva (2009) ensina:

Em qualquer democracia, a ordem constitucional e legal deverá ser obedecida, mormente quando da postulação em Juízo, um dos momentos culminantes do Estado Democrático de Direito. De tal forma, embora a busca da verdade real seja o objetivo principal do processo penal, certos limites deverão ser obedecidos quando da produção probatória.

Na obra do autor Eugênio Pacelli de Oliveira (2011), é descrito no tocante a construção probatória no processo penal:

Para a consecução de tão gigantesca tarefa, são disponibilizados diversos meios ou métodos de prova, com os quais (e mediante os quais) se espera chegar o mais próximo possível da realidade dos fatos investigados, submetidos, porém, a um limite previamente definido na Constituição Federal: o respeito aos direitos e às garantias individuais, do acusado e de terceiros, protegidos pelo imenso manto da inadmissibilidade das provas obtidas ilicitamente.

Para a deliberação é indispensável que o Juiz disponha de convencimento verossímil, ou seja, que não tenha hesitações, dado que se houver deverá estar a favor do acusado.

O Juiz possui o Poder Instrutório, um mecanismo que serve para cumprimento de garantias individuais e coletivas, bem como o empenho necessário pela veracidade dos fatos ocorridos, eliminando contradição e prezando pela paz coletiva, objeto essencial do processo. Logo, deve assegurar a comunidade transparência através de uma decisão com retidão, onde sua efetividade atende na busca de produção da prova capaz de aproximar mais da realidade.

Segundo Palma e Pacheco (2020), foi feito um estudo pela Rede de Observatórios em Segurança das prisões realizadas pelo sistema na Bahia, em que se constatou que a grande maioria foi de pessoas negras, sendo que dos 42 casos em que foi verificado a cor da pele dos apreendidos, a informação apurada foi de que 90,5% eram negras e apenas 9,5% eram brancas. Como resultado observou-se que havia padrão quanto à raça e cor.

Nesse sentido, a constituição de prova criminal fundamentada apenas em um registro fotográfico ou de vídeo pelas câmeras de reconhecimento facial mostra-se insuficiente, visto o sistema de reconhecimento facial ser comprovadamente suscetível a erro para condenar um indivíduo a uma pena gravosa.

É claro que o uso indiscriminado dessa tecnologia infringiu uma série de direitos individuais a privacidade, centenas de pessoas encontram-se hoje encarceradas injustamente e como único meio probatório para constituição de sua pena criminal o reconhecimento facial prejudicado pelo viés racista em sua configuração e de forma perigosa incrimina pessoas inocentes.

É extremamente importante mencionar que o reconhecimento facial que tem sido utilizado no Brasil auxilia o judiciário a penalizar, servindo como meio probatório legal, porém a prova deve servir como um processo justo e democrático que ao final pode-se obter uma decisão com base sólida conjuntamente de elementos de prova previstos nos autos, e não integrado de opiniões e ideologias preconceituosas de terceiros que possam vir a prejudicar e condenar injustamente alguém.

O juiz ao fundamentar-se quanto à validade da prova digital como meio de convencimento probatório deve-se ater se a leitura jurídica sobre o fato e precisa saber se o fato ocorreu ou não e, se sim, todas as circunstâncias. A prova, em linhas gerais, é o meio pelo qual é formada a convicção desse alguém em relação a fato específico (THAMAY e TAMER, 2020).

De tal forma fazer-se uso de mecanismos de convicção como exemplo a prova pericial, serve de instrumento de vistoria que irá contribuir para medidas justas não restando erro na identificação quanto ao real infrator e tampouco abrir brechas para o viés inconsciente que é o estereótipo que todas as pessoas carregam consigo e podem prejudicar decisões sérias, considerando que são capazes de discriminar e possui grandes obstáculos para impedir e responsabilizar os culpados.

O meio probatório pericial, nessa perspectiva, pode ser entendido como o meio transporte do fato para dentro do processo ou procedimento que se dá por uma forma necessária e específica: por meio da tradução técnica especializada. Ou seja, o trabalho do perito é fundamental para que o fato seja compreensível e inteligível. Sem a sua participação técnica (sua tradução) não é possível constatar, com a mínima segurança jurídica necessária, a ocorrência ou não do fato e suas circunstâncias. Em outras palavras, se o fato demandar uma leitura técnica, portanto, a ausência dos trabalhos periciais resulta em meros indícios e mera dedução, estimativa ou cogitação

sobre o fato e suas circunstâncias (THAMAY e TAMER, 2020, p.157-158).

No que lhe concerne, é de suma importância que diante de uma tecnologia inovadora e revolucionária capaz de solucionar crimes, haja melhor aperfeiçoamento como a ajuda pericial que contribui na descoberta minuciosa, para que uma classe minoritária não seja condenada injustamente perpetuando não só na sociedade o racismo, mas também na esfera condenatória da identificação facial.

2.2 Informações processadas pelos algoritmos que tendenciam ao racismo

É inteligível que a inteligência artificial busca permitir, através da combinação de várias tecnologias, que a máquina entenda, aprenda, identifique ou complete a atividade humana. Efetivado com finalidades específicas, em atividades repetitivas, a IA é programada para aprender e agir.

O reconhecimento de imagem facial para prevenção de ocorrências criminais, por exemplo, é utilizado pelas forças policiais de diversos países, inclusive do Brasil. Sua aplicação vai do reconhecimento de suspeitos até o auxílio na localização de foragidos da Justiça, passando por detecção de placas de veículos furtados, aglomerações e atos de violência (ROSA e BERNARDI, 2018, p. 01).

Embora esta tecnologia traga benefícios sociais importantes e até empolgantes, podem acarretar abusos (PEIXOTO e SILVA, 2019). O Big Brother Watch (2017) é um grupo que realiza campanha pelas liberdades civis do Reino Unido que luta por um futuro livre, já discutiu a confiabilidade da tecnologia e seu potencial viés racial.

Ainda que já exista amparo legal em caso de direitos violados a LGPD, em seu artigo 11, explica que de acordo com o que descreve o artigo 5, existe a preocupação com os dados sensíveis que são informações mais delicadas e cujas possibilidades de mau uso (para fins discriminatórios e prejudiciais ao indivíduo, por exemplo) são mais altos. Consequentemente, são conhecidos como dados sensíveis aqueles relativos à crença, raça/etnia, convicção diplomática, orientação sexual e informação gênica ou biométrica (como a biometria facial ou o "DNA" de um indivíduo).

Na respectiva Constituição Federal em seu artigo 5º inciso V e X destaca o direito a indenização em caso de dano material, moral ou à imagem, decorrente de sua violação. O Código civil no Art. 20 também apresenta que a utilização da imagem pessoal de um determinado indivíduo poderá ser vedada, a seu requerimento e sem malefício a indenização que couber, se lhe for afetada a dignidade, a boa fama, o decoro, ou se dispuserem a fins lucrativos.

Como fruto de programação, pode haver a projeção de elementos negativos da própria inteligência humana. Peixoto e Silva (2019) apresentam o contexto de um problema do funcionamento da IA pela métrica usada para tomada de decisão para refletir uma criação humana. Segundo ela, os preconceitos podem surgir muito facilmente em razão da necessidade de treinamento.

Como um sistema probalístico, baseado numa alimentação de dados para determinada conduta, os algoritmos de machine learning podem trazer benefícios ou problemas que refletem discriminação, parcialidades, escolhas ofensivas, desinformações, ou seja, human bias ocorre quando o sistema computacional basicamente reflete os valores implícitos de seu criador, distorcendo o conjunto de dados para o treinamento do sistema (PEIXOTO e SILVA, 2019).

Não obstante, já se mostra a realidade de pessoas que foram alvo da tecnologia de reconhecimento facial e confundido com foragidos da justiça refletindo a importância de aprimoramento diante de algo que reflete na vida de todos e que não deve estigmatizar uma parcela pela da população em razão da cor da pele. Uma condição fundamental para o que está por vir, como a autora denomina de “internet das coisas” é que sua ampliação não seja realizada em desfavor da segurança e da privacidade dos seres humanos (MAGRANI, 2018).

É comprovado que desde a utilização do monitoramento facial no Brasil o número de prisões em decorrência do reconhecimento de imagem se agravou principalmente nas regiões da Bahia, Rio de Janeiro, Santa Catarina e Paraíba, para muitos demonstrando eficiência na segurança pública, porém resultou em um problema mais grave, constrangimento, prisões arbitrárias e violações dos direitos humanos (NUNES, 2019).

Entender o motivo da tendência desse viés que tem apreendido em sua maioria as pessoas negras é relembrar questões históricas e culturais que mostram não ser atual o julgamento pela cor da pele, algo que ainda está tão presente nas relações sociais e agora se integra à tecnologia para determinar a liberdade de seres humanos. Porém, a máquina é submissa a comandos humanos e é através deles que podem ser inseridos preconceitos racistas.

Integrante do Grupo de Pesquisa em Políticas e Economia da Informação e Comunicação da UFRJ, Silvana Bahia ressalta que o racismo algorítmico reproduz e intensifica o racismo presente na sociedade. Nas palavras dela, “o racismo algorítmico ocorre quando sistemas matemáticos ou de inteligência artificial são pautados por informações enviesadas/tortas que alimentam e regem seu funcionamento. As consequências são muitas, mas talvez a maior

delas seja o aumento de desigualdades, sobretudo em um momento onde estamos cada vez mais tendo muitos dos nossos gostos e políticas mediadas por máquinas, com o avanço da tecnologia” (HERCOG e MELO, 2019).

De acordo *mit media lab*, organização acadêmica de pesquisa do mundo Joy Buolamwini (s.d.), poetisa que usa a arte e a pesquisa para iluminar as implicações sociais da inteligência artificial, conta que quando era estudante universitária usou um “software” de detecção facial com IA para um projeto de codificação, o robô que ela programou não conseguia detectar seu próprio rosto. Teve então que pegar emprestado o rosto do colega de quarto de pele clara para terminar a tarefa. Mais tarde, trabalhando em outro projeto como aluna de pós-graduação no MIT Media Lab, recorreu ao uso de uma máscara branca para conseguir ter sua presença reconhecida.

Conta ela: “Minha experiência é um lembrete de que a inteligência artificial, muitas vezes anunciada por seu potencial para mudar o mundo, pode na verdade reforçar o preconceito e a exclusão, mesmo quando usada da maneira mais bem intencionada” (BUOLAMWINI, 2018).

A Sra. Buolamwini chama de “olhar codificado” o viés tendencioso pré-existente nos algoritmos, possuindo moldes com prioridades e preconceitos, visto que o manuseio das pessoas que agregam informações na IA também incluem opiniões as quais prejudicam os resultados, bem como a tomada de decisões por magistrados.

É importante trazer para debate que a questão racial tem ido muito além e acarretado riscos as pessoas negras, tem fotos de negros na busca de imagens no Google que são comparadas á “gorilas” situações vexatórias que acomete apenas as pessoas negras e é essa tecnologia de reconhecimento facial que está sendo cada vez mais usada na aplicação da lei, controle de fronteiras, vigilância escolar e contratação (BUOLAMWINI, 2018).

Sem dúvidas a participação governamental tem importante espaço para que a inclusão de dados com engajamento tome lugar em meio a décadas de brechas para o viés tendencioso ao racismo.

2.3 Necessidade de aprimoramento da ia e a inserção de elemento de aleatoriedade como medida de predição dos algoritmos

No mesmo momento em que é benéfico, o uso de algoritmo demonstra ameaças não compreensíveis, derivados em particular de: (i) de “data sets” viciados; (ii) da

possibilidade de propiciarem a discriminação ainda bem estruturados; (iii) da opacidade na sua forma de atuação, resultado das técnicas de “machine” e “deep learning” (FERRARI, 2020).

É possível apontar três tópicos associados à tomada de decisões por algoritmos.

A primeira preocupação é sobre a “data Sets” que estabelece conjuntos viciados ou incompletos, como visto no caso de Joy Buolamwini, que gerou um efeito discriminatório para ela. Em segundo lugar, há também o risco de algoritmos causarem efeitos discriminatórios, mesmo que tenha um conjunto de “Data Set” que corresponda à realidade. Em terceiro lugar, importante destacar a questão da opacidade na forma como estes softwares operam, que se deve a técnicas de aprendizagem automática.

Como salienta Burrell (2016, p. 1-12), a opacidade dos “learners” é resultado da alta proporção de dados, da multiplicidade de código e da instabilidade da lógica de tomada de decisões. Por fazerem uso de centenas ou milhares de normas, por seu prognóstico estar programado probabilisticamente de formas complexas, pela velocidade no processamento das informações, e pela multiplicidade de variáveis operacionais, parecem estar além das capacidades humanas em apreenderem boa parte – senão todas – as estruturas decisórias que empreguem a técnica de “machine learning”. Assim sendo, o simples acesso ao código revela muito pouco, sobrevivendo a complexidade de compreender o processo decisivo.

Barrocas e do Selbst (2016) destacam: “Um algoritmo é tão bom quanto os dados que o alimentam.” Isso ocorre porque se o algoritmo aprender com os dados, ele replicará esse erro, que pode gerar efeitos discriminatórios.

É constatado que a presença de um “Data Sets” viciado pode influir na tomada de decisão e informação sobre crimes que ocorrem em um determinado lugar de modo que a frequência de ocorrência numa localidade ou bairro contribuisse para um círculo vicioso do software.

A maioria dos sistemas de reconhecimento facial que existem são treinados em bancos de dados de fotos. Os bancos de dados de Mugshot são desproporcionalmente populados com imagens digitalizadas de indivíduos negros e pardos, como resultado do excesso de policiamento e da criminalização desproporcional das comunidades negras e pardas (GARVIE; BEDOYA e FRANKLE, 2016).

Atualmente a inclusão de um elemento de aleatoriedade difunde um caráter modificativo, haja vista que, através dessa alteração é possível que o algoritmo que antes pela frequente indicação de haver crime apenas num só determinado ambiente, como nas

regiões pobres e de maior concentração populacional é possível também que seja constatado os crimes que ocorrem em regiões favorecidas. Por exemplo: se antes os policiais eram direcionados apenas para uma determinada região, com o sistema de aleatoriedade, a tendência é que em algum momento o "software" coloque esses policiais em uma região distinta.

Sendo assim, torna-se possível que gradualmente o "software" corrija as falhas nos dados.

O caso Loomis, representa claramente o exposto, bem como a importância de readaptação dos algoritmos que podem estar sujeitos a falhas. No ano de 2013, Eric Loomis foi detido em flagrante no regime americano de Wisconsin, após apoderar-se de coisa alheia, sendo o objeto um veículo, após ainda tendo de esquivar-se de um agente de trânsito e se comprometer em um tiroteio.

Loomis foi considerado culpado com pena final de seis anos de prisão - decisão calculada com auxílio de um algoritmo rigoroso.

Ao decretar pelo cárcere de Loomis, o tribunal realçou que ele fora avaliado tal como um "indivíduo que representa alto risco para a comunidade".

Ao menos, isso foi o desfecho da enquete que ele transmitiu no momento da detenção (MAYBIN, 2016).

Isto posto, o que fazemos quando o acordo social sobre os direitos individuais não é apenas espalhado, mas também algorítmico e automatizado? Deve-se considerar o contexto histórico e as implicações atuais para transformar a realidade assim como os julgamentos sobre eles em dados do qual todos os sistemas tecnológicos são construídos.

3.A IMPORTÂNCIA DE MAPEAMENTO DE DADOS NÃO ESTRUTURADOS

Os dados não estruturados podem ser definidos como dados, de qualquer maneira, não têm um modelo ou formato predeterminado. Este tipo de dado é gerado por várias fontes, incluindo áudio, vídeos, imagens e texto.

O gerenciamento de dados não estruturado não é tão simples visto que o volume de dados significa grande quantidade e falta de formato coerente. Os dados não estruturados são gerados pela máquina (por exemplo, através de um dispositivo IoT), portanto, eles precisam do formato e consistência apropriados. Além disso, a disponibilidade de menos ferramentas e técnicas também permite um desafio.

Uma das principais diferenças entre dados estruturados e não estruturados é a categoria de informação a que se propõe. Para dados estruturados, eles são limitados

apenas a dados descritivos ou diagnósticos. No entanto, com dados não estruturados, pode-se usar algoritmos de inteligência artificial e aprendizado automático para dados preditivos e apresentativos.

O gerenciamento com dados não estruturados pode ajudar as empresas a identificar o caminho para a tomada de decisões eficazes com melhores descobertas e análise melhorada. Pode ajudá-lo a obter uma perspectiva muito mais ampla sobre sua empresa, seus clientes e produtos com todos os dados disponíveis.

A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), em seu Artigo 20, dispõe no que diz respeito aos direitos dos detentores de dados pessoais, como o direito de verificar decisões automatizadas quanto ao tratamento de seus dados que possam afetar seus interesses, como exemplo: preparação de perfis privativos, profissionais, aspectos de consumo, crédito e personalidade.

A LGPD garante o dever de informações sobre os procedimentos de automação por essas decisões, caso contrário, uma multa de agentes de tratamento se aplica com auditorias e sanções, que são utilizadas pela Autoridade Nacional de Proteção de Dados Pessoais.

É possível que a integração de dados de armazenamento seja eficaz, desde que atenda às normas já existentes, tal como sigam um gerenciamento e consistência adequada.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A sensação de constrangimento, bem como de impunidade faz com que seja necessário o debate acerca das atuais decisões judiciais. A Inteligência Artificial é uma área que tem tido grande proporção em um período curto de tempo. O reconhecimento facial diferentemente daquilo que antes era observado apenas em filme fictício, hoje, sabemos que envolve um conjunto de dados matemáticos referente a um grande número de indivíduos.

Nas informações que são repassadas aos dados contêm os vieses inconscientes, que são um conjunto de estereótipos que conservamos de diferentes grupos de pessoas, situações e experiências que experimentamos ao longo da vida. Essas informações podem ser consideradas perigosas, pois não auxiliam quando carregam preconceitos quanto a cor da pele restringindo a liberdade de ir e vir.

A tecnologia tem determinado nossas liberdades e com isso feito reféns injustamente. Atualmente, mesmo com o avanço tecnológico beneficiando comodidade aos policiais e facilitando questões como aprisionamento de suspeitos e foragidos, o retrocesso veio de forma étnica. O número de encarcerados negros e presos injustamente

pela cor da pele faz com que seja imediato o debate acerca da utilização da tecnologia de reconhecimento facial para fins de prova na persecução penal.

O poder dado aos algoritmos determina o futuro das pessoas, como menciona a matemática e engenheira de dados Cathy O'Neil alertando sobre os impactos negativos da seleção de dados feita por algoritmos que ela chama de armas da destruição. Através da captura facial é possível determinar se é permitido entrar ou não em um determinado local, se possui ou não passagem pela polícia, bem como outras diversas capacidades da tecnologia.

Sem controle, a participação ativa do governo federal, financiando este uso de tecnologia pela polícia é crescente. É necessário desacelerar este processo para que através de campanhas de conscientização se possa discutir profundamente os riscos e o potencial dessa tecnologia para a população, especialmente a população negra. O racismo está integrado no núcleo brasileiro, e agora também na internet.

É fundamental que haja regulamentação em todos os países que usem a Inteligência Artificial para garantir segurança e ética na aplicação da tecnologia, bem como a importância de investir em métodos que colaborem para o aprimoramento dessa ferramenta, como a inserção de elementos de aleatoriedade.

O fato é que o sistema de reconhecimento facial não pode ser considerado racista e sim os dados que são inseridos na IA por pessoas que possuem convicções preconceituosas que as inserem nos computadores e decidem prevalecendo sobre as decisões do juiz, abrindo-se margem à vigilância e eficácia para todos. Para um modelo mais justo e inclusivo é necessário entender as diferenças de forma para não permitir que o racismo se mecanize.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 15 de out. de 2020.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 de jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em 13 nov. de 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm/. Acesso em 15 nov. de 2020.

BUOLAMWINI, J. A. **The founder of the Algorithmic Justice League**. 2018. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2018/06/21/opinion/facial-analysis-technology-bias.html>. Acesso em 12 Jan. de 2021.

BUOLAMWINI, J. **Assistentes de pesquisa afiliados do MAS**. Mit media lab people. Disponível em: <https://www.media.mit.edu/people/joyab/overview/>. Acesso em 17 de mar. de 2021.

COELHO, A. Z. **Tecnologia e design na justiça brasileira: o pioneirismo do iJusLab**. In: GREGÓRIO, A. *et al.* Inovação no Judiciário: conceito, criação e práticas do primeiro Laboratório de Inovação do Poder Judiciário. São Paulo: Blucher, 2019, p. 218.

FERRARI, I. *et al.* **Arbitrium ex machina: Panorama, riscos e a necessidade de regulamentação das decisões informadas por algoritmos**. Revista dos tribunais. [S.l.]. Vol. 995, 2018. Disponível em: <http://governance40.com/wp-content/uploads/2018/11/ARBITRIUM-EX-MACHINA-PANORAMA-RISCOS-E-A-NECESSIDADE.pdf>. Acesso em 19 de mar. de 2021.

FERRARI, I.; BECKER, D. **Direito à explicação e decisões automatizadas: Reflexões sobre o princípio do contraditório**. 2º ed. Revista, atualizada e ampliada. [S.l.]. Editora Juspodivm, 2021. Disponível em: <https://www.editorajuspodivm.com.br/cdn/arquivos/6acd38d6d171b644ce530d4a068ee757.pdf>. Acesso em 20 de mar. de 2021.

HERCOG, A.; MELO, P. V. **O racismo que estrutura as tecnologias digitais de informação e comunicação**. Brasil de fato, 2019. Disponível em: <https://www.brasildefato.com.br/2019/12/03/artigo-or-o-racismo-que-estrutura-astecnologias-digitais-de-informacao-e-comunicacao>. Acesso em 25 nov. de 2020.

JUNIOR, P. C. N. **Judiciário 5.0: inovação, governança, usucentrismo, sustentabilidade e segurança jurídica**. São Paulo, Editora Edgard Blücher Ltda, 2020.

MAGRANI, E. **A internet das coisas**. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2018.

MAYBIN, S. **Sistema de algoritmo que determina pena de condenados cria polêmica nos EUA**. 2016. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-37677421>. Acesso em 09 de abril. de 2021.

NUNES, D.; MARQUES, A. L. P. C. **Inteligência artificial e direito Processual: vieses algoritmos e os riscos de atribuição de função decisória às máquinas**. Revista de processo. [S.l.]. Vol. 285, p.421-447.2018. Disponível em: <https://bityli.com/wYfUy>. Acesso em 20 de mar. de 2021.

NUNES, P. **Algoritmo e racismo nosso de cada dia: Reconhecimento facial aposta no encarceramento e pune preferencialmente população negra.** Folha de São Paulo, 02 de Jan de 2021. Disponível em: <https://piaui.folha.uol.com.br/o-algoritmo-e-racismo-nosso-de-cada-dia/>. Acesso em 05 fev. de 2021.

NUNES, P. **Exclusivo: levantamento revela que 90,5% dos presos por monitoramento facial no Brasil são negros.** *The Intercept*, 2019. Disponível em: <https://theintercept.com/2019/11/21/presos-monitoramento-facial-brasilnegros/>. Acesso em 25 nov. de 2020.

OLIVEIRA, M. F. de. **Metodologia Científica: um manual para a realização de pesquisas em administração.** Universidade Federal de Goiás, Catalão, 2011. Disponível em: https://files.cercomp.ufg.br/weby/up/567/o/Manual_de_metodologia_cientifica_-_Prof_Maxwell.pdf. Acesso em 25 nov. de 2020.

PALMA, A.; PACHECO, C. **Presos pela cara: polêmico sistema de reconhecimento facial identificou 109 foragidos na BA.** *Correio*, 2020. Disponível em: <https://www.correio24horas.com.br/noticia/nid/presos-pela-cara-polemico-sistemade-reconhecimento-facial-identificou-109-foragidos-na-ba/>. Acesso em 25 nov. de 2020.

PEIXOTO, F. H.; SILVA, R. Z. M. da. **Inteligência artificial e direito.** 1. ed. Curitiba: Alteridade Editora, 2019.

SALMEIRÃO, C. **Do procedimento probatório e do momento da sua produção com participação ativa do magistrado em busca da decisão justa no direito processual penal.** *Revista Âmbito Jurídico*, 2012. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-98/do-procedimento-probatorio-e-do-momento-da-sua-producao-com-participacao-ativa-do-magistrado-em-busca-da-decisao-justa-no-direito-processual-penal/>. Acesso em 17 mar. de 2021.

SANTANA, A. **Pode a tecnologia ser racista?** *Uol*, 2020. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/colunas/andre-santana/2020/10/16/pode-a-ternologia-ser-racista.htm>. Acesso em 7 mar. de 2021.

THAMAY, R.; TAMER, M. **Provas no direito digital: conceito da prova digital, procedimentos e provas digitais em espécie.** São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

ENTENDA AS TRANSFORMAÇÕES SOCIETÁRIAS E A RESPONSABILIDADE EMPRESARIAL À LUZ DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

WELLINGTON CACEMIRO:

Jornalista, pesquisador jurídico, graduado em Direito pela Faculdade Multivix de Cachoeiro de Itapemirim e pós-graduando em Direito Processual Penal pelo Instituto Damásio de Direito da Faculdade Ibmecc/SP.

YASMIN DO CARMO CACEMIRO⁵²

(coautora)

RESUMO: Não é difícil intuir, como ensina a melhor doutrina (MAMEDE, 2020, p. 206), que “as sociedades, atos jurídicos que são, podem sofrer mutações (metamorfoses) jurídicas de tipos diversos”. Neste sentido, preleciona o mestre Gladston Mamede que estas “podem se transformar de um tipo societário em outro, podem fundir-se com outra ou outras, como, igualmente, podem cindir-se em mais de uma”. Além disso, como acertadamente comenta, “as sociedades podem incorporar outras sociedades, como, em sentido oposto, ser incorporadas”. Tratam-se, na concepção do jurista, de “mudanças jurídicas na estrutura das sociedades, isto é, na infraestrutura jurídica que sustenta a sua existência”. Destarte, pretende o presente analisar as mencionadas transformações societárias e a responsabilidade, descortinando temas como alteração de espécie societária, fusão, cisão, incorporação e a responsabilidade pelos débitos existentes no momento da transformação.

Palavras-chave: Direito Empresarial; Transformações Societárias; Responsabilidade; Alteração de espécie societária.

ABSTRACT: It is not difficult to intuit, as the best doctrine teaches (MAMEDE, 2020, p. 206), that “societies, legal acts that they are, can undergo legal mutations (metamorphoses) of different types”. In this sense, master Gladston Mamede lectures that these “can change from one corporate type to another, they can merge with another or others, as well as they can be split into more than one”. In addition, as he rightly comments, “companies can incorporate other companies, as, in the opposite sense, be incorporated”. These are, in the jurist's view, “legal changes in the structure of companies, that is, in the legal infrastructure that supports their existence”. Thus, the present intends to analyze the aforementioned corporate transformations and liability, uncovering themes such as corporate type change,

52 Graduanda do Curso de Direito da Multivix Cachoeiro de Itapemirim

merger, spin-off, incorporation and responsibility for debts existing at the time of the transformation.

Keywords: Business Law; Corporate Transformations; Responsibility; Change of corporate type.

SUMÁRIO: 1. Considerações iniciais. 2. Da criação de um sujeito de direito novo a partir da fusão. 3. Da transferência de parcelas do patrimônio por meio da cisão. 4. Da extinção da pessoa jurídica com a incorporação. 5. Da responsabilidade pelos débitos. 6. Considerações finais. 7. Referências.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A análise dos institutos que regulamentam a alteração de espécie societária, bem como a responsabilidade sobre esta, é prática necessária para despertar no pesquisador do Direito Empresarial contemporâneo a capacidade de identificar e resolver problemas inerentes ao estudo das transformações societárias.

Trata-se de discorrer sobre conteúdos caros à disciplina, como fusão, cisão, incorporação e a responsabilidade pelos débitos existentes no momento da transformação. Dito isto, cogente reconhecer que a temática é ampla, sendo necessário, para cumprimento do que se propõe o presente, destacar apenas pontos de maior relevo.

Assim sendo, defende o professor André Luiz Santa Cruz Ramos (2020, p. 478) que “no campo do direito societário, são muito comuns às chamadas operações societárias, nas quais as sociedades se relacionam entre si, transformando-se, fundindo-se, incorporando outras ou transferindo parcela de seu patrimônio a outras”. Como bem explica, “em todos esses casos – transformação, incorporação, fusão e cisão –, haverá mudanças relevantes na estrutura das sociedades, que trarão consequências jurídicas relevantes”.

Como adverte em sua obra, a matéria encontra-se disciplinada tanto na Lei 6.404/1976 (Lei das Sociedades por Ações) quanto no próprio Código Civil brasileiro. “Assim, se numa determinada operação societária há a participação de uma sociedade anônima, o que é o mais comum, aplicam-se as regras previstas na LSA, em razão da especialidade desse diploma legislativo” (RAMOS, 2020, p. 478). Todavia, como rememora, se a operação não conta com a participação de uma sociedade anônima, o que é raro, aplicam-se as regras do Código Civil.

Já no que concerne especificamente a transformação, preleciona o jurista que, de acordo com o art. 220 da LSA, esta “é a operação pela qual a sociedade passa, independentemente de dissolução e liquidação, de um tipo para outro”. Informa ainda que, no mesmo sentido, dispõe o Código Civil, em seu art. 1.113, que “o ato de transformação

independe de dissolução ou liquidação da sociedade, e obedecerá aos preceitos reguladores da constituição e inscrição próprios do tipo em que vai converter-se”.

Feita tais considerações preambulares, cabe ainda anotar, com fulcro na obra supramencionada, que “a transformação é, pois, a mera mudança no tipo societário, que ocorre, por exemplo, quando uma sociedade limitada se transforma em uma sociedade anônima, e vice-versa” (RAMOS, 2020, p. 478).

Não sem motivo, portanto, justifica o professor Ricardo Negrão (2020, p. 119), tratar-se da “operação de mudança do tipo societário ou de modalidade de constituição da empresa (como, por exemplo, na ocorrência de concentração das quotas de uma sociedade num único sócio, resultando numa empresa individual de responsabilidade limitada), independentemente de dissolução e liquidação”.

Como anota, exige-se o consentimento unânime dos acionistas ou sócios, exceto se houver outra previsão no contrato ou estatuto. “Ao dissidente cabe o direito de retirar-se da sociedade, salvo se, ao ingressar na sociedade, tenha renunciado a este direito” (NEGRÃO, 2020, p. 119). Essa modalidade, assevera, vem prevista nos arts. 220-222, da LSA, e nos arts. 1.113 a 1.115 do CC.

Feitas tais observações a título de comentário introdutório cumpre-nos agora a tarefa de aprofundar a matéria.

2. DA CRIAÇÃO DE UM SUJEITO DE DIREITO NOVO A PARTIR DA FUSÃO

Preleciona o advogado e professor Sílvio de Salvo Venosa (2020, p. 233) que “a fusão ocorre pela somatória de patrimônios líquidos de duas ou mais sociedades, da qual resultará sua extinção, com o nascimento de nova pessoa jurídica”.

Destarte, como explica, difere esta da incorporação porque nesta apenas a sociedade ou sociedades incorporadas desaparecem mediante a absorção pela incorporadora, a qual continua existindo e operando como o mesmo sujeito de direito.

Como assevera “a nova sociedade nascida com a fusão recebe a totalidade de bens, direitos e obrigações das pessoas extintas com a operação, bem como sócios ou acionistas” (VENOSA, 2020, p. 233). Pontua ainda o mestre que “a liquidação patrimonial das sociedades fundidas não ocorre, porque o patrimônio de todas é preservado na integralidade”.

Em adendo argumenta o juiz Edilson Enefino das Chagas (2021, p. 125) que “na fusão, haverá não só a concentração patrimonial, mas também a criação de um sujeito de direito novo”. Para ilustrar, cita o dispositivo que preceitua a regra, o art. 1.119, do diploma civilista, reproduzido abaixo in verbis:

A fusão determina a extinção das sociedades que se unem, para formar sociedade nova, que a elas sucederá nos direitos e obrigações

Pelo exposto, e com fulcro na lição do magistrado, há que se constatar que, “nesta hipótese, as sociedades somam-se e somem, em seguida, dando lugar a uma empresa nova” (CHAGAS, 2021, p. 125); como já explicitado em momento anterior.

Para além deste comentário há que se observarem outras regras extraídas da necessária lição do professor Alessandro Sanchez (2018, p. 183). Neste sentido, informa o mestre que “primeiramente, há necessidade de elaborar um projeto sobre o futuro da fusão, com a distribuição do capital social da nova companhia entre os sócios das sociedades fundidas”. Aduz ainda que “nas sociedades anônimas o quórum é de, pelo menos, 50% do capital votante, e, nas limitadas, 75% do capital social”.

Senão, vejamos exemplo jurisprudencial que ratifica tal posicionamento.

EMPRESARIAL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. OBRIGAÇÃO DE FAZER E INDENIZAÇÃO. SOCIEDADE ANÔNIMA. ESTATUTO. CLÁUSULA ARBITRAL. VINCULAÇÃO. DECISÃO MANTIDA. 1. “A cláusula compromissória arbitral, inserta no contrato social por ocasião da constituição da sociedade, como *in casu*, ou posteriormente, **respeitado o quórum legal** para tanto, sujeita a sociedade e a todos os sócios, atuais e futuros, tenham estes concordado ou não com tal disposição, na medida em que a vinculação dos sócios ao conjunto de normas societárias (em especial, do contrato social) dá-se de modo unitário e preponderante sobre a vontade individual eventualmente dissonante” (REsp 1727979/MG, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 12/06/2018, DJe 19/06/2018). 2. Agravo interno a que se nega provimento.

(STJ - AgInt no REsp: 1460522 DF 2014/0143694-7, Relator: Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, Data de Julgamento: 12/04/2021, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 16/04/2021)

Sobre o explicitado, Venosa (2020, p. 233) rememora, igualmente, que “as deliberações acerca da fusão devem ser tomadas observando-se as regras aplicáveis a cada modalidade societária envolvida”. Segundo o autor, se a fusão ocorrer entre sociedade simples e limitada, deve ser observado o quórum exigido para cada uma delas para aprovação. Como informa “não há um procedimento padrão para deliberação dos sócios das sociedades; tudo pode acontecer em um ou vários atos assembleares para a aprovação da fusão”.

Importante não esquecer, de igual modo, como aponta o autor, que “esse projeto precisa conter as cláusulas do ato constitutivo, tanto as legais como as definidas pelos sócios; avaliações patrimoniais das sociedades; capital social de participação de cada sociedade e participação societária de cada sócio, bem como a indicação e modo de investidura dos administradores” (VENOSA, 2020, p. 233).

Há que se fazer, por derradeiro, breve anotação para o art. 228, da LSA. Como destaca Ramos (2020, p.480) o texto normativo estabelece que “a fusão é a operação pela qual se unem duas ou mais sociedades para formar sociedade nova, que lhes sucederá em todos os direitos e obrigações”, sendo, portanto, regra basilar, junto com os arts. 1.119 a 1.121 do Código Civil.

3. DA TRANSFERÊNCIA DE PARCELAS DO PATRIMÔNIO POR MEIO DA CISÃO

Defende o mestre Gladston Mamede (MAMEDE, 2020, p. 212) que “a cisão é a operação pela qual uma sociedade transfere parcelas do seu patrimônio para uma ou mais sociedades, constituídas para esse fim ou já existentes”. Como assevera, a cisão pode ser total, vertendo-se todo o patrimônio para novas sociedades e extinguindo-se da sociedade cindida, como pode ser igualmente parcial, conservando-se parte a sociedade cindida com parte de seu patrimônio original.

Observadas tais regras, cogente reconhecer que “há, portanto, hipóteses diversas de cisão”. Aduz ainda que estas, didaticamente, podem ser classificadas da seguinte forma:

- (1) divisão da sociedade em duas ou mais sociedades que se criam como resultado da operação, extinguindo-se a sociedade cindida;
- (2) cisão parcial da sociedade, que se mantém – que não se extingue, apenas tem seu corpo social reduzido –, sendo criada uma ou mais novas sociedades;
- (3) cisão parcial da sociedade, que se mantém, sendo transferida parte de seu corpo social para outra ou outras sociedades preexistentes que, destarte, incorporam essa parte do patrimônio cindido;
- (4) cisão total da sociedade, que se extingue, sendo transferido seu corpo social, em partes, para outras sociedades preexistentes que incorporam tais partes do patrimônio cindido (MAMEDE, 2020, p. 212)

Observa-se pela lição do mestre que “para cada situação, há consequências jurídicas próprias”. Assim, como argumenta Mamede, “na cisão com versão de parcela do patrimônio em sociedade nova, a operação será deliberada pela reunião ou assembleia geral de sócios (acionistas ou quotistas) à vista de justificação”. Explica este que, sendo aprovada, serão nomeados os peritos que avaliarão a parcela do patrimônio a ser transferida, e funcionará como assembleia de constituição da nova companhia. “Pelo

contrário, a cisão, com versão de parcela de patrimônio em sociedade já existente, obedecerá às disposições sobre incorporação” (op cit).

Destarte, como rememora Negrão (2020, p. 120), na cisão procede-se segundo o que normatiza o art. 229, da já citada Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, a Lei das Sociedades por Ações.

4. DA EXTINÇÃO DA PESSOA JURÍDICA COM A INCORPORAÇÃO

Encontram-se gravadas no art. 227, da LSA, e nos arts. 1.116 a 1.118, do C.C., as bases que fundamentam o processo que titula o presente tópico. Para além de outras importantes observações, pode-se falar sobre a incorporação, como acertadamente ensina Chagas (2021, p. 125), que, nesta, “o ato de concentração patrimonial importará na extinção de uma ou mais pessoas jurídicas que terão seus patrimônios absorvidos pela incorporadora (art. 1.116)”. Como assinala o magistrado, “haverá concentração patrimonial e extinção de uma ou mais pessoas jurídicas”.

Neste sentido também preleciona Venosa (2020, p. 231) que o processo de incorporação tem início, em geral, com a “due dilligence”, que é procedimento de verificação dos pontos básicos da situação econômica e jurídica da incorporada, como investigação acerca do faturamento, regularidade tributária, ativo e passivo contábil, processos judiciais em curso, etc. Informa ainda que “apresentado esse resultado, prossegue-se conforme disposto nos arts. 1.113 ss”.

Importante observar que, a título de cumprimento de obrigações tributárias, a efetiva comunicação aos órgãos/entidades competentes, pela incorporadora, da ocorrência da incorporação da sociedade empresária proprietária do veículo “é o exato momento em que o fisco toma conhecimento do novo sujeito passivo a ser considerado no lançamento”. Neste sentido, por exemplo, recente decisão do Superior Tribunal de Justiça abaixo reproduzida.

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1827956 - RJ (2021/0021854-9)
DECISÃO PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. AUSÊNCIA DE NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL. DESNECESSIDADE DE NOVO LANÇAMENTO. ART. 133 DO CTN. SUCESSÃO EMPRESARIAL RECONHECIDA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. IMPOSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO DO JULGADO, NESTA VIA RECURSAL, POR DEMANDAR REEXAME DE FATOS E PROVAS. AGRAVO DA SOCIEDADE EMPRESÁRIA A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. Trata-se de Agravo contra decisão que inadmitiu Recurso Especial interposto por DROGARIAS PACHECO

S.A., com fundamento nas alíneas a e c do inciso III do art. 105 da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo egrégio TRF da 2ª Região, assim ementado: [...] 2. Os Embargos de Declaração opostos foram desprovidos (fls. 1291/1306). [...] Com relação à responsabilidade da embargante pelos débitos tributários. Vejamos. A execução fiscal (processo nº 0000727-24.2009.4.02.5117), ora embargada, foi proposta, originalmente, em face de Drogaria Descontão de São Gonçalo LTDA, posteriormente redirecionada para DROGARIAS PACHECO S.A, com fulcro no art. 133 do CTN. Como se vê, do dispositivo legal é requisito essencial para a configuração da responsabilidade pela sucessão empresarial, nos termos do artigo 133 do CTN, que de fato tenha ocorrido a aquisição do fundo de comércio ou estabelecimento de uma empresa por outra, ainda que não formalizada sob essa denominação. No presente caso, há que ser mantida a sentença recorrida, visto que, analisando o conjunto probatório, há elementos suficientes para deduzir a ocorrência da responsabilidade da embargante/recorrente. Com efeito, o Contrato de Compra e Venda (e-fls. 359-363), firmado entre a DROGARIA DESCONTÃO e DROGARIA PACHECO S.A. corrobora a afirmativa da exequente quanto à sucessão, [...] 11. No que concerne à alegação de impossibilidade de redirecionamento da execução fiscal sem que a recorrente constasse como devedora dos títulos executivos, ressalto que matéria análoga foi objeto de apreciação da Primeira Seção desta Corte, quando do julgamento dos EREsp 1.695.790/SP, Relator Ministro Gurgel de Faria, que entendeu pelo redirecionamento da execução fiscal à sociedade empresária incorporadora, sem a obrigatoriedade de alteração do ato de lançamento para emissão de nova certidão de dívida ativa. [...] 13. Cita-se, a propósito, ementa do referido julgado: **TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE A PROPRIEDADE DE VEÍCULO AUTOMOTOR - IPVA. EXECUÇÃO FISCAL. SUCESSÃO EMPRESARIAL, POR INCORPORAÇÃO. OCORRÊNCIA ANTES DO LANÇAMENTO, SEM PRÉVIA COMUNICAÇÃO AO FISCO. SUBSTITUIÇÃO DA CDA. DESNECESSIDADE.** 1. Na sucessão empresarial, por incorporação, a sucessora assume todo o passivo tributário da empresa sucedida, respondendo em nome próprio pela dívida de terceiro (sucedida), consoante inteligência do art. 132 do CTN - cuidando-se de imposição automática de responsabilidade tributária pelo pagamento de débitos da sucedida, assim expressamente determinada por lei - e, por isso, pode ser acionada independentemente de qualquer outra diligência por parte do credor. 2. Se o fato gerador ocorre depois da incorporação mas o

lançamento é feito contra a contribuinte/responsável originária, não há falar em necessidade de alteração do ato de lançamento, porque a incorporação não foi oportunamente comunicada, não podendo o incorporador obter proveito de sua própria torpeza. 3. **A efetiva comunicação aos órgãos/entidades competentes, pela incorporadora, da ocorrência da incorporação da sociedade empresária proprietária do veículo é o exato momento em que o fisco toma conhecimento do novo sujeito passivo a ser considerado no lançamento, razão pela qual, in casu, esse momento deve ser entendido, para fins tributários, como a data do ato da incorporação** (arts. 123 e 132 do CTN). 4. Embargos de divergência providos. 14. Dito isso, vê-se que o acórdão regional se manifestou em conformidade com o entendimento do STJ quanto ao ponto, razão pela qual não merece reparos. [...] 16. Dito isso, a alteração das conclusões então adotadas para verificar a ocorrência ou não de sucessão empresarial apta a ensejar a responsabilidade prevista no art. 133 do Código Tributário Nacional demanda, necessariamente, o revolvimento do suporte fático-probatório carreado aos autos, providência esta vedada ante o óbice descrito na Súmula 7/STJ. 17. Diante do exposto, nega-se provimento ao agravo da Sociedade Empresária. 18. Publique-se. Intimações necessárias. Brasília, 20 de maio de 2021. MANOEL ERHARDT (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF-5ª REGIÃO)

(STJ - AREsp: 1827956 RJ 2021/0021854-9, Relator: Ministro MANOEL ERHARDT (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF-5ª REGIÃO), Data de Publicação: DJ 21/05/2021)

Ainda sobre o processo de incorporação, cabe rememorar, como assevera Sanches (2018, p. 182), que “a Lei das Sociedades por Ações exige a elaboração de um protocolo, espécie de pré-contrato, para a operação que será realizada”. Como aduz, o protocolo realizar-se-á por meio de uma proposta de incorporação, além da justificação, verdadeira exposição de motivos para que a operação se realize. “No caso das sociedades limitadas, o Código Civil exige o projeto de reforma do ato constitutivo” (SANCHES, 2018, p. 182).

Outro ponto digno de nota é que, segundo aponta, “da sociedade incorporadora exige-se aprovação de 75% do capital social, quando se tratar de sociedade limitada”. Já nas sociedades por ações, exige-se maioria simples do capital votante. Complementa o autor, assinalando que, “caso a sociedade incorporada seja uma sociedade anônima, exige-se também o quórum de pelo menos 50% do capital social”. De outro modo, se for sociedade limitada, o quórum aumenta para 75% do capital social.

Por fim, em adendo ao tema, frisa-se, como preleciona, que, “desse modo, aprovada a incorporação, extingue-se a sociedade incorporada, momento em que todas as medidas necessárias devem ser tomadas junto ao registro competente” (op cit).

5. DA RESPONSABILIDADE PELOS DÉBITOS

Preceitua o caput do art. 1.115 do Código Civil brasileiro que “a transformação não modificará nem prejudicará, em qualquer caso, os direitos dos credores”. Trata-se de mandamento basilar para a compreensão do tratamento dado a responsabilidade pelos débitos existentes no momento da transformação.

De igual modo, dispõe o caput do artigo 222, da Lei nº 6.404/76, ao tratar do assunto, que “a transformação não prejudicará, em caso algum, os direitos dos credores, que continuarão, até o pagamento integral dos seus créditos, com as mesmas garantias que o tipo anterior de sociedade lhes oferecia”.

A regra justifica-se, segundo Ramos (2020, p. 479) porque a transformação é a mera mudança de tipo societário, sem que haja liquidação ou dissolução da pessoa jurídica. “Não há razão alguma, pois, para que os direitos dos credores da sociedade sejam atingidos”.

Cabe ainda importante observação com fundamento na lição de Venosa (2020, p. 230). Preleciona o mestre que “a transformação não afeta o direito dos credores, podendo, apenas, causar efeitos colaterais em relação às garantias de pagamento daqueles que venham a contratar com a sociedade transformada”.

Como exemplo, ensina, pode-se citar a hipótese da transformação de sociedade simples, na qual a responsabilidade subsidiária dos sócios é ilimitada, para sociedade de responsabilidade limitada. “Mas isso apenas em relação aos novos negócios, pois os anteriores à transformação são cumpridos nos termos primitivamente contratados” (VENOSA, 2020, p. 230). Assim, assevera, o credor, que tinha no patrimônio da sociedade a única garantia de recebimento de seu crédito, continuará da mesma forma.

Para além de outras considerações, rememora ainda o autor que “todas as obrigações contraídas sob a égide da sociedade primitiva então transformada são mantidas nos termos e com as garantias da contratação, até completada a satisfação dos créditos” (op cit.). Consoante ao que preleciona, os efeitos da transformação em relação aos credores são produzidos a partir da averbação da operação de transformação à margem da inscrição da sociedade no órgão competente.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tencionou o presente revisar temas caros ao Direito Empresarial pátrio sem objetivar, obviamente, a pretensão de esgotar assunto tão rico. Neste sentido, buscou-se

tão somente aclarar matéria com potencial de contribuir significativamente para aqueles que a estudam.

Destarte, partindo da premissa de que no campo da pesquisa são mesmo habituais as nominadas operações societárias, com o conseqüente relacionamento entre sociedades e necessárias mutações jurídicas, revelou-se tarefa imperativa escrutinar potenciais resultados das possíveis mudanças no tipo societário. Daí, portanto, a atenção ao tema.

Espera-se que a breve contribuição ao estudo dos institutos permita aclarar, ao menos em parte, as dúvidas mais comuns, tendo descortinado não somente o posicionamento doutrinário, mas, igualmente, o que se encontra gravado nas recentes decisões judiciais que envolvem a matéria objeto do ensaio.

7. REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976. *Dispõe sobre as Sociedades por Ações*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404compilada.htm>. Acesso em: 04 ago. 2021.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Institui o Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 04 ago. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo em Recurso Especial*. Processo nº: 1827956 - RJ (2021/0021854-9). Relator: Ministro Manoel Erhardt (desembargador convocado do TRF-5ª Região). Data de Publicação: 21 de maio de 2021. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=DTXT&livre=\(\(+2021%2F0021854-9\)\)+E+\"16288+126783431\".COD.&thesaurus=&p=false](https://scon.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=DTXT&livre=((+2021%2F0021854-9))+E+\)>. Acesso em 04 ago. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Interno no Recurso Especial*. Processo nº: 1460522 - DF (2014/0143694-7). Relator: Min. Antonio Carlos Ferreira. Órgão julgador: Quarta Turma. Data de Julgamento: 12 de abril de 2021. Data de Publicação: 16 de abril de 2021. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/electronico/documento/mediado/?documento_tipo=integra&documento_sequencial=124836680®istro_numero=201401436947&peticao_numero=202100110556&publicacao_data=20210416&formato=PDF>. Acesso em 04 ago. 2021.

CHAGAS, Edilson Eneidino das. *Direito Empresarial*. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

MAMEDE, Gladston. *Manual de direito empresarial*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

NEGRÃO, Ricardo. *Manual de direito empresarial*. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. *Direito empresarial*: volume único. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

SANCHEZ, Alessandro. *Direito empresarial*: sistematizado. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

VENOSA, Sílvio de Salvo; RODRIGUES, Cláudia. *Direito empresarial*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO COMO FORMAS CONSENSUAIS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS NA JUSTIÇA DO TRABALHO

MATEUS MONTEIRO SANDOVAL:

Graduando do Curso de Direito no Centro
Universitário Luterano de Manaus.

RESUMO: O presente artigo tem por finalidade demonstrar a importância da Conciliação e da Mediação como formas Consensuais de Resolução de Conflitos na Justiça do Trabalho, tendo como objetivo geral demonstrar que a conciliação e a mediação se fazem necessários para gerar efetividade na resolução de conflitos no âmbito da justiça do trabalho. Os métodos consensuais de conflitos, como a mediação e conciliação, preconizam o respeito ao princípio da indisponibilidade de direitos, que visa a assegurar ao empregado os seus direitos e garantias, de maneira que não admite a renúncia pura e simples. Para atender aos objetivos da pesquisa, optou-se pelo método de pesquisa bibliográfica dos diversos temas trabalhados e visita técnica, como também a internet. O estudo revelou que esse método alternativo de resolução de conflitos precisa ser amplo, estimulando o desenvolvimento de treinamentos descentralizados e adequados às realidades das demandas de cada cidade, contribuindo para o desenvolvimento da justiça trabalhista no Brasil.

Palavras-chave: Mediação, Conciliação; Justiça do Trabalho.

ABSTRACT: The purpose of this article is to demonstrate the importance of Conciliation and Mediation as Consensual Forms of Conflict Resolution in Labor Justice. The general purpose of this article is to demonstrate that conciliation and mediation are necessary for effective conflict resolution within of labor justice. Consensual methods of conflict, such as mediation and conciliation, also advocate respect for the principle of unavailability of rights, which aims to assure the employee of his rights and guarantees, so as not to waive his rights. To meet the research objectives, we opted for the method of bibliographic research of the various topics worked and technical visit, as well as the internet. The study revealed that this alternative method of conflict resolution needs to be broad, encouraging the development of decentralized training appropriate to the realities of the demands of each city, contributing to the development of labor justice in Brazil.

Keywords: Mediation, Conciliation and Labor Justice.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO NA JUSTIÇA DO TRABALHO. 3. O PAPEL DOS PROFISSIONAIS NA MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO. 4. SEGURANÇA JURÍDICA NO MÉTODO DE MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO. 5. RESULTADOS PRÁTICOS DOS MÉTODOS DA SOLUÇÃO DE CONFLITOS NO TRT 11. 6. Conclusão. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Partindo da premissa de que a Justiça do Trabalho tem a função de assegurar os direitos trabalhistas, este artigo busca demonstrar como a conciliação e a mediação podem ser úteis no alcance da pacificação social dos conflitos laborais e, ainda, reduzir o volume e o tempo de duração dos processos, virtudes alcançadas mediante tais instrumentos autocompositivos, os quais buscam a solução das controvérsias por meio de práticas que envolvam consenso e autonomia, devolvendo às partes envolvidas a capacidade de lidar com a litigiosidade.

Muitos tipos de conflito são vivenciados diariamente pelas pessoas e discutidos dentro ou fora do sistema de Justiça. O problema reside em como esses problemas são administrados ou solucionados. A mediação e a conciliação de conflitos aparecem como meios dialogados e cooperativos de solução de questões individuais ou coletivas, apresentando-se como possibilidades para resoluções mais eficazes, inclusivas e pacíficas. A partir da decisão sobre a busca pela resolução dialogada, as pessoas passam a analisar o que se faz importante trazer para essa discussão.

A utilização dos instrumentos deve ser vista não apenas como um meio de amenizar a sobrecarga do Poder Judiciário, mas como a implementação de mudanças profundas de resgate da habilidade dos cidadãos de dialogar, de solucionar os conflitos de maneira pacífica, permitindo-se, assim, a permanência do convívio.

Esta pesquisa objetiva demonstrar que a conciliação e a mediação se fazem necessárias para gerar efetividade na resolução de conflitos no âmbito da Justiça do Trabalho como forma de solução consensual de conflitos, mediante a exposição do papel da conciliação e da mediação na esfera trabalhista, e, ainda, a análise dos resultados práticos advindos desses métodos alternativos de solução de conflitos. Para tanto, utilizou-se como metodologia a pesquisa bibliográfica e documental dos diversos temas trabalhados, além de visita técnica ao Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania – CEJUSC do Tribunal Regional do Trabalho da 11ª Região (TRT 11).

2. MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO NA JUSTIÇA DO TRABALHO

De início, faz-se necessária a diferenciação entre os institutos da mediação e da conciliação, além da inserção desses mecanismos no funcionamento da Justiça do Trabalho.

Segundo Delgado (2017), a conciliação trabalhista pode ser definida como:

[...] ato judicial, mediante o qual as partes litigantes, sob interveniência da autoridade jurisdicional, ajustam solução transacionada sobre matéria objeto de processo judicial. Embora

próxima às figuras da transação e da mediação, delas se distingue em três níveis: no plano subjetivo, em virtude da interveniência de um terceiro e diferenciado sujeito, a autoridade judicial; no plano formal, em virtude de realizar-se no corpo de um processo judicial, podendo extingui-lo parcial ou integralmente; no plano de seu conteúdo, em virtude de poder a conciliação abarcar parcelas trabalhistas não transacionáveis na esfera estritamente privada.

Com efeito, a conciliação é uma técnica autocompositiva aplicada por um profissional imparcial e neutro ao conflito por meio da escuta ativa e da intervenção voltada à busca por um acordo, expondo as vantagens e desvantagens de conciliar e propondo soluções alternativas. A conciliação ajusta-se para resolver questões circunstanciais, sendo indispensáveis a voluntariedade das partes e o interesse em resolver o conflito.

Trata-se de uma das formas alternativas de solucionar controvérsias, tendo em vista que se apresenta como um instrumento eficaz no tratamento de conflitos em que as partes não possuem uma relação contínua. Desse modo, existe a possibilidade de encerrar o litígio e o processo judicial de forma mais célere e direta.

A conciliação é muito utilizada nos casos em que as partes necessitam de um terceiro que as auxilie na tomada das decisões. Neste método alternativo, não há necessidade de preservação do relacionamento, pois são indiferentes a relação e o convívio entre os litigantes.

No instituto da conciliação, apresenta-se um terceiro intermediário, denominado de conciliador, que poderá intervir de forma direta na decisão, apresentando os pontos positivos e negativos, objetivando sempre a resolução do conflito. Este profissional possui uma função ativa, pois propõe ideias e apreciações, agindo como auxiliar do Poder Judiciário.

Conforme conceitua Schiavi (2016, p. 40), "a conciliação judicial trabalhista, é forma de solução do conflito trabalhista, mediante o ingresso do conciliador entre as partes, o qual as aproximará buscando a solução dos conflitos mediante concessões recíprocas". Nesse sentido, salienta-se que o conciliador tem uma intervenção ativa na negociação das partes, na medida em que pode apresentar eventuais soluções para o conflito. A conciliação baseia-se na autonomia privada, tanto no que respeita à iniciativa, como ao processo de negociação.

Esse método alternativo pode ter espaço depois de já iniciado o processo e, portanto, será desenvolvido em um ambiente judicial, mas poderá ainda ter lugar antes do

início do procedimento jurídico e, assim, seu principal objetivo será a tentativa de evitar que ocorra a busca pela jurisdição estatal.

Por sua vez, a mediação faz com que os participantes reflitam sobre suas próprias palavras expressadas no conflito existente, buscando de uma forma positiva e com o uso de ferramentas adequadas gerar a fórmula autocompositiva adequada ao conflito de interesses. Os próprios mediados buscam alternativas para a questão (BRASIL, 2009, p.41), escolhendo opções que melhor se aplicam ao problema existente (VASCONCELOS, 2012, p.46-47).

Os conflitos individuais trabalhistas têm naturalmente como envolvidos diretos os trabalhadores e empregadores, embora a eles não se limitem (art. 114 da Constituição da República de 1988). Os conflitos coletivos trabalhistas são aqueles que afetam comunidades determinadas de trabalhadores e empregadores ou tomadores de serviços, seja no âmbito do estabelecimento ou de forma ampla abrangendo a categoria ou comunidade obreira (TONOLI e MAIA, 2013, p. 45).

A mediação é uma das formas alternativas à jurisdição, que tende a propiciar soluções de controvérsias que surgem na sociedade. Assim, um terceiro neutro, imparcial e devidamente treinado, denominado de mediador, busca auxiliar as partes no tratamento do conflito instaurado. O processo de tal método alternativo ocorre em um ambiente secreto e somente será divulgado se houver autorização dos litigantes, porém haverá exceção nos casos em que o interesse público se sobreponha ao particular. Conforme Vezzulla (1998, p. 16):

A mediação é uma técnica de resolução de conflitos não adversária, que, sem imposições de sentenças ou de laudos e com um profissional devidamente formado, auxilia as partes a acharem seus verdadeiros interesses e a preservá-los num acordo criativo em que as duas partes ganhem.

Os principais litígios levados à mediação são assuntos geralmente ligados ao cotidiano como, por exemplo, controvérsias familiares. Porém, podem-se conduzir qualquer tipo de conflito para essa forma alternativa de resolução de conflitos, desde que seja interessante para as partes e que estas estejam buscando maior rapidez, custo reduzido e privacidade.

Esse método alternativo tem o objetivo de atingir a definição de justiça para os conflitantes que, sozinhos e voluntariamente, desenvolvem propostas para solucionar o conflito em questão. Enfim, destaca-se que os litigantes chegam a uma convenção sem a interferência do mediador, pois o que se busca é a realização dos interesses das partes envolvidas na controvérsia (SILVA E SPENGLER, 2013. P. 133).

3.O PAPEL DOS PROFISSIONAIS NA MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO

O conciliador busca que as partes evitem um possível ajuizamento de processo judicial, ou ainda desistam da jurisdição, buscando um acordo mútuo, sem a necessidade de continuar com a demanda judicialmente proposta. A conciliação ocorre a partir de um terceiro interventor atuando como elo entre as partes, com a finalidade de levar a um entendimento, identificando a causa e uma possível solução. Esse profissional deve ser um terceiro imparcial, que aproxime as partes promovendo as negociações, sugerindo e formulando propostas, apontando vantagens e desvantagens, objetivando sempre a resolução do conflito, por meio de um acordo. O conciliador tem ainda poder de sugerir um possível acordo, após uma criteriosa avaliação das vantagens e das desvantagens que tal proposição trará às partes (TAVARES, 2002, p.43).

Diferencia-se, pois, a conciliação da mediação pelo fato de que na primeira o terceiro interventor tem função mais ativa e prepositiva, podendo, inclusive, indicar possíveis caminhos para pacificar o conflito, o que diversamente não cabe ao mediador.

A tarefa do mediador é de suma importância, mas este deve se conter somente em buscar o equilíbrio entre os litigantes já que são esses os detentores da capacidade decisória. Assim, o mediador não poderá de forma alguma induzir um acordo, tendo em vista que sua função é tão somente reestabelecer o diálogo entre os conflitantes. O mediador, além de ser imparcial, deve ter como finalidade a resolução do conflito. Deve-se ter em vista que não é papel do mediador julgar ou aconselhar as partes, pois a mediação não pode ser confundida com a conciliação e arbitragem, as quais serão analisadas posteriormente (SILVA E SPENGLER, 2013. p. 134).

Assim, com o auxílio do mediador, as partes buscarão entender as nuances do litígio, com o objetivo de criar uma solução na qual todos fiquem satisfeitos. As principais finalidades desse método alternativo são o restabelecimento da comunicação e a preservação do relacionamento entre as partes. O mediador deve possuir como características intrínsecas a aptidão para auxiliar e estimular a cooperação, a facilidade de ouvir, realizar a escuta ativa e estimular o diálogo, aberto para a interdisciplinaridade, humilde para não intervir ou decidir, além de criativo para auxiliar as pessoas no encontro dos pontos convergentes na condução de uma solução satisfatória CHAVES E SALES, 2014. p. 266).

É importante ressaltar que o Código de Processo Civil prevê a regulamentação das atividades dos conciliadores e mediadores judiciais. Confere-se:

Art. 169. Ressalvada a hipótese do art. 167, § 6º, o conciliador e o mediador receberão pelo seu trabalho remuneração prevista em

tabela fixada pelo tribunal, conforme parâmetros estabelecidos pelo Conselho Nacional de Justiça. § 1º A mediação e a conciliação podem ser realizadas como trabalho voluntário, observada a legislação pertinente e a regulamentação do tribunal. § 2º Os tribunais determinarão o percentual de audiências não remuneradas que deverão ser suportadas pelas câmaras privadas de conciliação e mediação, com o fim de atender aos processos em que deferida gratuidade da justiça, como contrapartida de seu credenciamento.

Todos serão inscritos em cadastro nacional e em cadastro de Tribunal de Justiça ou de Tribunal Regional Federal, após sua capacitação por meio de curso realizado por entidade credenciada, bem como terão remuneração pelo trabalho prestado, ressalvada a hipótese da criação de quadro próprio de conciliadores e mediadores a ser preenchido por concurso público de provas e títulos.

4.SEGURANÇA JURÍDICA NO MÉTODO DE MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO

A Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), com as alterações introduzidas pela Lei 13.467/2017, que entrou em vigor em 11 de novembro de 2017, trouxe importantes alterações e avanços para a utilização de métodos mais adequados de resolução de conflitos. Incentivou-se o diálogo e a responsabilidade social para as partes negociarem, quando possível, seus próprios interesses, e a mediação e a conciliação para gestão de conflitos no Direito do Trabalho, para que as partes, em conjunto, construam alternativas de consenso e acordo. Dentre as novidades que incentivam a cultura do diálogo e

dasegurança jurídica nos acordos, citam-se os artigos 484-A⁵³, 507-A⁵⁴, 510-A⁵⁵, 510-B, III e IV⁵⁶, 620⁵⁷, 652⁵⁸ e 855-B⁵⁹.

A preocupação de muitos consiste no possível desequilíbrio na negociação, em virtude da hipossuficiência do empregado em relação ao empregador ou da personalidade nas mediações. Contudo, a presença de advogados, o convite à participação de sindicatos em procedimentos de mediação, a gravação das sessões, que são confidenciais, mas podem ficar registradas para fins de aferição futura em juízo em caso de alegação de vício de vontade ou desrespeito à isonomia, garantem segurança, juntamente com a legislação posta. Além disso, para a devida segurança, torna-se fundamental a participação dos advogados durante o procedimento de mediação, como inclusive contempla a redação do citado art. 855-B da CLT.

Estas inovações na CLT trazem maior celeridade na resolução de conflitos trabalhistas, economia com redução de custos para as partes, maior satisfação com os resultados com os benefícios de *ganha-ganha*, segurança jurídica, com a homologação judicial de acordos extrajudiciais, sendo um grande avanço para o sistema de resolução de conflitos.

Antes da CLT alterada, pouca ou nenhuma validade era atribuída às composições extrajudiciais de controvérsias geradas no bojo de relações de trabalho, o que tradicionalmente reduzia as opções das partes, estimulava comportamentos maliciosos e conferia nenhuma segurança jurídica, especialmente aos empregadores (Referência?). Atualmente, o artigo 652 da CLT permite que o acordo resultante do processo de mediação

53 Art. 484-A. O contrato de trabalho poderá ser extinto por acordo entre empregado e empregador.

54 Art. 507-A. Nos contratos individuais de trabalho cuja remuneração seja superior a duas vezes o limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social, poderá ser pactuada cláusula compromissória de arbitragem, desde que por iniciativa do empregado ou mediante a sua concordância expressa, nos termos previstos na Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996.

55 Art. 510-A. Nas empresas com mais de duzentos empregados, é assegurada a eleição de uma comissão para representá-los, com a finalidade de promover-lhes o entendimento direto com os empregadores.

56 Art. 510-B. A comissão de representantes dos empregados terá as seguintes atribuições: III – promover o diálogo e o entendimento no ambiente de trabalho com o fim de prevenir conflitos; IV – buscar soluções para os conflitos decorrentes da relação de trabalho, de forma rápida e eficaz, visando à efetiva aplicação das normas Legais e contratuais.

57 Art. 620. As condições estabelecidas em acordo coletivo de trabalho sempre prevalecerão sobre as estipuladas em convenção Coletiva de trabalho.

58 Art. 652. Compete às Varas do Trabalho: f) decidir quanto à homologação de acordo extrajudicial em matéria de competência da Justiça do Trabalho.

59 Art. 855-B. O processo de homologação de acordo Extrajudicial terá início por petição conjunta, sendo obrigatória a representação das partes por advogado.

seja levado a homologação judicial, por via do procedimento de jurisdição voluntária, garantindo-se em lei a segurança jurídica necessária em composições do gênero.

5. RESULTADOS PRÁTICOS DOS MÉTODOS DA SOLUÇÃO DE CONFLITOS NO TRT 11

Em ata da correição ordinária realizada no Tribunal Regional do Trabalho da 11ª Região (TST – TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO – Corregedoria Geral da Justiça do Trabalho), no período de 8 a 12 de julho de 2019 foi informado pelo TRT 11 que, anteriormente à vigência da Resolução 174/2016 do Conselho Superior da Justiça do Trabalho (CSJT), por meio da qual foram definidas diretrizes da política judiciária nacional de tratamento adequado das disputas de interesses no âmbito do Poder Judiciário do Trabalho, já havia instituído o Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos, por intermédio da Resolução Administrativa 198/2011.

A fim de adequar suas normas àquela emanada pelo CSJT, instituiu os Centros Judiciários de Métodos Consensuais de Solução de Disputas da Justiça do Trabalho (CEJUSC-JT), por meio da Resolução Administrativa 98/2017, posteriormente alterada pela Resolução Administrativa 189/2017.

Os CEJUSC encontram-se localizados nas cidades de Manaus-AM e Boa Vista-RR. De acordo com a Resolução Administrativa 98/2017, atribuiu-se aos CEJUSC a realização de audiências de conciliação e mediação de processos em qualquer fase ou instância, inclusive, naqueles pendentes de julgamento perante o Tribunal Superior do Trabalho (TST).

Nos termos do disposto no artigo 10º, § 5º, da referida norma, a presença do advogado do reclamante às audiências de conciliação e mediação promovidas pela unidade apenas é dispensa, na hipótese de o demandante ter se valido do *jus postulandi* para deduzir sua pretensão em Juízo. Nesses casos, em que o reclamante não possui advogado constituído nos autos, segundo informações colhidas durante o período da Correição Ordinária, a realização de audiências em ambiente virtual pressupõe a anuência expressa das partes. Celebrado o acordo, os termos da conciliação são reduzidos a termo por servidor e encaminhados ao coordenador do CEJUSC, que envia a ata para as partes. Devidamente notificadas, as partes possuem o prazo de dois dias úteis para se manifestarem. Transcorrido o prazo sem que haja impugnação, o acordo então é homologado pelo magistrado.

Nos termos do disposto no artigo 5º, § 2º, da referida norma, faculta-se ao Juiz Coordenador do CEJUSC a designação de audiência para a homologação do termo de acordo.

O TRT 11 informou que, quanto ao CEJUSC de Manaus, em 2017 não foram realizadas audiências de conciliação, porquanto sua inauguração ocorreu apenas em 9 de abril do ano seguinte. Conforme o quadro abaixo dos anos 2018 e 2019:

MÊS	Audiências designadas	Audiências efetivamente realizadas	Acordos homologados	%	Valores homologados (R\$)
ABRIL / 2018	558	208	118	56,73%	774.017,82
MAIO / 2018	381	163	100	61,35%	1.265.052,92
JUN / 2018	342	179	130	72,63%	1.217.082,00
JUL / 2018	361	191	134	70,16%	2.281.896,25
AGO / 2018	350	216	136	62,96%	11.574.486,79
SET / 2018	207	118	65	55,08%	1.666.411,67
OUT / 2018	254	149	92	61,74%	548.304,06
NOV / 2018	323	173	105	60,69%	1.934.675,90
DEZ / 2018	226	126	79	62,70%	1.291.216,26
Total / 2018	3002	1523	959	-	22.553.143,67
Média / 2018	333,55	169,22	106,55	62,97%	2.505.904,85
JAN / 2019	184	102	63	61,76%	459.434,92
FEV / 2019	255	130	96	73,85%	1.281.966,99
MAR / 2019	214	111	56	50,45%	1.479.977,17
ABRIL / 2019	189	106	59	55,66%	503.266,85
MAIO / 2019	215	112	99	88,39%	1.329.948,22
JUN / 2019	184	101	73	72,28%	2.083.831,78
Total / 2019	1241	662	446	-	7.138.425,93
Média / 2019	206,83	110,33	74,33	67,37%	1.189.737,65

Fonte: TRT 11 (2019)

O TRT 11 enfatizou que o CEJUSC de Manaus possui quadro de servidores próprio. O CEJUSC de Boa Vista/RR, por sua vez, possui duas baias para a realização de audiências de conciliação e uma sala destinada ao gabinete do coordenador, não possuindo quadro próprio de servidores. Informou o TRT, ainda, que todos os servidores que desempenham atividades nos CEJUSC foram capacitados em métodos consensuais de solução de disputas.

Em relação à estrutura física do CEJUSC de Manaus, constatou-se, em visita ao local, que a unidade possui espaço físico próprio. No CEJUSC de Manaus há seis mesas de conciliação, em baias individuais, e uma sala para a coordenação.

Em 2018, no âmbito do CEJUSC de Manaus, o Tribunal asseverou que foram designadas audiências de mediação e conciliação em processos de 1º, 2º e 3º graus, em fases de conhecimento, de liquidação e de execução. No que se refere ao CEJUSC de Boa Vista, o Tribunal afirmou que sua implantação ocorreu apenas em 10 de dezembro de 2018.

Destacou-se que, caso frustrada a conciliação ou a mediação no âmbito dos CEJUSC, os autos são devolvidos à Vara do Trabalho de origem, notificando-se as partes sobre as audiências já designadas. Na hipótese de a Vara do Trabalho de origem ter cancelado a audiência, as partes são cientificadas da designação de nova data.

O Tribunal destacou que no âmbito dos CEJUSC não há exame do mérito ou questão jurídica, tampouco são realizados quaisquer outros atos decisórios. Na hipótese de conciliação frustrada, a defesa e demais documentos não são recebidos pelo CEJUSC.

6. CONCLUSÃO

O conflito está presente em todas as relações humanas, inclusive nas relações de trabalho e emprego. Para que não haja prejuízos, necessita-se da elaboração de pesquisas e estudos sobre os instrumentos eficazes para solucionar os dissentimentos. O objetivo da resolução não é o de resolver tão somente a crise de desempenho da Justiça, de reduzir o monumental acervo de processos do Judiciário pátrio, e sim dar tratamento adequado aos conflitos de interesses.

A mediação e conciliação de conflitos traz para o cenário brasileiro um novo modelo de gestão de conflitos. Um modelo que incentiva e trabalha o conflito como algo natural e próprio para o aprimoramento das relações humanas, a cooperação e construção de consenso, o ganha-ganha no processo decisório, o estímulo, a empatia e a percepção de pontos convergentes na solução de controvérsias.

A legislação brasileira apresenta a mediação como uma técnica e a possibilidade de sua utilização na esfera judicial e extrajudicial. Apresenta ainda a necessidade de capacitação dos mediadores e conciliadores como pontes entre os litigantes para uma solução de litígio.

Estes artigos por meio do estudo detalhado apresentam aspectos atuais sobre a mediação e conciliação na Justiça do Trabalho, com isso, conclui-se que os órgãos jurídicos do Brasil precisam pensar mais sobre o tema, trazendo para a sociedade este método que tem a finalidade de elaborar soluções práticas, de modo que as dificuldades não ofusquem o esforço de consolidar o instituto da mediação e conciliação, algo que se mostra mais relevante neste momento.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **ata da correição ordinária realizada no tribunal regional do trabalho da 11ª região, no período de 8 a 12 de julho de 2019**. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/documents/24638414/24671606/17-+ATA+TRT+11.pdf/13103a4e-8a9-0da3-5dd4-07ea46854d8d>. Acesso em: 29/08/2021.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Brasília, DF, out. 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 19/08/2021.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Brasília, DF, out. 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 19/08/2021.

BRASIL. **Conselho Nacional de Justiça**. Azevedo, André Gomma de (Org.). Manual de Mediação Judicial, 6a Edição (Brasília/DF:CNJ), 2016).Lei 13/105, de 16 de março de 2015. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 25/08/2021;

BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho**. DF, outubro 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 19 out. 2019.

BRASIL. **Manual de Mediação Judicial**. Ministério da Justiça, 2009. Disponível em:< <http://www.youblisher.com/p/51028-Manual-de-Mediacao/>>. Brasília, DF. 2009. Acesso em 21/08/2021.

CHAVES, E; SALES L. **Mediação e Conciliação Judicial – A Importância da Capacitação e de seus Desafios**. Sequência (Florianópolis), n. 69, p. 255-280, dez. 2014.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 16. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2017.

MAIA, Renata Christiana Vieira. TONOLI, Emanuelle dos Santos. **A mediação como instrumento da negociação coletiva trabalhista**. In: Publica Direito. Minas Gerais, Disponível em <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=340f2a36d43c3b00>>. Acesso em: 20/08/2021.

SCHIAVI, Mauro. **Manual de Direito processual do trabalho**. 10 ed. - São Paulo: LTr, 2016.

SILVA, C.; SPENGLER, F. **Mediação, Conciliação E Arbitragem Como Métodos Alternativos Na Solução De Conflitos Para Uma Justiça Célere E Eficaz**. Revista Jovens Pesquisadores, Santa Cruz do Sul, v. 3, n. 1. p. 128-143, 2013.

TAVARES, Fernando Horta. **Mediação e Conciliação**. BH: Melhoramento, 2002.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação e prática restaurativa**, 2ª ed. Ver. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2012.



VEZZULLA, Juan Carlos. **Teoria e prática da mediação**. Curitiba: Instituto de mediação e arbitragem no Brasil, 1998.

A PSICOPATIA À LUZ DO DIREITO PENAL BRASILEIRO

NICOLAS RICARDO LASCANO ZANELATO:

Bacharelado em Direito pelo Centro
Universitário São Lucas Ji-Paraná – UniSL.

1. INTRODUÇÃO

A criminalidade no Brasil atinge níveis bem altos a cada ano que passa. Nesse sentido, há uma porcentagem dessa taxa que corresponde a delitos cometidos por pessoas com psicopatologias, tais como o distúrbio de personalidade antissocial ou sociopata.

Esse distúrbio, também chamado de *psicopatia*, se condiciona pela anomalia do sistema límbico do sujeito, incapacitando-o de ter uma consciência afetiva e emocional. Desse modo, ele pode vir a cometer atos de crueldade indiscriminadamente, sem sentir qualquer empatia ou remorso - ou mesmo vir a aprender com seus atos, uma vez que há grande distorção ou até ausência de valores humanos.

Com essa pesquisa, buscar-se-á compreender quais os impactos que o indivíduo patologicamente acometido por psicopatia tem sobre a sociedade em si e, sobretudo, a respeito dos direitos dispensados a este no que concerne à imputabilidade de seus crimes, objetivando compreender as ferramentas disponíveis na lei e doutrina jurídica brasileira.

Para tanto, será utilizado como fonte de pesquisa análise doutrinária, estudo de caso e revisão de publicações e bibliografias que tratam sobre o assunto no âmbito jurisdicional.

O artigo tem como propósito contemplar a disciplina Trabalho de Conclusão de Curso I – TCC I, em Direito, no qual pretende-se identificar quais outros meios de condenação um psicopata pode acatar, sendo que o magistrado pode se valer do fato de haver um laudo psicopatológico e ceder lugar em casa de reabilitação adequada ou manicômio - quando em casos severos -, em detrimento do sistema prisional comum brasileiro. Também se busca enfatizar o meio processual utilizado pelos magistrados, para fundamentação das sentenças e os riscos que essas sentenças podem causar.

2. PROBLEMATIZAÇÃO

No direito penal brasileiro, enquanto ciente, faz-se necessário acompanhar a evolução dos tempos e a mudança da vida social, a fim de que sua capacidade legislativa não se perca ou se torne algo inutilizável.

Não há uma legislação específica para a psicopatia no Brasil, assim, constata-se que a justiça brasileira esqueceu-se dos indivíduos acometidos pelo transtorno.

Nas decisões judiciais no Brasil os indivíduos, ou são tidos como imputáveis, sofrendo a aplicação da pena privativa de liberdade, como ocorreu na maioria dos casos anteriores, ou são considerados semi-imputáveis, podendo assim utilizar nosso código penal para uma redução de pena.

Envolvendo o tema, temos o artigo 26 do Código Penal Brasileiro de 7 de dezembro de 1940,

Isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado era, no tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter criminoso do fato ou de determinar de acordo com esse entendimento (BRASIL, 1940, Art. 26).

A pessoa que, por problema qualquer, não consegue ter a capacidade de saber o que faz, não tem como pagar pelos seus atos. Todavia, como lido no artigo, somente por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto o indivíduo será isento de pena, assim o legislador faculta ao magistrado as duas opções de sanções, mas, esquecendo-se de que a psicopatia não é uma doença e sim um transtorno mental.

Mesmo que o psicopata seja julgado por um crime que o leve à prisão, essa não se torna eficaz quanto à conduta do condenado, por razão de que ele não conseguirá reavaliar seus atos em decorrência do transtorno mental que possui. O caminho também não seria isentar o psicopata dos seus crimes, mas sim procurar uma solução que ofereça algum retorno, bem como recursos para lidar com os casos futuros.

Um dos casos mais famosos, conhecidos no Brasil, é o de João Acácio Pereira da Costa, o bandido da luz vermelha - foi assaltante, esturador e um assassino em série, preso aos 24 anos de idade e condenado em 88 processos, sendo 77 roubos e 04 homicídios. Tinha a peculiaridade de entrar nas casas, descalço e com uma lanterna vermelha, para iluminar. Como na legislação do Brasil o prazo máximo da pena é de 30 anos de reclusão, logo foi solto ao cumpri-la, mas foi morto quatro meses depois por um homem que se defendeu numa tentativa de homicídio de João Acácio (BANHA, 2008).

Tratando-se do assunto que vem crescendo muito nos últimos tempos, motivado pela magnitude dos casos e a curiosidade em entender como um ser consegue fazer tamanha crueldade sem sentir um resquício de sentimento de humanidade no ato - não conseguir sentir pena ou remorso: como no exemplo do bandido da luz vermelha, resta questionar se depois de pagar sua pena, estaria pleno em suas condições mentais para voltar a conviver em sociedade?

Qual o é risco de ter um psicopata à solta na sociedade, ou até mesmo quando indiciado por um crime?

Trata-se de um tema com muitos problemas sociais, muitas hipóteses, que foram até tomadas com base em outros países com grande número de casos, como os Estados Unidos – onde existem atualmente 220 mil homicídios não resolvidos desde a década de 1980, graças, principalmente, à falta de recursos. Qual seria a solução menos danosa e mais eficaz para o psicopata que irá pagar pelos seus atos, acolhendo seus direitos?

3. HIPÓTESES

- Construção de estabelecimentos apropriados no Brasil para receber réus acometidos de psicopatia ou distúrbios mentais, que cometeram crimes de homicídio ou propensos a cometê-los, com base em apuradas investigações.
- Disposição de uma penitenciária com alas separadas dos demais detentos, rigorosamente segura, a fim de evitar rebeliões e facilitar a gestão adequada desses detentos especiais. No entanto, pela realidade da superlotação que há nos presídios brasileiros atualmente, essa é uma ideia praticamente inconcebível.
- Ampliação dos debates no meio legislativo acerca da psicopatia, para fins de obtenção de soluções eficazes e formulação de novas leis que vigorem diante da correta punição de réus psicopatas.

4. OBJETIVOS

4.1 Geral

- Identificar quais as penalidades aplicáveis aos autores de crimes com personalidade psicopata, perante a jurisprudência brasileira, de modo que assegure os seus direitos estabelecidos por lei e se tomem as medidas mais eficientes para o enfrentamento da problemática, formulando novos parâmetros no ordenamento jurídico que contemplem a imputabilidade ao psicopata.

4.2 Específicos

- Observar o entendimento dispensado aos delitos cometidos por psicopatas no direito penal brasileiro;
- Compreender quais os direitos do réu nessas circunstâncias, buscando a forma adequada da aplicação da pena;

- Correlacionar o ordenamento jurídico brasileiro ao de outros países - Estados Unidos e Inglaterra - no quesito pautado.

5. JUSTIFICATIVA

Os famosos livros sobre psicopatas tratam de indivíduos meticolosos, calculistas e que estão sempre um passo à frente para matar e pegar suas vítimas. Um deles é sobre Hannibal Lecter – célebre personagem criado por Thomas Harris, em 1981, no livro “Dragão Vermelho” -, com hábitos de canibalismo e que depois de um tempo, após ter sido pego, trabalhou em prol da polícia para pegar outros *serial killers* - algo que se verá surreal no decorrer desse trabalho.

Pretende-se, com essa pesquisa, analisar as circunstâncias reais de um psicopata e como sua conduta pode atingir diretamente a sociedade, gerando problemáticas que envolvem, além das preocupações sociais, o âmbito criminalístico e jurisdicional.

A quantidade de pena se vale pelo tipo de crime. Psicopatas e sociopatas, em geral, procuram humilhar suas vítimas, como: abusar até chegar ao estupro; subjugar até causar dor (tortura). Além da violência, pode-se ter os crimes de estelionato e fraude. Tudo isso varia do grau de psicopatia em que se encontra o indivíduo, sendo impulsivo, mas nunca passional.

Nesse sentido, cabe avaliar se esses indivíduos podem ser considerados imputáveis por lei ou não, uma vez desprovidos de julgamentos morais e com ausência de quaisquer sinais de psicoses ou alucinações condicionadas pelo transtorno.

Assim, ressalta-se a importância do tema proposto e a necessidade de um estudo mais minucioso, pois são indivíduos que precisam ser encontrados e reabilitados para se tornarem aptos ao convívio em sociedade, ou receber o devido julgamento dentro dos parâmetros legais atualizados.

Sendo assim, pretende-se também reconhecer no ordenamento jurídico quais os recursos utilizados no julgamento de réus acometidos por esse transtorno de personalidade. Vale ressaltar que tais parâmetros encontram-se obsoletos, devendo ser revisados para a formulação legislativa de novos recursos no direito penal brasileiro, para uma eficiente condução dos casos futuros.

6. REFERENCIAL TEÓRICO

Quando se fala em psicopatia, claramente o que vem à mente é um indivíduo que possui um grande déficit de habilidades sociais, o que o torna incapacitado para viver em sociedade, tendo que passar toda sua vida solitário. Nem todos estão inclinados a matar,

entretanto, às vezes agem usando a manipulação, a trapaça e os comportamentos dissimulados.

A par da conduta psicopata, menciona a psiquiatra Ana Beatriz Barbosa Silva, em seu livro *Mentes perigosas: o psicopata mora ao lado*,

É importante ter em mente que todos os psicopatas são perigosos, uma vez que eles apresentam graus diversos de insensibilidade e desprezo pela vida humana. Porém, existe uma fração minoritária de psicopatas que mostra uma insensibilidade tamanha que suas condutas criminosas podem atingir perversidades inimagináveis. Por esse motivo eu costumo denominá-los de psicopatas severos ou perigosos demais. Eles são os criminosos que mais desafiam a nossa capacidade de entendimento, aceitação e adoção de ações preventivas contra as suas transgressões. Seus crimes não apresentam motivações aparentes e nem guardam relação direta com situações pessoais ou sociais adversas (SILVA, 2008, p. 129).

Com toda essa anomalia cerebral, o psicopata/sociopata é considerado muito inteligente pela própria "arrogância", pois o que ocorre é que o cérebro do sociopata funciona de uma forma diferente dos outros, a partir da manifestação puramente racional, isenta de qualquer emotividade ou consciência sobre os valores humanos, podendo assim não haver um mediador que o bloqueie na concepção de seus objetivos mais perversos.

"Etimologicamente, a palavra *psicopatia*, vem do grego *psyché*, alma, e *pathos*, enfermidade" (DUARTE, 2018, p. 11). Ainda segundo Duarte (2018), o conceito de psicopatia não é consenso entre todos os estudiosos, pois não se encaixa na visão de uma doença mental - na qual apresentam qualquer tipo de desorientação, delírios e alucinações, ou ainda, intenso sofrimento mental.

Segundo a Organização Mundial de Saúde (1948), OMS, emprega-se o termo Transtorno de Personalidade Dissocial - registrado na Classificação Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde (1993), CID-10, sob o código F60.2, acolhido definitivamente pelo Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais (1994), DMS-IV - como um "transtorno de personalidade caracterizado por um desprezo das obrigações sociais, falta de empatia para com os outros."

Há uma irregularidade entre o comportamento e as normas sociais. O comportamento não é simplesmente modificado pelas experiências adversas, e nem pelas repreensões.

Os portadores desse distúrbio são pessoas com anomalias cerebrais no sistema límbico - que seria a área do cérebro responsável por processar emoções e comportamento sociais, também do aprendizado e da memória -, com isso, incide essa falta de empatia e afetividade com as outras pessoas, tornando alguém como um simples objeto, até mesmo sem afetividade parental, como muitos casos mostram de assassinos que começam com os próprios familiares.

Na área criminal, com base no Código Penal Brasileiro (1940), a criminologia é o estudo e a explicação de uma infração legal, algo que está na lei, em artigos, com o objeto de crime envolvendo criminoso e vítima. Com esse estudo explora-se a psicopatia dentro da criminologia, como uma psicologia criminal e psiquiatria criminal, sendo diferente uma da outra.

A psicologia criminal fala da personalidade da pessoa, a forma de ser e tudo o que pode influenciar para a prática do crime, um estudo mais aprofundado, o que tem que ser visto muito cuidadosamente. Já, na psiquiatria criminal, seria o entendimento dos transtornos anormais, envolvendo doenças mentais, retardos mentais e esquizofrenias de ídolo psicóticas.

Conforme Odon Ramos Maranhão, há patente carência de psicose de qualquer tipo nesses indivíduos, bem como de manifestações neuróticas na conduta psicopata,

Não apresentam sinais de psicose de qualquer tipo. Seu pensamento é lógico e convincente. [...]. Expressam serenidade e bem estar físico. Não se observam indícios de angústia ou ansiedade, fenômenos histéricos ou atos obsessivo compulsivos. Comunicam impressão de absoluta tranquilidade (MARANHÃO, 2008, p. 87).

Com relação à culpabilidade, o texto de Cezar Roberto Bitencourt disserta,

Hodiernamente, a culpabilidade é vista como possibilidade de reprovar o autor de um fato punível porque, de acordo com os fatos, podia e devia agir de modo diferente. Sem culpabilidade não pode haver pena e sem dolo ou culpa não pode existir crime. Pelo exposto, a responsabilidade objetiva é insustentável no sistema penal brasileiro, que, certamente, encapou as ideias da responsabilidade penal subjetiva (BITENCOURT, 2011, p. 125).

Desse modo é necessário entender que o direito penal se coloca como protetor dos bens jurídicos, de valores considerados essenciais, porque no final o direito tem que ter a reposta a um crime cometido. A lei tem que prever isso. Para a formulação de uma lei é

preciso ter havido o agravo de uma situação, como no Brasil já ocorreu tal agravo, a justiça brasileira tarda em sua providência.

Previsto no art. 121 do Código Penal (1940), o homicídio praticado por psicopatas é julgado pelo Conselho de Sentença, órgão integrante do Tribunal do Júri, com isso a sentença sairá em conformidade com o conjunto probatório apresentado.

Após a prisão de um indivíduo psicopata cabe ao juiz da sentença a fixação do regime inicial da execução da pena aplicada, seguindo os seguintes critérios legais: quantidade da pena aplicada, natureza e reincidência (conforme art. 33, caput, do CP/40, combinado com o seu § 2º e alíneas).

Pela Justiça Brasileira, a sentença pode ocorrer de diferentes maneiras, se o juiz reconhecer que o indivíduo é imputável, sendo aquele que tem plena consciência de seus atos, assim punido como qualquer outro criminoso comum, ou semi-imputável, que não consegue controlar seus atos, embora tenha consciência deles, havendo assim a redução de dois terços da pena ou enviá-lo para um hospital de custódia, considerando que tenha tratamento. Mas como se sabe a psicopatia não tem tratamento.

Para o Promotor de Justiça Marcellus Ugiette,

Um psicopata não tem a capacidade de arrependimento, ele não entende o que é errado e certo, sendo assim, ainda que este acabe cumprindo sua punição, não se demonstrará arrependimento do que fez. Deste modo, no momento em que for solto, o psicopata provavelmente voltará a realizar os mesmos crimes que o levou a ser preso (apud PASSOS, 2008, p. 6).

Nisso entra a opção de uma prisão especial aos psicopatas, pois atualmente todos se encontram juntos aos criminosos comuns, prejudicando assim e muito a reabilitação de ambos, pois, mesmo com vários anos de prisão, não produz nenhum avanço no tratamento de indivíduos psicopatas, já que são incapazes de aprender e internalizar valores e princípios, ou mesmo de se culpabilizar pelos próprios atos que o levaram à condenação.

Tanto um indivíduo normal quanto o psicopata, após a sua prisão tem todos os efeitos de progressão de regime da pena ou de concessão de livramento condicional, indulto e comutação de penas. Pensando assim, é claro que qualquer pessoa gostaria de terminar o cumprimento de pena no menor tempo possível, passando-se por um detento exemplar.

Para Alexandra Carvalho Lopes de Oliveira, quanto ao tratamento que é dispensado, conforme a legislação penal brasileira aos criminosos psicopatas,

Não serve como forma de punição aos psicopatas [...] uma vez que apresenta inteira indiferença aos institutos penalizadores diante da sua carência afetiva. E sem o adequado acompanhamento "brincarão" com o sistema carcerário, tendo em vista que poderão manipular a realidade apresentando bom comportamento para serem beneficiados com a progressão de regime, por exemplo, voltando mais rápido à convivência com a população (apud PASSOS, 2019, p. 6).

Há ideias, que seriam realmente úteis no Brasil, como da Inglaterra, onde existe o *Dangerous and Severe Personality Disorder* (2001) – DSPD (Programa para Pessoas Perigosas com Transtornos Graves da Personalidade) – que é uma iniciativa conjunta entre os Ministérios da Justiça e da Saúde e o sistema prisional britânico, em que os presos considerados perigosos, estejam eles soltos ou perto do fim da sentença, são acompanhados de perto por funcionários do governo para que não reincidam nos crimes.

O psicopata, no direito penal brasileiro, se torna mais um criminoso comum em nossa sociedade, pois além de ser pouco compreendido, os critérios de prisão e reeducação são mal manejados.

Dizia o filósofo Michael Foucault em sua obra *Vigiar e Punir*,

Habitualmente se acredita que a prisão era uma espécie de depósitos de criminosos, depósitos cujos inconvenientes se teriam constatado por seu funcionamento, de tal forma que se teria dito ser necessário reformar as prisões, fazer delas um instrumento de transformação dos indivíduos. [...] . Desde 1820 se constata que a prisão, longe de transformar os criminosos em gente honesta, serve apenas para fabricar novos criminosos ou para afundá-los ainda mais na criminalidade. (FOUCAULT, 1979, p.131-132).

7. METODOLOGIA

A pesquisa a ser realizada caracteriza-se como básica, fundamentando-se em estudo de caso, análise doutrinária e revisão de publicações e bibliografias, a partir das quais serão tratados os riscos trazidos pelos psicopatas e como o direito penal brasileiro irá tratar com esses indivíduos.

Esta pesquisa será desenvolvida em dois semestres, compreendido pelo período de estudo da disciplina TCC I e TCC II, que consistirá na elaboração do projeto e realização de estudos exploratórios, a fim de se definir as prováveis fontes de estudos. Seguindo assim a constituição da realização da pesquisa propriamente dita, que ocorrerá durante o curso

de Direito na disciplina TCC II, quando os dados serão coletados, analisados e utilizado para a elaboração de um trabalho de conclusão de curso, no curso de ciências jurídicas do Centro Universitário São Lucas.

8. RECURSOS

Os recursos financeiros conforme gastos estão expostos na tabela descritiva.

Descr. Produto	Quantidade	Gastos R\$
Canetas	02(duas)	4,50
Pen Drive	01(um)	30,00
Bloco de Notas	01(um)	2,50
Custos Total (R\$)	----- ----	37,00

9. CRONOGRAMA

ATIVIDADES	PERÍODO: 2020/1 – 2020/2											
	Fev.	Mar.	Abr.	Mai.	Jun.	Jul.	Ago.	Set.	Out.	Nov.	Dez.	
Escolha do tema e Orientador	■											
Elaboração do Projeto			■	■	■	■	■					
Encontros com o Orientador	■				■							
Pesquisa Bibliográfica	■	■	■	■	■							
Aprofundamento dos estudos teóricos						■	■	■	■			
Análise, interpretação dos dados e produção textual							■	■	■			
Digitação e formatação final									■	■		
Entrega e Apresentação à Banca										■	■	
Correção sugerida pela Banca												■

10. REFERÊNCIAS

Associação Americana de Psiquiatria. **Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais: DSM-IV-TR. Consultoria e coordenação de Miguel R. Jorge.** 4. ed. Porto Alegre: Editora Aritmed, 2008. p. 656-658. Disponível em: http://www.clinicajorgejaber.com.br/2015/estudo_supervisionado/dsm.pdf. Acesso em 28

mar. 2020.

BANHA, Nathalia. **A resposta do Estado aos crimes cometidos por psicopatas**. 2008. 33 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Curso de Direito, Campus João Paulo do Valle Mendes, Belem. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5321. Acesso em: 25 mar. 2020.

BICUDO, Tatiana Viggiani. **Por que punir? Teoria Geral da Pena**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. Disponível em: https://www.academia.edu/35042990/Tatiana_Viggiani_Bicudo_Por_Que_Punir_teor_geral_da_pena. Acesso em: 29 mar. 2020.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral 1**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 125 e 781 – 782. Disponível em: <https://biblioteca.isced.ac.mz/bitstream/123456789/756/1/Tratado%20de%20Direito%20Penal%20%20Parte%20geral%20%20%20Cezar%20Roberto%20Bitencourt.pdf>. Acesso em: 25 mar. 2020.

BRASIL. **Decreto-lei 2848/40 Institui o Código Penal Brasileiro**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 28 mar. 2020.

DUARTE, Tatiane Borges. **Psicopatia Versus o Sistema Penal Brasileiro: Como Enfrentá-la?**. 2018. 53 f. Trabalho de Conclusão de Curso – Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2018.

EMILIO, Caroline Souza. **Psicopatas Homicidas e as Sanções Penais a Eles Aplicadas na Atual Justiça Brasileira**. 2018. Disponível em: http://www.pucrs.br/direito/wp-content/uploads/sites/11/2018/09/caroline_emilio.pdf. Acesso em: 28 mar. 2020.

FOUCAULT, Michael. **Vigiar e Punir: O Nascimento da Prisão**. Tradução Raquel Ramallete 35ª edição. Petrópolis: Editora Vozes, 2008. Disponível em: <http://revistacientifica.pm.mt.gov.br/ojs/index.php/semanal/article/view/262>. Acesso em: 29 mar. 2020.

MARANHÃO, Odon Ramos. **Psicologia do Crime**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 87.

Organização Mundial da Saúde. **Classificação de Transtornos Mentais e de Comportamento da CID-10: Descrições Clínicas e Diretrizes Diagnósticos**. Tradução de Dorgival Caetano. Porto Alegre: Editora Aritmed, 1993. p. 199-200.

PASSOS, Beatriz Fernandes. A figura do psicopata no ordenamento judiciário brasileiro. **Conteúdo Jurídico**, Brasília-DF, 11 jun 2019. p. 6. Disponível em: <https://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/53038/a-figura-do-psicopata-no-ordenamento-judiciario-brasileiro>. Acesso em: 12 Jun. 2020.

SILVA, Ana Beatriz Barbosa. **Mentes Perigosas: o psicopata mora ao lado**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2008. p. 129.

SZKLARZ, Eduardo. **E se...fosse possível prever os crimes dos psicopatas? SUPERINTERESSANTE**: Mentes psicopatas, São Paulo, n.º 267, p. 21, 2009.

SZKLARZ, Eduardo. **O Psicopata na justiça brasileira**. 2016 Disponível em: <https://super.abril.com.br/comportamento/o-psicopata-na-justica-brasileira/#:~:text=Em%20geral%2C%20o%20psicopata%20pode%20seguir%20dois%20caminhos%20na%20Justi%C3%A7a%20brasileira.&text=Como%20n%C3%A3o%20h%C3%A1%20pris%C3%A3o%20especial,os%20outros%20presos%2C%20lidera%20rebeli%C3%B5es>. Acesso em: 12 Jun. 2020.

REFLEXÃO CRÍTICA AO FENÔMENO DA ELISÃO FISCAL NO BRASIL

WELLINGTON CACEMIRO: Jornalista, pesquisador jurídico, graduado em Direito pela Faculdade Multivix de Cachoeiro de Itapemirim e pós-graduando em Direito Processual Penal pelo Instituto Damásio de Direito da Faculdade Ibmec/SP.

YASMIN DO CARMO CACEMIRO⁶⁰

(coautora)

RESUMO: Qualquer estudo acadêmico que pretenda tecer oportuna apreciação ao fenômeno que titula o presente carece não só da cogente obrigação de explicá-lo, como também do inafastável dever de distingui-lo de outras duas práticas tributárias, a saber, a elusão fiscal e a evasão fiscal. Dito isto, o presente tenciona não só apresentar posicionamento doutrinário ao tema, mas, igualmente, explicitar sua recepção pela jurisprudência brasileira.

Palavras-chave: Direito Tributário; Carga Tributária; Planejamento; Sonegação.

ABSTRACT: Any academic study that intends to make a timely appreciation of the phenomenon that entails the present not only lacks the cogent obligation to explain it, but also the inexhaustible duty to distinguish it from other two tax practices, namely, tax elusion and tax evasion. That said, the present intends not only to present a doctrinal position on the theme, but also to make it explicit by Brazilian jurisprudence.

Keywords: Tax law; Tax Burden; Planning; Evasion.

SUMÁRIO: 1. Considerações iniciais. 2. Definição conceitual de elisão, elusão e evasão fiscal. 3. Controvérsia interpretativa. 4. Conclusão. 5. Referências.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Não é lugar-comum afirmar, como outros já o fizeram, que o Direito brasileiro, assim como inúmeros segmentos, passou por expressivas experiências e, mesmo, transformações ao longo do ano de 2020. Sejam estas legislativas, jurisprudenciais ou administrativas, fato é que, como resultado colateral da crise sanitária que ceifou a vida de milhares de pessoas e infectou milhões, práticas mudaram em quase todas as atividades e, dentre estas, na produção de normas, bem como na sua aplicação. De medidas emergenciais exaradas a

⁶⁰ Graduanda do Curso de Direito da Multivix Cachoeiro de Itapemirim.

atos de adaptação ou adequação, remanescem registradas mudanças que devem acompanhar operadores e estudiosos do Direito por algum tempo.

Para o arcabouço tributário, até o fechamento do presente, restavam expectativas sobre uma necessária reforma, sem, no entanto, a certeza de quando esta, efetivamente, se materializaria.

Para além de tal realidade, contudo, há que se considerar que alguns temas em Direito Tributário merecem forçosa revisão acadêmica e, por assim dizer, questionamento sobre sua eventual contemplação ou não nos esforços governamentais e legislativos que, em algum momento, produzirão a tão desejada reestruturação tributária.

Destarte, orientado sob tal premissa descortina-se neste ensaio esclarecimento sobre do que se tratam a evasão, a elisão e a elusão fiscal. Pretende-se destacar as diferenças entre os institutos, explicando-os à luz da melhor doutrina.

Tenciona-se também realizar reflexão crítica acerca do fenômeno que nomeia o título do presente, e elucidar se este pode ser considerado como uma prática saudável ou se, por outro lado, revela-se como espécie de problema do sistema tributário brasileiro.

Para tanto serão considerados não somente os preceitos e pensamentos majoritários sobre o tema, mas, igualmente, a jurisprudência que norteia as decisões administrativas e judiciais.

1. DEFINIÇÃO CONCEITUAL DE ELISÃO, ELUSÃO E EVASÃO FISCAL

Assevera o professor Alexandre Mazza (2020, p. 588) que a “elisão ou planejamento tributário é [o] nome dado à utilização de práticas lícitas realizadas pelo sujeito passivo, normalmente antes da ocorrência do fato gerador, com o objetivo de economizar no pagamento do tributo”.

Tal definição encontra-se em consonância com os ensinamentos do mestre Luciano Amaro (2017, p. 261) para quem o instituto “[...] traduziria qualquer modo de evitar ou reduzir tributo de maneira lícita, legítima”.

De igual modo, preleciona o advogado Sacha Calmon Navarro Coêlho (2020, p. 138) que “a evasão comissiva lícita [...] também chamada de economia fiscal ou, ainda, elisão fiscal, ocorreria quando o agente, visando certo resultado econômico, buscasse por instrumentos sempre lícitos, fórmula negocial alternativa e menos onerosa do ponto de vista fiscal [...]”.

Como informa o autor, para tanto, este [*o agente*] aproveitar-se-ia “de legislação não proibitiva ou não equiparadora de formas ou fórmulas de Direito Privado (redução legal das formas ao resultado econômico)”.

Sob tal perspectiva adverte acertadamente Mazza ao esclarecer que:

[...] embora as práticas elisivas impliquem redução no valor arrecadado pelo contribuinte e, por isso, encontrem sempre resistência por parte dos órgãos integrantes da estrutura fazendária, como a elisão é realizada dentro dos limites autorizados pelo ordenamento, não há como impedir ou proibir o contribuinte de buscar formas válidas de pagar menos tributo (MAZZA, 2020, p. 588)

O autor ilustra sua lição ao citar a mudança da sede de uma empresa para município onde o Imposto Sobre Serviços (ISS) tem alíquota menor. Como rememora, tal prática não incorre em ilegalidade e exemplifica adequadamente a elisão fiscal.

Neste sentido, interessante observar recente decisão judicial sobre o tema. Em apreciação ao instituto, em lide sobre a cobrança do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS), o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (TJMG) informa que “a elisão fiscal não é vedada pelo ordenamento jurídico e não autoriza que o Fisco desconstitua as operações realizadas de acordo com a lei para que incida maior carga tributária sobre a operação”.

Como prolatado na sentença, cuja ementa abaixo encontra-se reproduzida, “a criação de terceira pessoa jurídica com a finalidade de alterar a forma de recolhimento do ICMS, quando não vedada pelo ordenamento jurídico, constitui forma de elisão e não de evasão fiscal”. Se não, veja-se:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - REEXAME NECESSÁRIO - TRIBUTÁRIO - EXECUÇÃO FISCAL - EMBARGOS DO DEVEDOR - ICMS - SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - OPERAÇÃO INTERESTADUAL - ESTABELECIMENTO INDUSTRIAL - MESMA TITULARIDADE - EXCLUSIVIDADE - DESVIRTUAMENTO - **ELISÃO FISCAL** - **ATIVIDADE LÍCITA**. - Não se aplica a substituição tributária nas transferências promovidas pelo industrial para outro estabelecimento da mesma pessoa jurídica, exceto varejista, desde que o estabelecimento destinatário opere exclusivamente com mercadorias recebidas em transferência do remetente (§ 1º, artigo 18, inciso II, Anexo XV, do RICMS/MG; cláusula segunda, § 3º, Protocolo ICMS nº 28/2009) - O estabelecimento destinatário que

não operar exclusivamente com produtos fabricados por estabelecimento industrial de mesma titularidade faz jus à substituição tributária, com responsabilidade do remetente pelo recolhimento do ICMS devido nas operações subsequentes - O direito à liberdade da atividade econômica é assegurado pela Constituição Federal (art. 170, IV), o que permite ao contribuinte adotar meios lícitos de planejamento tributário visando a redução no pagamento de impostos - A elisão fiscal não é vedada pelo ordenamento jurídico e não autoriza que o Fisco desconstitua as operações realizadas de acordo com a lei para que incida maior carga tributária sobre a operação - A criação de terceira pessoa jurídica com a finalidade de alterar a forma de recolhimento do ICMS, **quando não vedada pelo ordenamento jurídico, constitui forma de elisão e não de evasão fiscal.**

(TJ-MG - AC: 10000210049128001 MG, Relator: Renato Dresch. Data de Julgamento: 13/05/2021. Câmaras Cíveis / 4ª Câmara Cível. Data de Publicação: 14/05/2021)

Importante destacar também, com fulcro na obra de Coêlho (2020, p. 138), que a elisão fiscal pode ser "*induzida*, quando a própria lei deseja o comportamento do contribuinte, por razões extrafiscais", ou, ainda, "*por lacuna*, quando a lei, sendo lacunosa, deixa buracos nas malhas da imposição, devidamente aproveitadas pelos contribuintes".

Exemplifica a primeira, na lição do autor, a isenção por dez anos do Imposto de Renda (IR) "para os lucros das indústrias que se instalem no Norte-Nordeste do Brasil e a celebração de negócios em zonas francas ou com compradores do exterior (imunidades ou isenções do export-drive)".

Já a segunda, que titula como a "verdadeira elisão, [...] por apresentar questionamentos jurídicos e éticos na sua avaliação", remete ao exemplo introdutório do tema em que tem-se a mudança do empreendimento ou negócio para município ou região onde são praticadas alíquotas mais vantajosas ou nas quais ofereçam-se benefício fiscal.

O instituto da elusão fiscal, por sua vez, encontra definição singular na obra de Mazza (2020, p. 588). Como afirma o autor, esta, também nominada "elisão ineficaz", "trata-se de um ato jurídico simulado visando não recolher ou recolher tributo a menor".

O próprio mestre assevera tratar-se, portanto, de reconhecido "abuso de forma". Para exemplificá-la de modo didático, retrata a "venda de mercadoria formalizada como 'prestação de serviço' tendo em vista que a alíquota do ISS é menor que a do ISS na operação".

Importante salientar igualmente que, como explica Mazza (2020, p. 591), “com o objetivo geral de combater fraudes à legislação tributária e, em especial, evitar manobras de elusão fiscal, foi desenvolvida a *teoria do abuso das formas*”. Esta, por sua vez, determina que “ficando evidenciado que o contribuinte utilizou uma ‘forma jurídica’ (instituto) distorcendo a finalidade que o ordenamento lhe confere (simulação), o intérprete/operador está liberado para qualificar a operação segundo a realidade econômica, ou seja, desconsiderando sua aparência jurídica”.

Para exemplificar as consequências do dispositivo o mestre vale-se de didática ilustração, abaixo reproduzida.

Assim, por exemplo, se ficar comprovada a intenção do contribuinte de fraudar a lei simulando uma doação, quando na verdade a transferência da propriedade ocorreu por meio de compra e venda, a teoria permitiria ao Fisco ignorar a “forma jurídica” doação e tributar o fato de acordo com a realidade econômica da operação: exigindo ITBI (transmissão onerosa) (MAZZA, 2020, p. 591)

Por conseguinte, como complementa o autor, “certo é que a teoria do abuso das formas sempre pressupõe a prova da intenção do contribuinte de fraudar a legislação tributária”. Assim sendo, esta, como pode-se deduzir, “enfrenta a grande dificuldade concreta de exigir o recolhimento de um tributo sem a ocorrência formal do fato gerador”.

Por fim, oportuno explicar, com base na magistral lição de Coêlho (2020, p. 138) que “tanto na evasão comissiva ilícita como na elisão fiscal existe uma ação do contribuinte, intencional, com o objetivo de não pagar ou pagar tributo a menor”. O que as diferencia, como bem informa o pesquisador, é: “a) a natureza dos meios empregados”; e, igualmente, “b) o momento da utilização desses meios”.

Esta correta definição permite introduzir esclarecimento sobre o terceiro instituto nominado no título do capítulo, o da evasão fiscal. Como defende Amaro (2017, p. 260) “se, na tentativa de encontrar um percurso livre de ônus fiscais, o indivíduo adota um roteiro ilegal ou fiscalmente inoperante, diz-se que ele praticou uma evasão ilegal (ou evasão, *tout court*)”.

Claro que, como é possível intuir do quanto exposto, o instituto pode ser interpretado como “procedimento que, de modo fiscalmente ilícito ou ineficaz, [busca] [...] não pagar tributo ou pagar menos do que o devido” (AMARO, 2017, p. 261).

Trata-se, portanto, de modalidade de “abuso de forma” que, nas palavras do próprio autor, “consistiria na utilização, pelo contribuinte, de uma forma jurídica atípica, anormal

ou desnecessária, para a realização de um negócio jurídico que, se fosse adotada a forma “normal”, teria um tratamento tributário mais oneroso”.

Cabe aqui retomar a preciosa preleção de Mazza (2020, p. 588) ao explicitar que a evasão, também denominada fraude fiscal ou sonegação fiscal, “consiste na prática de uma conduta ilícita pelo sujeito passivo, normalmente após a ocorrência do fato gerador, visando frustrar intencionalmente o recolhimento do tributo”. Da obra do autor extrai-se, a título de exemplo, a hipótese de “circular mercadoria sem emitir nota fiscal”.

Este, por sinal, como argumenta, representa crime de sonegação fiscal, cuja tipificação encontra-se preceituada na lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, que define os nominados crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo.

Por adendo há que se anotar também outras duas relevantes observações extraídas da obra do autor: primeiro que, como assevera, “crimes de sonegação fiscal exigem dolo”, sendo inadmitida, portanto, a forma culposa (MAZZA, 2020, p. 589). Segundo, e não menos importante, o Supremo Tribunal Federal já se pronunciou sobre o tema, tendo, inclusive, editado a Súmula Vinculante nº 24. Senão, vejamos:

Súmula Vinculante 24

Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei 8.137/1990, antes do lançamento definitivo do tributo.

Válido anotar ainda posicionamento de Coêlho (2020, p. 138), para quem “a evasão comissiva ilícita dá-se nas hipóteses de fraude, simulação e conluio, que são ações unilaterais ou bilaterais voltadas ao escopo de alterar a realidade com o fito de não pagar o tributo ou retardar o seu pagamento”. O mestre exemplifica oportunamente citando atos como a falsificação de documentos, notas fiscais, valores e negócios, dentre outros.

3. CONTROVÉRSIA INTERPRETATIVA

Se, por um lado, resta claro que a elisão fiscal é prática tributária e contábil minudente, assentada no esforço de buscar caminhos legais para minimizar o pagamento de tributos, por outro, remanesce, igualmente, a controvérsia sobre tratar-se ou não de prática saudável ou espécie de problema do sistema tributário brasileiro.

Para responder a esta questão o melhor caminho talvez seja extrapolar os limites do pensamento doutrinário para alcançar como posiciona-se a jurisprudência pátria sobre o tema. Neste sentido observe os julgados abaixo reproduzidos:

HOMOLOGAÇÃO DE ACORDO EXTRAJUDICIAL. REJEIÇÃO. SIMULAÇÃO QUANTO À NATUREZA JURÍDICA DAS PARCELAS. PREJUÍZOS AO ERÁRIO. 1. A homologação de acordo extrajudicial deve ocorrer quando preenchidos os requisitos formais descritos no art. 855-B e 855-E da CLT e não evidenciado nenhum prejuízo às partes e ao erário. 2. No caso, embora preenchidos os requisitos formais e não evidenciado prejuízos às partes acordantes, o valor discriminado pelas partes a título de indenização por danos morais é exatamente o valor da soma das verbas rescisórias descritas no TRCT [*Termo de Rescisão de Contrato de Trabalho*] juntado aos autos pelo autor (R\$ 13.650,22), o que evidencia um claro intuito das partes de alterar a natureza jurídica das verbas devidas para impedir a incidência do crédito previdenciário, sobre o qual as partes não podem dispor. 3. **Havendo fortes indícios da existência de elisão fiscal, com prejuízos ao erário, irretocável a decisão que deixa de homologar o acordo e extingue o processo sem resolução do mérito.** 4. Recurso do trabalhador a que se nega provimento.

(TRT-24. Processo n. 00251176320185240003, Relator: Leonardo Ely, Data de Julgamento: 03/06/2020, 2ª Turma)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. Exceção de pré-executividade parcialmente acolhida. Nulidade da CDA. Inexistência. Prosseguimento da execução mediante simples cálculo aritmético para expurgar o valor reconhecidamente indevido (REsp nº 1.115.501/SP). Alegação de que a multa possui caráter confiscatório. Descabimento. Hipótese em que o percentual elevado da multa é justificado pelo seu caráter punitivo, **necessário para coibir a elisão fiscal**, revelando-se moderada tendo em conta o seu propósito. **Posicionamento do Supremo Tribunal Federal.** Condenação ao pagamento de honorários advocatícios. Cabimento. Princípio da causalidade. Precedentes. Decisão parcialmente reformada. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

(TJ-SP - AI: 21342945720208260000 SP 2134294-57.2020.8.26.0000, Relator: Jarbas Gomes, Data de Julgamento: 10/07/2020, 11ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 10/07/2020)

Nota-se, pelo exposto, tratar-se de tema recorrente, submetido a apreciação regular em tribunais do país e, não menos relevante, pacificado por entendimento da maior instância do poder judiciário brasileiro. É possível reconhecer ainda tratar-se de matéria controvertida que, mesmo lícita, encontra evidente resistência.

Sobre tal é necessário pequeno adendo com fulcro na obra de Coêlho (2020, p. 144), para quem “a atividade lícita do contribuinte visando economizar impostos não pode ser considerada ilícita através de artifícios legais”.

Assim sendo, informa o autor ser cogente observar que “na elisão, a utilização dos meios ocorre antes da realização do fato jurígeno-tributário [...], antes que se exteriorize a hipótese de incidência tributária”. Significa dizer, portanto, que, como preleciona, “opcionalmente, o negócio revestirá a forma jurídica alternativa não descrita na lei como pressuposto de incidência ou pelo menos revestirá a forma menos onerosa”.

Por fim, imprescindível que se diga que existem outras centenas de exemplos jurisprudenciais possíveis e, mais relevante, trata-se a elisão de instituto bem sedimentado na jurisprudência brasileira, cabendo realmente apenas verificar a interpretação com melhor adequação a prática.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em sede de comentários finais, considerada a supracitada jurisprudência relativamente recente, parece desnecessário afirmar que eventuais controvérsias envolvendo os institutos da evasão fiscal, da elusão e da elisão fiscal são tema que, acredita-se, salvo normatização mais específica, por certo permanecerão atuais, hora sendo apreciados em juízo, hora como objeto de posicionamento doutrinário.

Tem-se clara a visualização do evidente conflito de interesses que posiciona em lados opostos a ânsia arrecadadora do fisco e, de outra parte, o natural desejo do contribuinte de maximizar o lucro, reduzindo, quando possível, o recolhimento de tributos.

Como é cediço, pagar tributo é ato compulsório, não espontâneo. Como tal suscita obviamente resistência. Neste sentido, aquele que lança mão de planejamento tributário, priorizando o recolhimento racional que lhe permita pagá-lo com a menor onerosidade possível, sem, evidentemente, afrontar a legislação tributária e ordenamento jurídico em sua totalidade, o faz escudado na máxima “*permissum censetur quod prohibitum non reperitur*”, ou, em bom português, “reputa-se permitido o que não é proibido”.

Assim sendo, a luz de tal perspectiva, mais do que simples problema do sistema tributário brasileiro parece-nos evidente tratar-se a elisão fiscal de prática saudável, excetuando-se, por evidente, os demais institutos apreciados.

Para não sê-lo remanesceria ao legislativo pátrio o ônus de tipificar/criminalizar as condutas que contemporaneamente são objeto de rusga entre a Fazenda e o sujeito passivo da obrigação tributária.

5. REFERÊNCIAS

AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 02 ago. 2021.

_____. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. *Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm>. Acesso em: 02 ago. 2021.

_____. Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990. *Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8137.htm>. Acesso em: 02 ago. 2021.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 24ª Região. Processo nº 0025117-63.2018.5.24.0003 (ROT). Relator: Leonardo Ely. Órgão julgador: 2ª Turma. Data de julgamento: 3 de junho de 2020. Disponível em: <<https://pje.trt24.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/00251176320185240003>>. Acesso em: 02 ago. 2021.

_____. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Processo nº AI AC 5021912-03.2016.8.13.0702 MG. Relator: Renato Dresch. Órgão julgador: Câmaras Cíveis / 4ª Câmara Cível. Data de julgamento: 13 de maio de 2021. Data de publicação: 14 de maio de 2021. Disponível em: <https://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_resultado2.jsp?listaProcessos=50219120320168130702>. Acesso em: 02 ago. 2021.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. Processo nº AI 2134294-57.2020.8.26.0000 SP. Relator: Jarbas Gomes. Órgão julgador: 11ª Câmara de Direito Público. Data de julgamento: 10 de julho de 2020. Data de publicação: 10 de julho de 2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/TJ-SP/attachments/TJ-SP_AI_21342945720208260000_f709f.pdf?AWSAccessKeyId=AKIARMMD5JEAD4VJ344N&Expires=1604434169&Signature=uTg1ILZo9OA2S25A1BE6YdLXy2M%3D>. Acesso em: 02 ago. 2021.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de direito tributário brasileiro / Sacha Calmon Navarro Coêlho*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

MAZZA, Alexandre. *Manual de direito tributário*. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

O REFLEXO DA PANDEMIA NO AUMENTO DE CASOS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER

EVANILSON PEREIRA LIMA:

Graduando do Curso de Direito no Centro Universitário Luterana de Manaus.

RESUMO: Os resquícios do modelo patriarcal que prevaleceu desde a formação da civilização produziram uma cultura intensificada de valores conservadores, estabeleceram barreiras à segregação e à distinção de gênero na sociedade e fizeram prevalecer a supremacia dos homens sobre as mulheres. As reflexões sobre essa desigualdade se estendem há séculos e os resultados ainda geram casos de violência continuada contra as mulheres até os dias de hoje, casos quase extremos, tornando inúmeras mulheres vítimas fatais em seu dia a dia. No entanto, deve-se ressaltar que houve uma certa evolução na legislação, ao se dar atenção ao crime de homicídio cometido contra a mulher de forma específica em razão do gênero, um novo tipo penal foi inserido na legislação, denominado feminicídio (Lei nº 13.104 / 2015). Os termos acima mencionados concentram-se em orientar as causas profundas da discriminação, ocultação e impunidade nos crimes contra as mulheres. No entanto, os diplomas recentes enfatizaram a responsabilidade do Estado, seja ela um ato ou uma inação, o Estado tende a se adaptar à deterioração desses problemas. Nesse contexto, a proposta visa analisar os aspectos gerais da violência, abordar de forma especial a violência contra a mulher e enfatizar as condições (fatores) que contribuem para esse círculo vicioso. Portanto, as características deste estudo são pesquisa bibliográfica, qualitativa, objetivos exploratórios e objetivos descritivos.

Palavras-chave: violência, mulher, feminicídio (Lei nº 13.104/2015).

ABSTRACT: Remains of the patriarchal model yielded an exacerbated culture that instilled in society a barrier that separates and differentiates the genres, prevailing the supremacy of the man over the woman. Reflections of this condition of inequality have dragged on for centuries, yielding fruits that, to this day, trigger continuous cases of violence against women, which border on the extreme, victimize in a fatal way countless of these in daily life. However, it is important to note that, in legal terms, there was a certain evolution, when the crimes of homicide practiced against women, by reason of gender, were specifically introduced, inserting in legislation a new criminal type, called femicide (Law n. 13.104/2015). The aforementioned instrument focuses on the discriminatory roots, invisibility and impunity that guide crimes against women. Nonetheless, the recent diploma evidences the responsibility of the State, which often agrees with the aggravation of such problems, whether by action or omission. Now, this proposal intends to analyze general aspects of violence, focusing on violence against women, highlighting the constraints (factors) that foment this perverse cycle. Therefore, this study is characterized by a

bibliographical research, with a qualitative character, with an exploratory objective and, for a descriptive purpose.

Keywords: violence – woman – femicide (Law n. 13.104/2015).

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO; 2. CONTEXTOS HISTÓRICO E DIMENSÕES DA VIOLÊNCIA; 3. ANTECEDENTES DA VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER: A DESIGUALDADE ENTRE OS GÊNEROS; 4. A VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER E A CONFIGURAÇÃO DOS DIPLOMAS LEGAIS EM OBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DE IGUALDADE E DIGNIDADE HUMANA; 5. O FEMINICÍDIO: CAUSAS E EFEITOS; 6. CONCLUSÃO. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Recentemente, na realidade do Brasil, a violência tem se tornado cada vez mais traiçoeira, refletindo o panorama de insegurança geral, e expondo comportamentos criminosos que chocam e temem a sociedade, o que é um apavorante chamado de atenção nacional para apontar a reversão desse caos que se instaurou no país.

Refletida na intolerância e nos atos de agressão por qualquer motivo, a violência tem causado diversas manifestações nas atuais circunstâncias. Nos casos mais extremos, mortes violentas são relatadas todos os dias, incluindo de mulheres.

No entanto, é sabido que mostrar as mulheres neste contexto de violência não é um fato recente. Ao contrário, pode-se observar que, ao longo da história da humanidade, fatos concretos comprovaram o desejo de soberania dos homens referente as mulheres. Na era do patriarcado cheio de poder e privilégios, os homens têm até o direito de decidir a vida e a morte das mulheres, assim como seus objetos ou propriedades. Restava apenas a condição de que as mulheres fossem inferiores, ora submissa aos desejos dos homens, outra de agressão física (castigos corporais), várias formas de exploração (sexo, trabalho doméstico) e assim por diante.

Fatos dessa natureza confirmam que a desigualdade de gênero é um problema antigo, que transcende a origem da humanidade. Além disso, a batalha entre homens e mulheres, mesmo sem uma forma clara, existe e continua existindo na sociedade. A luta das mulheres para conquistar seu espaço com seus direitos é implacável, muitas pessoas passam por situações cruéis ou até fatais, esse é o motor para que não fiquem caladas. A marca que trazem como bagagem reflete dor, medo, frustração e desejo reprimido há muito tempo. A vulnerabilidade inspira a coragem de quem quer apenas ser conhecido, ter voz e ser ouvido na sociedade, enfim, tornar-se sujeito de direitos e deveres.

Embora a discussão seja proposta, inicialmente ela se concentrará na solução de questões de violência em geral, enfatizando aspectos mais relevantes. Em seguida, se propôs a compilar os principais momentos da história do Brasil em que a violência contra

as mulheres se tornou mais galopante, para determinar a origem da estrutura de sobreposição dos homens em condições dominantes na história e para enfatizar os momentos em que as mulheres conseguiram reverter, pelo menos parcialmente, essa história opressiva. Resgatar a origem da violência contra a mulher, as dimensões do passado e a forma como se apresenta hoje, utilizando exemplos reais para ilustrar casos notórios, pelo impacto que têm e pelo impacto que servem, em primeiro lugar para promover o combate à violência contra as mulheres como em que foram vítimas fatais de ex-companheiros, como da Eloá e da advogada Mércia Nakashima.

Não obstante, não se podem ignorar tantos outros casos que ficaram no anonimato, mulheres que sofreram e sofrem caladas no cotidiano, dentro de suas casas, no trabalho, ou outros ambientes de seu convívio, com seus próprios companheiros, pais, filhos, irmãos, ou estranhos, o que reforça a necessidade de se reverter esse quadro alarmante de violência que o país apresenta, sendo inconcebível a ideia da existência dessa problemática ainda se procrastinando. No decorrer deste, serão destacados ainda os fatores determinantes que desencadeiam essas agressões, tais como: ciúmes, punição a traições ou inconformismo com o fim do relacionamento, entre outros. Além disso, insta explanar sobre as consequências da violência para as vítimas.

No ápice da discussão, considerando que a desigualdade de gênero é a causa direta das mortes violentas femininas, focamos no assassinato de mulheres e apontamos as causas e consequências desse crime, que desde 2015 foi declarado crime hediondo no país e começou a implantar o objeto deste estudo. Finalmente, é oportuno propor instrumentos jurídicos que promovam a proteção das mulheres vítimas de violência. Nesse caso, vale destacar a Lei nº 13.104 / 2015, que contempla o assassinato de mulheres no artigo 121 do Código Penal.

Esta pesquisa configura-se com abordagem qualitativa, descrevendo seus objetivos, seguindo uma abordagem dedutiva, e fornecendo literatura técnica e específica sobre o tema abordado. Além disso, constitui base teórica para pesquisa bibliográfica norteada por diploma legal no ordenamento jurídico, como a Constituição Federal, Doutrina, Maria da penha e Código Penal, bem como trabalhos científicos que tratem do assunto.

O objetivo deste trabalho é inspirar a sociedade a compreender a importância de padrões e conceitos retrospectivos, quebrar o paradigma que torna as mulheres inferiores e difundir parâmetros legais que as fortaleçam perante os agressores. Portanto, o Estado também deve promover a integridade de seus cidadãos por meio da implementação de políticas públicas de atenção, ações preventivas eficazes e, principalmente, da garantia da aplicabilidade dos instrumentos legais.

2. CONTEXTOS HISTÓRICO E DIMENSÕES DA VIOLÊNCIA

No Dicionário Aurélio, Ferreira (2010, p. 2065), define a violência como: “qualidade de violento; ato violento; ato de violentar; constrangimento físico ou moral; uso da força; coação”. Krug et al. (2002, p. 5) ressaltam o conceito aplicado pela Organização Mundial de Saúde compreendendo a violência como:

Usar intencionalmente força real ou ameaçadora ou força contra si mesmo, contra outros, contra grupos ou comunidades, causando ou com probabilidade de causar ferimentos, morte, danos psicológicos, deficiências de desenvolvimento ou privação.

Arelada a um conceito mais analítico, a Política Nacional de Redução da Morbimortalidade por Acidentes e Violências, do Ministério da Saúde, define violência como: “as ações humanas que afetam a integridade e a saúde física, moral, mental ou espiritual” (TOLEDO, 2013, p. 6).

No mesmo sentido, a interpretação de Minayo e Souza (1998, p. 513) mostra que “violência inclui indivíduos, grupos, classes, países que causam a morte de outras pessoas ou afetam sua saúde física e mental ..., ou espiritual”. Rompendo as pesquisas sobre a origem da violência, voltamos à era primitiva, nesta época, o instinto humano e a agressividade podem ser manifestados, seja a caça ou a pesca, o que leva à sua sobrevivência na natureza. Nesse ponto, Pesavento (2006, p. 1) reflete que “a violência é antiga, parece ser a natureza inata do ser humano na trajetória da terra, e ainda mais antiga, se voltarmos ao mito dos ancestrais [..]”.

É certo que existem sociedades sem violência, pelo contrário, existem sociedades que são mais violentas do que outras sociedades, cada uma com a sua história (MINAYO, 1994, p. 7). A violência é histórica, “pertence a todos e existe em todos” (GIRARD, 1990, p. 10).

Analisando a trajetória da violência, pode-se perceber que este é um problema que se inscreveu e continuará fazendo parte da situação social, ganhando uma nova dimensão, está inserido no homem e enraizado em muitas culturas. Nessa perspectiva, a desigualdade é uma causa primitiva da violência e é difícil de erradicar em muitos lugares.

Percebe-se que o exercício arbitrário do poder, a intolerância às diferenças, a desumanização do outro e o desprezo pelos valores da vida, da dignidade e da liberdade, hoje difundidos no mundo todo, estão causando crescente desigualdade, levando a Grupos e nações individuais tornarem-se mais suscetíveis ao sofrimento e à morte do que outras (MINAYO, 1994).

Na sociedade atual, embora haja turbulências humanas no sentido de fazer o bem, ao mesmo tempo, há fatores negativos que mergulham os indivíduos em disputas sem fim,

seja por poder, dinheiro, religião, política, etc., o mundo seguirá o exemplo como consequência, tornando-se mais brutal, criando competição entre pares, especialmente os grupos mais vulneráveis.

Na concepção de Pereira et al. (2001, p. 96) a violência se traduz nos:

[...] atos com intenção de prejudicar, subtrair, subestimar e subjugar, envolvendo sempre um conteúdo de poder, quer seja intelectual quer seja físico, econômico, político ou social. Atingem de forma mais sutil os seres mais indefesos da sociedade, como crianças e adolescentes, e também as mulheres sem, contudo, poupar os demais.

Segundo Rocha (1996, p. 10), ele analisou que a violência, em suas inúmeras manifestações de formas diversas, pode ser considerada um mal, uma força que transcende os limites da realidade física e psicológica humana. No reino de suas conquistas sociais, éticas, estéticas, políticas e religiosas. Ou seja, qualquer forma de violência é um desrespeito aos direitos humanos básicos, sem ela, as pessoas deixam de ser vistas como sujeitos de direitos e obrigações, mas passam a ser vistas como objetos puros e simples.

Quanto à classificação, a Organização Mundial de Saúde (2002) classifica a violência por tipo, podendo ser: auto infligida (suicídio, auto abuso); interpessoal (família e parceiros íntimos e violência comunitária); violência coletiva (violência social, política e econômica).

a) violência auto infligida: O suposto suicídio, tentativas e pensamentos de homicídio e automutilação. Normalmente, esses comportamentos podem estar relacionados à interrupção do ciclo de vida, como adolescência e velhice, graves crises econômicas que levam ao desemprego, baixa expectativa de futuro, doença grave ou terminal, doença mental grave e abuso de substâncias psicoativas. de outros. Essa violência, como o homicídio, mostra sintomas de destruição social.

b) violência interpessoal: é uma forma de estabelecer relações com outras pessoas com base na arrogância, discriminação, intimidação, raiva, vingança e ciúme, que geralmente causa danos morais, físicos (incluindo a morte) e psicológicos. É diferente dos conflitos na sociedade e nas relações interpessoais. O problema é que quando os conflitos se tornam teimosos e inflexíveis, por meio do uso de autoritarismo, abuso, ameaças ou guerra provocativa ou morte, a outra parte é obrigada a permanecer em silêncio ou compensar uma

à outra. Você pode contatar: crianças, pares, subordinados, colegas, pessoas de outras classes, grupos sociais ou países.

c) violência coletiva: Suas características baseiam-se em qualquer distinção, exclusão ou restrição de atributos como raça, classe social, crença religiosa, etc., que venham a abolir ou prejudicar o exercício dos direitos humanos e das liberdades fundamentais na política, economia, sociedade, cultura ou outras áreas da vida. Por exemplo: conflitos violentos entre países e grupos, movimentos de grande número de pessoas deslocadas, guerras entre gangues e destruição em grande escala de bens públicos. (KRUG et al, 2002, p. 6).

Seguindo ainda a OMS (2002), a violência interpessoal pode ser intrafamiliar e comunitária:

a) Violência intrafamiliar: também chamada de violência doméstica, diz respeito aos conflitos familiares transformados em intolerância, abusos e opressão. Tem muitas manifestações, mas as mais comuns são as que submetem as mulheres, crianças e idosos à autoridade do pai, marido e provedor. Também colocam as crianças e jovens sob o domínio (ao invés da proteção) dos adultos;

b) Violência comunitária: é aquela praticada entre indivíduos sem laços de parentesco, sejam eles conhecidos ou desconhecidos. É cometida por pessoas em atos de violência gratuita, estupro e outras violências sexuais e também por instituições públicas ou privadas como escola, serviço de saúde, banco, condomínio, dentre outros.

Na classificação de Toledo (2013, p. 6), além das indicadas pela OMS, também são considerados os seguintes tipos de violência: violência criminal, que se refere à agressão contra pessoas e seu patrimônio; violência institucional, por meio de Regimento, operacional as normas e as relações burocráticas ocorrem dentro do sistema, reproduzindo a injustiça da estrutura social e a violência cultural, que se expressa através da discriminação e do preconceito. Essas discriminações e os preconceitos são tão repetidas e copiadas que se tornam na sociedade universais e naturais. Dentre estes últimos, destaca-se entre os tipos mais comuns e graves:

a) Violência de gênero: é uma forma específica de violência cultural que se constitui em dominação, opressão e crueldade construídas e reproduzidas no dia a dia das relações de poder desigual entre os gêneros. É exercida principalmente contra as mulheres na forma de machismo. b) Violência racial/étnica: é uma das mais cruéis formas

de violência cultural e ocorre pela discriminação de uma pessoa ou grupo pelos seus atributos étnicos como cor da pele, formato de partes do corpo, textura do cabelo, entre outros. Em geral, vem acompanhada pela desigualdade social e econômica que, no Brasil, está historicamente relacionada à escravidão de pessoas de origem africana (TOLEDO, 2013, p. 9).

Quanto à natureza dos atos violentos, a OMS (2002) evidencia as formas: física, sexual, psicológica, envolvendo privação ou negligência, em que:

a) violência física: constitui-se como o uso da força para produzir lesões, traumas, ferimentos, dores e incapacidades em outra pessoa. Ocorre em todos os ambientes, principalmente no espaço familiar e nas instituições de "proteção". Um exemplo é o castigo corporal, usado para "educar" crianças e adolescentes, o qual deteriora a relação entre pais e filhos e ensina um modelo agressivo de solução para os problemas, quando o ideal seria buscar o diálogo;

b) violência sexual: ato ou jogo que ocorre nas relações hetero ou homossexuais e visa a estimular a vítima ou utilizá-la para obter excitação sexual nas práticas eróticas, pornográficas e sexuais, por meio de aliciamento, violência física ou ameaças. Suas principais vítimas são crianças e adolescentes, mas ocorre em todas as fases do ciclo de vida;

c) violência psicológica: se refere a agressões verbais ou gestuais com objetivo de aterrorizar, humilhar, amedrontar a vítima, restringir sua liberdade ou isolá-la do convívio social. São exemplos: testemunhar violências, ser envolvido na relação conflituosa entre os pais ao ponto de rejeitar um deles por influência do outro, ser submetido a situações humilhantes e constrangedoras no trabalho, entre outras;

d) negligência, abandono e privação de cuidados: caracteriza-se pela ausência, recusa ou falta de atendimento a alguém que deveria receber atenção e cuidados. Ela pode ocorrer mesmo quando há recursos disponíveis para a família ou responsável. Um tipo específico é a negligência emocional, que acontece quando os responsáveis, independente da justificativa, deixam de dar apoio afetivo e psicológico à criança, ao adolescente ou à pessoa idosa. O abandono é a forma mais grave de negligência (KRUG et al., 2002, p. 6).

Não obstante, segundo Minayo (1994, p. 7) classifica a violência em:

- a) violência estrutural, que é a violência dentro das estruturas sociais organizadas e institucionalizadas, tais como a família e os sistemas econômicos, sociais, políticos e culturais;
- b) violência de resistência, que surge como possíveis reações manifestadas contra a violência estrutural;
- c) violência da delinquência, que está presente nos considerados atos ilegais em determinados grupos sociais, além de estar também associada à violência estrutural.

Nesse caso, deve-se enfatizar que todas as formas de violência atingem os grupos mais vulneráveis, como crianças e adolescentes, mulheres, idosos, entre outros. Para poder lidar com grupos específicos de uma forma mais específica e potente, esta investigação incidirá sobre as mulheres. A violência contra elas é entendida como violência de gênero, sobretudo a forma mais anormal, nomeadamente, o assassinato de mulheres, mesmo de acordo com o artigo 121 da Lei Penal. O crime de homicídio representado por artigos, por se tratar de um problema específico e frequente, passou a ter esse nome. Este tipo de violência é frequente e ainda considerado uma questão cultural porque é normal e natural para muitas pessoas praticar este tipo de comportamento. Portanto, vale a pena realizar uma análise mais precisa da causa raiz desse problema.

3. ANTECEDENTES DA VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER: A DESIGUALDADE ENTRE OS GÊNEROS

Durante séculos, é óbvio, a partir de registros históricos, que as mulheres sofreram inúmeras formas de violência durante um longo período de tempo, incluindo a violência que levou à morte. É interessante buscar as origens que culminaram nessa configuração e apontar um aspecto relacionado a igualdade, ou mais precisamente, a desigualdade entre os gêneros.

Observe que, a partir do momento em que a igualdade deixa de existir, ela dá lugar à violência. Pesquisas na cronologia da história geral mostram que na antiguidade ainda não havia desigualdade entre homens e mulheres e, portanto, não havia violência. A unidade é a garantia da sobrevivência, porque a unidade é necessária para o bem comum. Alambert (2004, p. 27) explicou:

Na aurora da humanidade não podemos falar na existência de desigualdades entre o homem e a mulher. Naquele tempo, não existiam povos, nem Estados separados; os seres humanos viviam em pequenos grupos (hordas) e, depois em famílias e tribos. [...] os seres humanos tinham que se manter agregados, solidários entre si, para

sobreviver e se defender dos animais ferozes e das intempéries. Quem se marginalizava peredia. Logo, não havia uma superioridade cultural entre homens e mulheres.

Com a formação das comunidades, o papel das mulheres tem se tornado cada vez mais importante. São elas as responsáveis pelo cultivo da terra, pela domesticação dos animais, pelo cuidado das crianças, dos idosos e dos enfermos." Além de fazer vasilhames, usar fogo, preparar pomadas e poções, os homens procuram comida. "(ALAMBERT, 2004, p. 27). Desta forma, a igualdade não existe mais.

Entretanto, na concepção de Cabral (2008, p. 15-16), é com o surgimento das estruturas familiares, adotando o modelo patriarcal, que inflama a desigualdade entre os pares:

A organização familiar é produto da organização histórica do ser humano. Isso porque, devido à necessidade de reprodução da espécie eles acabaram encontrando diferentes formas de relação entre si. [...] Durante todo processo histórico a sociedade vivenciou diferentes formas de organização doméstica, entre elas, encontra-se o patriarcado, o qual "centra-se na figura masculina".

De acordo com Saffioti (2004, p. 49) aponta como um dos elementos nucleares do patriarcado, "o controle da sexualidade feminina, a fim de assegurar a fidelidade da esposa ao marido". O homem pretendia, com isso, garantir a "transmissão da herança a mãos legítimas". Para isso, passou a "vigiar" suas mulheres "para terem certeza da sua prole".

Além disso, Del Priore (2006, p. 33) argumenta que:

É provável que os homens tratassem suas mulheres como máquinas de fazer filhos, submetidas às relações sexuais mecânicas e despidas de expressões de afeto. Basta pensar na facilidade com que eram infectadas por doenças venéreas, nos múltiplos partos, na vida arriscada de reprodutoras.

Morin (1984) apud Januário (2016, p. 82) utilizou a mesma razão para acreditar que a desigualdade de gênero se originava da formação da família, "que a afirmação da superioridade masculina coincide com o nascimento da família como microestrutura social". Nesse sentido, portanto, as mulheres acabam se tornando submissas aos maridos e são oprimidas na estrutura familiar. "A obediência da esposa é a lei" (DEL PRIORI, 2006, p. 33).

Portanto, não é difícil acreditar que nesta situação em que os homens são superiores às mulheres, a desigualdade entre homens e mulheres ganhou destaque. Um

homem assume a postura mais forte e poderosa. Como marido, ele deve ser dominador, entorpecido e egoísta. Uma mulher era obediente a ele, ela deveria ser uma esposa leal, humilde, obediente e submissa, sua maior missão: dar à luz. Na análise de Beauvoir (1970, p. 14), “as mulheres sempre foram, senão escravas dos homens, pelo menos suas vassalas; os sexos nunca compartilharam o mundo igualmente”.

Do patriarcalismo, Saad (2010) apud Bertolin e Andreucci (2010, p. 10) recordam ainda que:

A relação conjugal imitava a relação estatal com os cidadãos, de natureza hierárquica e moldada sobre o binômio autoridade-submissão, e tinha como palavras de ordem: poder doméstico, controle marital, obediência da mulher [...]. Historicamente o homem e a mulher têm sido educados para serem, respectivamente, dominante e submissa [...].

Para Engels (2006, p. 48), a família da época dos romanos que apresentava como característica principal o patriarcalismo, com o homem como detentor pátrio poder e o direito de vida ou morte sobre a mulher, os filhos e escravos, representou a “expressão de grande derrota histórica do sexo feminino em todo o mundo”.

A linha paterna exerce o direito de vida e morte (*ius vitae ac necis*) a seus filhos. Desta forma, ele pode vendê-los, puni-los, e até mesmo matá-los. A mulher obedece completamente à autoridade do casamento e pode ser negada pelo comportamento unilateral do marido. O pai exerce poder sobre todos os seus descendentes sem sangue, sua esposa e as mulheres casadas com Manus e seus descendentes. (Gonçalves, 2014, p. 13).

É importante notar que o modelo patriarcal incutido na estrutura familiar prova o “fracasso” das mulheres, porque elas nem sequer têm o direito de ter a vontade, e as outros direitos são, portanto, ineficazes em todos os aspectos.

Foucault (2005, p. 127) afirmou ainda que “o direito à vida e à morte é um privilégio exclusivo do monarca, derivado do conceito de patriapotestas, ou seja, o pai de família romana tem o direito de dispor das vidas de seus filhos e escravos”.

O protagonista masculino é polígamo, o senhor da sociedade patriarcal, e pode ser descrito como o grupo masculino mais exclusivo da época. Ele não goza apenas de todos os direitos civis e políticos, mas também dos direitos das mulheres (VRISSIMTZS, 2002, p. 38).

Em qualquer momento, as pessoas observaram que os homens estão cheios de poder e esgotaram todas as possibilidades das mulheres avançarem e até exercerem suas habilidades sem um ambiente familiar.

Para a Igreja, era preciso que a mulher fosse honrada, considerando como tal:

[...] aquela que vive reclusa no interior do lar, ocupada nos afazeres domésticos, distante do espaço público. Tutelada pelo marido, que lhe ministra – sempre em pequenas doses – alguns prazeres e atenções, ela deve quando casada ser separada do contato com a casa paterna, proibida de visitas frequentes, e viver inteiramente para o esposo. Seus desejos e ambições devem ser fingidamente satisfeitos para que tenha a sensação de que os realizou. Com um número restrito de criados e pouco dinheiro a disposição, a esposa ideal deve governar a casa evitando intimidades até mesmo com aqueles que vivem sob seu teto. Os contatos com o confessor, as idas a igreja, ou a participação em festas devem ser dosadas. Nada de folguedos, de adornos e modismo. Nada de risos e danças fora de casa, olhares galanterias. (ALGRANTI, 1993, p.116)

Quanto pior que ser regrada, vigiada, a mulher desse período, considerada bruxa, foi massacrada, perseguida até a morte pela Igreja:

[...] a morte, que sempre foi considerada pelos cristãos como um fim a ser atingido, que nunca foi encarada como um mal, que tem um significado de dignificação, é tomada como instrumento de luta sem maiores escândalos ou problemas de consciência no interior da própria Igreja. Considerava-se que o pecador era queimado para o seu próprio bem. [...] o poder mais cruel se considerava santo com todo o direito de condenar e despedaçar o feminino em nome de Deus (FREIRE et al., 2006, p. 56).

Soma-se a isso, que discursos de intelectuais e humanistas contribuíram para estigmatizar a mulher como ser inferior e impuro, incidindo uma justificação ideológica e à desvalorização feminina, no contexto da desintegração do modo de produção feudal.

Havia um forte preconceito contra as mulheres, mesmo filósofos, cientistas e escritores notáveis o demonstraram, mas veja: O teólogo cristão Tertuliano, nascido em Cartago em 155 DC, descreveu as mulheres como: " O Portão do demônio "; Voltaire, filósofo nascido em Paris de 1694 a 1778, acredita: "Seu sangue é mais aguado, isso é uma prova de sua baixa auto-estima"; Diderot é um filósofo e escritor habilidoso. Ele, que viveu na França de 1713 a 1784, foi um deles dos símbolos do Iluminismo e um dos teóricos da

Revolução Francesa. Ele disse: "Mesmo que pareçam ser 'civilizadas', no fundo de seus corações elas ainda são verdadeiramente bárbaras." (PARADA, 2009, p. 20).

Boaventura Santos (2003, p. 301 - 314) enfocou questões da atualidade e considerou que "as relações familiares são dominadas por uma forma de poder e patriarcado, que está na origem da discriminação de gênero entre as mulheres". Portanto, o patriarcado constitui "a matriz dessas discriminações, embora relacionadas a outros fatores".

Com a Revolução Francesa, as mulheres começaram a ganhar popularidade nas interações privadas e coletivas. Além disso, a expansão do capitalismo e a consequente superestimação das atividades produtivas promoveram a valorização das pessoas, pois sua capacidade produtiva e disposição para garantir suas necessidades de sobrevivência com suas famílias levaram a grandes mudanças na sociedade e nas relações familiares. Principalmente em papéis de homens e mulheres.

No entanto, esta mulher ainda experimentou vários incidentes violentos óbvios, como o incêndio em 8 de março de 1857, que matou cerca de 130 trabalhadores em uma fábrica têxtil em Nova York. Eles estavam se manifestando por melhores condições de trabalho e um ato desumano prendeu essas mulheres na fábrica e as incendiou.

Nesse caso, os antecedentes históricos do enfrentamento da violência contra a mulher remetem ao passado, mas não é possível precisar quando começou, nem quando termina realmente, porque invadiu as mais diversas estruturas sociais, desde as atividades produtivas até as de gênero. Tepedino (2001, p.45) lembrou: "As mulheres não são consideradas um espaço mais espaçoso do que uma casa; portanto, suas vozes acabam se restringindo à esfera privada, seja por meio de correspondência ou diário para descrever seu entediante cotidiano "

Além disso, Beauvoir (1970, p. 9) destacou que durante séculos as mulheres foram privadas de seus direitos de súditos. Assim como na sociedade ocidental, a discriminação de gênero é dominada principalmente por valores masculinos, o que é muito provável, que seja por isso que discriminação de gênero ainda existe hoje.

A dominação das mulheres pelos homens, que remonta ao passado, envolve aspectos culturais, psicológicos, morais e sexuais. A condição de ser homem ou mulher não é apenas natural, nem aleatória, mas uma estrutura social e cultural, que impõe superioridade de gênero, um é superior ao outro, especialmente os homens são superiores às mulheres, embora historicamente o discurso sustentado pelo protagonista da legitimação está em si na argumentação essencial (BOURDIEU, 2010; BUTLER, 2008. BEAUVOIR, 2015).

Além disso, é importante ressaltar que a violência contra a mulher há muito é tolerada pela própria sociedade, o que torna a identidade cultural de homens e mulheres altamente aceitável para atitudes agressivas. Ainda hoje, mesmo que a legislação condene a violência contra a mulher e a criminalize, muitas vítimas ainda se recusam a admitir que as violações sofridas são violentas (SCHAIBER et al., 2005, p. 46). Por esta e outras razões, ainda hoje, apesar de suas condições, as mulheres ainda estão em uma enorme desvantagem inerente em uma cultura baseada no preconceito:

Em quase nenhum país, seu estatuto legal é idêntico ao do homem e muitas vezes este último a prejudica consideravelmente. Mesmo quando os direitos lhe são abstratamente reconhecidos, um longo hábito impede que encontrem nos costumes sua expressão concreta (BEAUVOIR, 1970, p. 14).

Portanto, é urgente reverter essa situação, partindo do pressuposto de que as mulheres não toleram mais comportamentos discriminatórios, o conteúdo está desatualizado, cheio de ódio, fazendo com que se sintam inferiores e se tornem reféns em uma sociedade sexista que considera posturas naturais. Além disso, a violência contra a mulher não é incomum na esfera familiar, considerada íntima, mas revela verdadeira crueldade e precisa ser combatida pelo governo. Além disso, para corrigir os prolongados conceitos e arranjos de comportamento, foi criada a lei Maria da Penha.

4. A VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER E A CONFIGURAÇÃO DOS DIPLOMAS LEGAIS EM OBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DE IGUALDADE E DIGNIDADE HUMANA

A desigualdade e a discriminação contra as mulheres são fatores que promovem este ciclo vicioso de violência contra as mulheres, desde a desigualdade de oportunidades e direitos até crimes mais graves.

Neste caso, casos de parentes, parceiros ou antecessores assassinando mulheres por senso de propriedade, bem como mortes relacionadas a crimes sexuais, e aqueles que demonstram cruelmente ódio às mulheres, etc., existem há muito tempo. Quanto à discriminação, Teles e Melo (2002, p. 28) esclarecem que se refere a “comportamentos diferenciadores ou restritivos, cujo efeito é cancelar ou restringir o reconhecimento de direitos fundamentais na política, economia, sociedade ou qualquer outro campo”. Além disso, “Excluir as classes sociais do exercício dos direitos humanos é uma ação deliberada. Também pode ser entendido como ignorância e desrespeito”.

A violência contra a mulher, num contexto geral:

[...] constitui uma manifestação das relações de poder historicamente desiguais entre homens e mulheres, que levam à dominação e à discriminação por parte do homem, impedindo o avanço pleno da mulher e lhe atribuindo um papel secundário (FERNANDES e FERNANDES, 2002, p. 86).

Sobre os diplomas legais, vale ressaltar que a mulher encontra abrigo no ordenamento jurídico brasileiro, por meio da Constituição Federal Brasileira (1988), precisamente pelo artigo 5º, I, que dispõe:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.

Portanto, além dos princípios, a Constituição Federal de 1988 contempla também os direitos e garantias de seu texto original, que se baseiam em acordos e tratados internacionais, nas resoluções da Convenção de Belém do Pará e na CEDAW (Convenção para Eliminação de Toda Discriminação) são também garantia constitucional, conforme dispõe o artigo 5º, parágrafo 2º da Constituição Federal: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros direitos e garantias decorrentes dos sistemas e princípios por elas adotadas, ou de outros direitos e garantias dos sistemas e princípios por ela adotados.”(Brasil, 2006, pp. 15-16).

Impulsionada por movimentos de mulheres, ativistas e pesquisadores, e em resposta às recomendações internacionais (Comissão sobre o Status da Mulher-CSW e Comitê para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra Mulheres-CEDAW), a legislação desenvolveu a punição específica para contenção do assassinato de mulheres para resolver problemas ocultos e culpar o Estado pela continuação da morte de mulheres devido ao gênero. O uso do Direito Penal, especialmente para homicídios de gênero contra mulheres, deu origem à Lei nº 13.104 / 2015, que trata o assassinato de mulheres como uma nova forma de punição.

5. O FEMINICÍDIO: CAUSAS E EFEITOS

O termo feminicídio é usado para se referir especificamente ao assassinato de mulheres em condições marcadas pela desigualdade de gênero. Entre os muitos aspectos da violência contra as mulheres, o assassinato de mulheres é o mais extremo, completo e mortal. Desde 2015, é considerado um crime hediondo no Brasil.

O assassinato de mulheres originou-se de uma construção cultural que legitimou a dominação masculina e a obediência feminina e, mais importante, produziu uma ideologia de gênero. Nessa linha, deriva-se um conceito que dá suporte a esse tipo de crime.

O assassinato de mulheres e o gênero são duas questões paralelas que estão intrinsecamente conectadas. Portanto, quando se fala em gênero, deve-se entender que se trata dos “elementos constituintes das relações sociais a partir das diferenças percebidas de gênero”. Gênero é a primeira “forma de dar sentido às relações de poder” (SCOTT, 2005, p. 134). “O gênero não está relacionado apenas aos papéis masculinos e femininos, mas também à identidade do sujeito” (OLIVEIRA JÚNIOR; OLIVEIRA; NINA, 2011, p. 127).

Na interpretação de Romero (2014, p. 22), o assassinato de mulheres refere-se a qualquer comportamento agressivo contra a mulher causado pela dominação de gênero, levando à sua morte. Nessa perspectiva, o agressor pode ser alguém que mantém uma relação próxima com a vítima, como namorado, marido e / ou companheiro, outros familiares ou até mesmo estranhos.

O assassinato de mulheres parece ser o qualificativo para o crime de homicídio previsto no artigo 121, parágrafo 6º, do Código Penal. Conforme o texto do artigo acima: Artigo 121 Matar alguém: [...] Homicídio elegível § 2º Se for cometido um homicídio: [...] Matar uma mulher. VI- Contra a mulher em razão da mulher: (incluída na Lei nº 13.104, de 2015)

A própria Lei Penal contida na Lei nº 13.104 / 2015 expressa os determinantes da atribuição de tais classificações, tais como “§ 2º-A: Quando o crime envolver: I-violência doméstica; II-desacato ou discriminação contra a mulher”.

Além disso, quando ocorre o crime, a pena aumenta de um terço para a metade, quando praticado o crime: I- durante a gravidez ou até 3 (três) meses após o parto; II- contra pessoas menores de 14 anos e maiores de 60 (sessenta) anos ou deficientes; III Na presença de descendentes ou maiores de idade da vítima (artigo 121.º, n.º 7, do Código Penal).

Atenta-se ainda para as tipologias designadas para o crime de feminicídio:

- a) feminicídio íntimo: o tipo mais frequente, em que o homicida mantinha ou manteve com a vítima relacionamento íntimo ou familiar;
- b) feminicídio sexual: ocorre nos casos em que a vítima não possui ligação qualquer com o agressor, mas sua morte foi precedida de violência sexual, no caso de estupro seguido de morte;

c) feminicídio corporativo: ocorre nos casos de vingança ou disciplinamento, através do crime organizado, como se verifica no tráfico internacional de seres humanos;

d) feminicídio infantil: aquele imputado às crianças e adolescentes do sexo feminino através de maus-tratos dos familiares ou das pessoas que tem o dever legal de protegê-las (SEGATO, 2006; ROMERO, 2014).

Atualmente, entre as categorias propostas, o tipo de homicídio íntimo feminino que está intrinsecamente ligado à violência conjugal, ou seja, o comportamento praticado por pessoas que mantêm ou manteve relação afetiva com mulher é o mais evidente.

O Mapa da Violência (2015) sobre a questão da morte de mulheres apontou que, no Brasil, 50,3% dos homicídios foram causados por familiares de mulheres em situação de violência e 33,2% das mulheres foram assassinadas por seus companheiros ou ex-companheiros (WAISELFISZ, 2015, página 69).

Com o passar do tempo, deixou rastros e, até hoje, a violência continua vitimando muitas mulheres, senão pelo caso noticiado na mídia: a atriz Luiza Brunet, de 54 anos, acusou seu ex-companheiro e, de 62 anos empresário Lírio Albino Parisotto por ter “No dia 21 de maio de 2016 foi submetida a gravíssima violência física e psicológica”; Gisele Santos de Oliveira não quis ficar com Elton Jones Luz de Freitas mantém uma relação conjugal. Elton trancou a casa, enfiou a chave no bolso e começou a atacar Gisele com um facão, acertando-a na cabeça e cortando-lhe mãos e pés; 29 de agosto de 2013, Mara Rubia Ji Mara Rúbia Guimarães recusou-se a renovar o casamento com Wilson Bicudo e depois de prendê-la, Wilson a atacou e cortou os olhos de Mara com uma faca (Relatório G1, 2016).

Na pior das hipóteses, esses casos acabarão em morte. Por exemplo, Eloá, de 15 anos, foi sequestrada e morta pelo ex-namorado Lindemberg Alves em 13 de setembro de 2008, 22 anos, não aceitou o fim de esta relação; Em 10 de março de 2016, a universitária Louise Ribeiro foi assassinada pelo ex-namorado Vinicius Neres após tomar clorofórmio; Ana Carolina de Souza Vieira, 30 anos, bailarina do projeto Domingão do Faustão, por ciúme, foi assassinada pelo ex-namorado Anderson Rodrigues Leitão em 4 de novembro de 2015; Em 23 de agosto de 2015, Adriana Moura de Pessoa Carvalho Moraes, de 39 anos, e Jade de 8 meses foram assassinados pelo marido de Adriana e pai de Jade; A advogada Mércia Nakashima, 28 anos, morta pelo policial militar aposentado Mizael Bispo de Souza por não querer reatar o namoro. Seu corpo foi encontrado em 10 de junho (2010) dentro de uma represa, em Nazaré Paulista; a fisiculturista Renata Muggiatti que foi asfixiada pelo namorado, o médico Raphael Suss Marques.

Além disso, o caso cruel mais recente ocorreu no caso da advogada Tatiane Spitzner, de 29 anos, que foi encontrada morta após cair no 4º andar. Seu marido, Luis Felipe Manvailier (Luis Felipe Manvailier), após um acidente na rodovia São Miguel do Iguazu BR-277, a 340 quilômetros de Guarapuua, foi preso na manhã de sua morte. Pode-se verificar pelas imagens postadas que a vítima sofreu vários ataques e seu marido realizou ataques de artes marciais contra ela.

Tantos casos têm suscitado atenção mais intensa à violência contra as mulheres, e a implementação de um diploma legal que realmente reverteu a situação atual tem garantido a proteção das mulheres de acordo com o que estabelece a constituição e o princípio da igualdade de gênero, e a igualdade de homens e mulheres perante a lei Qualitativa, igualdade de direitos e obrigações, igualdade de tratamento, mas relativizando casos isolados para reduzir as diferenças de tratamento.

5.1. I AUMENTO DE CASOS DURANTE A PANDEMIA DE COVID-19

A problemática da violência contra a mulher é considerada uma questão complexa e multifacetada que requer atendimento de necessidades específicas de atendimento integral, como atendimento jurídico e psicológico, atendimento especializado com dignidade e respeito às mulheres vítimas de violência. pois, em delegacias gerais, apresenta indícios de discriminação e preconceito de gênero (PASINATO e SANTOS, 2016).

Desta forma, a primeira Delegacia de Defesa da Mulher foi inaugurada em 06 de agosto de 1985, no Estado de São Paulo. O surgimento dessa especializada se justificou por dois fatores. O primeiro, em razão da pressão de movimentos feministas e de mulheres. O segundo, refere-se a mudança política que deu azo à criação de novas instituições e leis que correspondessem a um Estado de Direito Democrático.

Por isso, a implantação de uma delegacia de atendimento às mulheres foi considerada uma das políticas públicas mais importantes do país, e diversas unidades foram posteriormente ampliadas em outros estados. Mesmo que cubram a maior parte do país, a delegacia de polícia não é suficiente para atender às mulheres porque eles não têm os recursos dedicados para lidar com conflitos tão complexos. Os factos comprovam que embora a violência doméstica seja um problema antigo no mundo, no isolamento social da era Covid-19, a violência doméstica voltou a ser alvo de grande preocupação, pois este problema também exige uma maior intervenção do país.

Sendo assim, de acordo com a Agencia Brasil (2020) no que tange a violência doméstica durante a pandemia:

No contexto da pandemia de covid-19, os atendimentos da Polícia Militar a mulheres vítimas de violência aumentaram 44,9% no estado

de São Paulo. Em relatório divulgado hoje (20), o Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP) informa que o total de socorros prestados passou de 6.775 para 9.817, na comparação entre março de 2019 e março de 2020. A quantidade de feminicídios também subiu no estado, de 13 para 19 casos (46,2%).

Portanto, durante o período de isolamento social, a violência contra a mulher aumentou significativamente, atingindo 13 casos e saltando para 19 casos. Esta é uma preocupação para os órgãos. Acontece que o que nos preocupa é que, segundo Bianchini (2020, online), “devido à limitação dos serviços e movimentos durante o período de quarentena, as receitas podem ser reduzidas devido à convivência ininterrupta com o agressor todos os dias”.

A autora afirmou ainda que “No Brasil, o Ministério da Mulher, Família e Direitos Humanos constatou que o número de denúncias discadas 180 aumentou quase 9%, e essas denúncias eram destinadas a denúncias de violência doméstica” (BIANQUINI, 2020, online). Os fatos comprovam que esse problema não é apenas encontrado no Brasil, mas se tornou uma preocupação mundial, por isso alguns países têm tomado medidas emergenciais para combater o aumento da violência doméstica.

Segundo Heloisa Bianchini preleciona que:

Internacionalmente, o problema provocou a criação de medidas de combate à violência doméstica muitas vezes criativas. Na França, denúncias do tipo podem ser feitas pela internet. Vítimas têm um chat para conversarem diretamente com policiais, e o site tem um botão de emergência que fecha a página e apaga da tela da vítima as mensagens trocadas se ela se encontrar em perigo (BIANQUINI, 2020, online).

No entanto, apesar da alta incidência de violência e assassinatos de mulheres no Brasil, poucas medidas foram tomadas para conter o aumento da violência doméstica. Embora a delegacia esteja aberta 24 horas por dia, algumas cidades adotaram Maria da Penha para o patrulhamento. No entanto, mais trabalho precisa ser feito porque essas mulheres podem estar na prisão e não podem registrar uma reclamação. É necessário conscientizar o público sobre as reclamações.

Sendo assim, de acordo com Heloisa Bianchini, dispõe:

Em atenção ao problema do aumento da violência doméstica no período de confinamento, o Poder Legislativo tem-se movimentado e discutido soluções. No dia 30 de março, foi apresentado o PL

1267/2020, de autoria de diversos deputados, que buscar alterar a Lei 10714/03 (Lei Maria da Penha), para ampliar a divulgação do Disque 180 enquanto durar a pandemia do Covid-19.

Portanto, o projeto recomenda que durante o período de distanciamento social provocado pela Covid-19, todas as informações veiculadas no rádio, na televisão e na internet envolvam incidentes de violência contra a mulher e mencionem claramente a convocação 180. Ciência, Tecnologia, Inovação e Comunicações (MCTIC) deve monitorar o cumprimento da lei e impor sanções às violações. Tudo isso para informar as pessoas sobre casos de violência doméstica e ajudar a vítima do sexo feminino.

6. CONCLUSÃO

Comparar os acontecimentos passados com o presente requer uma certa sensibilidade para absorver alguns problemas cruéis e intransponíveis, o que mostra claramente que as mulheres são violadas e oprimidas, especialmente as emoções enraizadas no comportamento masculino que não permite as alterações necessárias ao interesse público.

A contribuição inicial desta pesquisa é a violência em geral. Para compreender como ela se transforma nas dimensões da sociedade, conceito e forma, e temáticas, entrar na discussão proposta, ressaltando que a violência hoje é um dos temas que mais preocupam as pessoas. Neste momento, as mulheres são inseridas como alvos vulneráveis e são vítimas dos homens há séculos até hoje.

Comece a contextualizar os antecedentes da violência contra as mulheres e se livrar da história, um problema antigo que remonta ao sistema de dominação-subordinação entre homens e mulheres. Por meio da dicotomia entre cada papel de gênero na civilização existente, é possível perceber a inferioridade, opressão e obediência em que se encontram as mulheres.

Após essa pesquisa, como o método recaía sobre o assassinato de mulheres, comprovaram-se as causas e os efeitos do conflito entre os gêneros, bem como a tipificação dessa forma de expressão, que foi considerada o ato último e mortal de violência. contra as mulheres.

Diante da literatura levantada neste estudo, é possível mostrar que a desigualdade entre os gêneros (masculino e feminino) é causada por estruturas históricas, culturais, econômicas, políticas e sociais discriminatórias, e que as mulheres são objetificadas, invisíveis para os homens. Algo que usam desfrutam como bem entende, é um fato tolerado pelas sociedades antigas e, como se observa, continua a ser.

No entanto, após um certo período de tempo, a violência contra as mulheres tornou-se uma violação dos direitos humanos das mulheres e viola fundamentalmente a democracia e o Estado de direito. Nesse sentido, o conluio para a proteção de inválidos não atende ao princípio da igualdade entre homens e mulheres preconizado na Carta Magna. Os diplomas legais implantados no ordenamento jurídico brasileiro, como a Lei Maria da Penha, não garantem por si só grandes mudanças. É necessário garantir maior aplicabilidade, proatividade e vigilância das leis existentes para, finalmente, erradicar o assassinato de mulheres da sociedade. Além disso, as políticas públicas que visam proteger e auxiliar efetivamente no alcance dos objetivos propostos, a fim de considerar o empoderamento das mulheres e a justiça de gênero.

No entanto, não se deve esquecer que a Lei Maria da Penha teve um impacto importante sobre as mulheres, pois a legislação brasileira inseriu mecanismos específicos para fortalecer a autonomia das mulheres, proporcionando assistência e atendimento humanizado, especialmente voltado para a educação e o aprimoramento do enfrentamento da violência. Aumentar a conscientização sobre os casos de violação das mulheres, incrementar as políticas públicas e os valores dos direitos humanos. Porém, para aumentar a consciência coletiva e reverter o conceito de relações de poder com base no modelo patriarcal do passado, é mais importante formular documentos legais ou alterar individualmente a legislação, de modo a prevenir o assassinato de mulheres como fator cultural em. desta forma, a ocorrência do pecado.

Obviamente, para reverter esse quadro chocante de violência contra a mulher, o que é preciso não é apenas uma nomeação do problema, mas também ações efetivas para prevenir que isso aconteça, tem provocado um despertar de ação, principalmente é o país que precisa assumir suas responsabilidades para impedir a continuação deste círculo vicioso.

É necessário estabelecer um entendimento na sociedade de que o assassinato de mulheres é resultado de uma história de violência contra as mulheres ao longo dos séculos. Ao mesmo tempo, ações eficazes devem ser tomadas para prevenir e combater as causas profundas de tal violência extrema, para promover a compreensão da legislação para proteger as mulheres e para demonstrar medidas para tomar medidas iguais para ajudá-las.

Além disso, preconiza que como paradigma básico, efetivamente estimule o respeito entre os gêneros, e enfatize a implementação dos princípios da igualdade e da dignidade humana, que fazem parte de todo o ordenamento jurídico brasileiro, que demonstrará consciência coletiva e instrumento de proteção que beneficia as mulheres.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, Vanessa G. **Qualidade de vida e depressão em mulheres vítimas de seus parceiros**. Rev. Saúde Pública. v. 39. n. 1. Fortaleza, 2005.

ALAMBERT, Zuleika. **A mulher na história. A história da mulher**. Fundação Astrogildo Pereira/FAP; Abaré. 2004.

ALGRANTI, Leila Mezan. **Honradas e devotas: Mulheres da Colônia: condição feminina nos conventos e recolhimentos do Sudeste do Brasil, 1750-1822**. Rio de Janeiro: José Olympio, 1993.

ARAÚJO, Clara; SCALON, Celi. Gênero, família e trabalho no Brasil. Rio de Janeiro: FGV, 2007.

BARROSO, Z. **Violência nas relações amorosas: uma análise sociológica dos casos detectados nos Institutos de Medina Legal de Coimbra e do Porto**. Lisboa: Colibri/SociNova, 2007.

BEAUVOIR, Simone de. **O segundo sexo: fatos e mitos**. 4. ed. Tradução Sérgio Milliete. São Paulo: Difel, 1970.

BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins; CARVALHO, Suzete. **A segregação ocupacional da mulher: será a igualdade jurídica suficiente para superá-la?** In: ANDREUCCI, Ana Claudia Pompeu Torezan; BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins (orgs.). Mulher, sociedade e direitos humanos. Homenagem à Professora Doutora Esther de Figueiredo Ferraz. São Paulo: Rideel, 2010, p. 179-210.

BOURDIEU, P. **A dominação masculina**. Trad. Maria Helena Kühner. 7. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Organização do texto: Juarez de Oliveira. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

Decreto nº 1.973 de 1º de agosto de 1996. **Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/d1973.htm>. Acesso em: 30 de ago. 2019.

Decreto nº 4.316 de 30 de julho de 2002. **Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4316.htm>. Acesso em: 30 de ago. 2019.

Lei n. 11.340 de 07 de agosto de 2006. **Lei Maria da Penha**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm/>. Acesso em: 30 de out. 2020.

Ministério da Saúde. **Violência intrafamiliar: orientações para a prática em serviço**. (Cadernos de Atenção Básica, 8). Brasília (DF), 2002.

Presidência da República. **Participação do Brasil na 29ª Sessão do Comitê sobre a Eliminação da Discriminação da Mulher** – CEDAW. Brasília: Secretaria Especial de Políticas para Mulheres, 2004.

VI Relatório Nacional Brasileiro: **Convenção pela Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres — CEDAW/Organizações das Nações Unidas**. Brasília: SPM, 2008.

Violência contra a mulher. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2015/12/violencia-contra-mulher-nao-e-so-fisica-conheca-10-outros-tipos-de-abuso>>. Acesso em: 10 de nov. de 2020.

BUTLER, J. P. Problemas de gênero: **feminismo e subversão da identidade**. Trad. Renato Aguiar. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008.

CABRAL, Melissa Karina. **Manual de direitos da mulher**. v. 1. 1. ed. São Paulo: Mundi, 2008.

CEDAW. **Relatório do Comitê** (CEDAW/C/2003/IICRP.3/Add). 2/Ver.1, 18 de Julho de 2003, Original: Inglês). Disponível em: <<http://www.agende.org.br/>>. Acesso em: 30 de ago. 2019.

DIAS, Maria Berenice. **A lei Maria da Penha na Justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. Tradução de Ruth M. Klaus: 3. ed. São Paulo: Centauro, 2006.

FERNANDES, Newton; FERNANDES, Valter. **Criminologia integrada**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2002.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa**. 5. ed. Curitiba: Positivo, 2010.

FOULCAULT, Michael. **Em defesa da Sociedade: curso no Collège de France (1975-1976)**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FREIRE, Mariza Scheffer. SOBRINHO, Vilma Pereira. A figura feminina no contexto da Inquisição. Revista Educere et Educare. [online]. v.1, n. 1, Cascavel: UNIOESTE, 2006, janeiro/junho 2006. Disponível em: <<http://e-revista.unioeste.br/index.php/educereeteducare/article/view/1003/855>>. ISSN 1981-4712. Acesso: 01 de nov. 2020.

GIRARD, René. A violência e o sagrado. São Paulo: UNESP, 1990.

GOMES, N. P.; DINIZ, N. M. F.; ARAÚJO, A. J. S.; COELHO, T. M. F. (2007). Compreendendo a violência doméstica a partir das categorias de gênero e geração. v. 20. n. 4. São Paulo: Acta Paulista de Enfermagem. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-1002007000400020>. Acesso em: 29 de out. 2020.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil brasileiro: direito de família. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

O LEGADO DE FRANCISCO DE VITÓRIA

BENIGNO NÚÑEZ NOVO: Pós-doutorando em direitos humanos, sociais e difusos pela Universidad de Salamanca, doutor em direito internacional pela Universidad Autónoma de Asunción, mestre em ciências da educação pela Universidad Autónoma de Asunción, especialista em educação: área de concentração: ensino pela Faculdade Piauiense e bacharel em direito pela Universidade Estadual da Paraíba.

RESUMO: Este artigo tem por objetivo de forma sucinta fazer uma análise sobre o legado de Francisco de Vitória para os direitos humanos e para o direito internacional.

PALAVRAS-CHAVE: Legado. Francisco. Vitória.

ABSTRACT: This article aims to briefly analyze Francisco de Vitória legacy for human rights and international law.

KEYWORDS: Legacy. Francisco. Vitória.

RESUMEN: Este artículo tiene como objetivo analizar brevemente el legado de Francisco de Vitória para los derechos humanos y el derecho internacional.

PALABRAS CLAVE: Legado. Francisco. Vitória.



INTRODUÇÃO

O frade dominicano Francisco de Vitória (1486-1546) é considerado o fundador do direito internacional moderno, da Escola de Salamanca e sua maior referência. Foi, além de filósofo, teólogo, economista e jurista. O teólogo espanhol dedicou-se à defesa dos direitos dos índios do Novo Mundo e à limitação das causas que justificam a guerra.

Francisco de Vitória parece ter nascido em Vitória, província basca de Álava, por volta de 1486. Ingressou no convento de São Pablo, no ano de 1505, aos 14 anos de idade, onde realizou seus estudos de Humanidades e começou os de Artes ou filosofia. Permaneceu estudando no convento de São Pablo até o ano de 1508, quando vai continuar seus estudos em Paris. No período que passou em São Pablo, entretanto, precisa-se destacar seu contato com as línguas grega e latina, nos estudos de Gramática, visto ser este convento, de maneira profunda, comprometido com a excelência da educação e com a renovação das condições de ensino. É importante tomar nota que no ano de 1504, houveram grandes mudanças nas orientações de ensino, para garantir maior excelência, ao que Vitória, desde a mocidade, já se encontrava exposto a um ambiente de renovação e transformações, com

consideráveis elementos para sua formação e futura atuação teológica. Basta citar, por exemplo, que Vitória, era conhecedor da língua grega, com registros, já em Salamanca, de opiniões e observações suas sobre tradições, bem como consultas aos originais em grego para preparação de suas aulas e palestras. Ordenou-se dominicano e estudou teologia na Universidade de Paris, onde lecionou.

Esta pesquisa é bibliográfica e histórica justifica-se pela extrema relevância do legado de Francisco de Vitória que sustentou o direito de liberdade dos índios e delimitou marcos teóricos para a guerra justa, fato este imprescindível para que fosse rotulado como um dos fundadores do direito internacional.

DESENVOLVIMENTO

As obras centrais de Francisco de Vitória e demais pensadores de Salamanca são de suma importância para fundamentação filosófica dos direitos humanos no mundo contemporâneo. O principal centro intelectual e por onde passaram os nomes mais expressivos deste momento histórico no século XVI.

Licenciado em teologia, em março de 1522, Vitória retorna à Espanha e desenvolve atividade docente no período de três anos no Colégio São Gregório de Valladolid, que era um verdadeiro celeiro de ilustres e renomados docentes. Em 1526, ele obtém a prestigiosa cadeira prima (Cátedra Prima) da Universidade de Salamanca, de onde exerce então seu magistério e marca profundamente muitas gerações de tomistas, como Domingo de Soto (1494-1560) e Domingo Bañez (1528-1604).

No verão de 1526 com o início do processo de sucessão da principal cátedra de teologia da Universidade de Salamanca, maior posto teológico de toda a Espanha, em função da morte do seu até então ocupante, Pedro de León. Essa cadeira era ocupada por dominicanos há mais de um século e a Ordem, interessada em manter a mesma, deveria indicar seu melhor nome para a sucessão. O primeiro e principal nome era o de Diego de Astudillo, mas a Ordem indicou Francisco de Vitória, que entrou numa disputa difícil para contra o principal candidato, Pedro Margallo, catedrático de filosofia moral em Salamanca. Difícil, pois, a eleição se fazia por meio de votação entre os membros da Universidade, na qual Vitória não era ainda tão conhecido como o professor residente. Entretanto, que foi a impressão que causou durante os exercícios de sucessão, com sua habilidade e conhecimentos, que venceu com vantagem confortável a eleição e se tornou catedrático de Prima, da Faculdade de Teologia de Salamanca, realizando o juramento dos estatutos em 21 de setembro de 1526.

As ideias basilares de Vitória são, em sua essência, três: a) a configuração da ordem mundial como sociedade natural de Estados soberanos; b) a teorização de uma série de

direitos naturais dos povos e dos Estados; c) a reformulação da doutrina cristã da “guerra justa”, redefinida como sanção jurídica às iniuriae (ofensas) sofridas.

A atividade de Vitória em Salamanca proporcionou uma série de mudanças que trataram de colocar ambos no mapa do pensamento europeu. Dentre elas, temos a introdução, já corrente em Paris e em boa parte das Universidades europeias, da Summa, como livro base para os estudos teológicos, em adição às Sentenças, em um processo de substituição do texto base, iniciado por Vitória, mas que só seria institucionalizado definitivamente em 1561, por conta de formalidades decorrentes das constituições da Universidade. Sua atividade, assim, se estende por vinte anos, explicando seguidamente a Summa, de Tomás de Aquino, na formação de um vultuoso grupo de discípulos que viriam a assumir, nos anos seguintes, as cadeiras da Universidade e ocupar cargos importantes na estrutura eclesiástica.

As famosas Relecciones, proferidas anualmente por Vitória, segundo determinação das constituições da Universidade para todos os catedráticos. Vitória, ao longo de seu magistério, proferiu quinze Relecciones, conferindo grandeza até então inédita ao evento universitário. Suas demais contribuições para a Universidade estão na renovação da biblioteca, da qual Vitória foi encarregado da seleção e compra de obras para a Faculdade; participação no comitê encarregado de montar uma imprensa para a Universidade; dentre outros trabalhos.

Na discussão dos temas mais candentes da época, Vitória questionou a legitimidade da conquista espanhola da América, que não se justificava pelo paganismo dos nativos. Mesmo que a conquista protegesse inocentes de práticas como o canibalismo ou sacrifícios humanos, o rei da Espanha, ou qualquer outro soberano, deveria garantir tratamento justo e igualitário a indígenas e colonos, pois todos eram seus súditos, com direitos iguais. O papa não tinha o direito de dar a monarcas europeus domínio sobre povos primitivos; o máximo que podia fazer era designar esferas para o trabalho missionário. Os pagãos tinham o direito à propriedade e a ter dirigentes próprios, já que não eram irracionais.

Nos estudos sobre o direito de guerra, concluiu que ela só é admissível em legítima defesa e para corrigir um erro muito grave. Em qualquer caso, deve sempre ser precedida por esforços de conciliação e arbitragem. Sua obra constituiu uma reelaboração do jus gentium, ou “direito das nações”, pela afirmação de princípios éticos universais e de igualdade entre os povos. Francisco de Vitória morreu em Salamanca em 12 de agosto de 1546.

A origem do direito das gentes está no direito romano, que ainda atravessa a idade média. A origem dos Direitos Humanos está na releitura do Direito das Gentes. É por isso que o De legibus de Francisco Suárez não só está na base como é o texto mais citado por

Grócio no seu *Do Direito da Guerra e a Paz*. Serve, ainda, de referencial teórico para a justificação de decisões de Cortes Internacionais de Justiça e Direitos Humanos contemporâneos como a Corte Interamericana de Direitos Humanos e da Corte Internacional de Justiça da Haia. O conceito de *jus gentium*, que foi também chamado de direitos de gentes, mesmo tendo a sua origem no direito romano e tenha atravessado, sob diferentes versões, a idade média, é recebido pela geração da Escola de Salamanca, e muito especialmente por Suárez, com alguns ajustes e atualizações. Passa a ser entendido como um direito que considera as culturas dos povos como autoridade legítima que deve ser respeitada, uma consideração ao que foi construído ao longo do tempo pelos povos e que não temos direito de atropelar sob nenhuma alegação. São os casos da instituição da propriedade privada, do matrimônio, dos regimes de trabalho, dos tratados internacionais, entre outros.

O conceito de Direito de Gentes, relativo ao que hoje conhecemos como Direitos Humanos, é importante porque, mesmo sendo um direito que se expressa numa positividade, numa norma escrita, tem na sua base uma racionalidade que considera as culturas, a diversidade de modos de manifestação cultural. E isso ao mesmo tempo em que busca a sua universalidade.

Os Direitos Humanos surgiram na idade média, do casamento entre a Filosofia Cristã Católica com o Direito Natural (*Jus Naturale*). Tal afirmação pode ser comprovada de forma simples uma vez que ao surgir o Cristianismo todos os homens (nobres e plebeus) passaram a ser fruta do mesmo saco sendo colocados ao mesmo nível como criaturas e filhos de Deus. Até mesmo os Reis, que eram em muitos lugares da antiguidade, considerados como naturais representantes de Deus na terra passaram a necessitar da benção da igreja, pois do contrário nada mais seriam do que déspotas excomungados.

A conquista da América no século XVI pelos espanhóis resultou em um debate sobre direitos humanos na Espanha. Isto marcou a primeira vez que se discutiu o assunto na Europa. Muitos filósofos e historiadores do direito consideram que não se pode falar de direitos humanos até a modernidade no Ocidente.

Francisco de Vitória, um dos mestres da Escola de Salamanca, forneceu grandes contribuições para o advento do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Francisco Suárez também apresentou contribuições neste sentido, pois, para ele, a formação do conceito de comunidade universal “era um postulado objetivo, traduzia uma ordem natural pensada fora do quadro da concepção individualista dos estados, [...] indivíduos tomados isoladamente, desligados de uma ordem mais vasta sem consideração da função que nela deveriam desempenhar” (CALAFATE, 2017, p. 51).

As Escolas de Coimbra, Lisboa, Évora, Salamanca, dentre outras, tiveram uma profunda relevância para o que hoje, em conjunto, denomina-se de “Escola Ibérica da Paz”.

É possível afirmar que as contribuições feitas pelos pensadores egressos dessas escolas possuem em comum a retomada dos estudos de Tomás de Aquino (VICENTE, 1952, p. 12) e Aristóteles.

O Direito Natural funciona como a razão sob a qual o Direito das Gentes é construído, ou seja, o “sistema de lei natural universal do jus gentium cujas regras podem ser determinadas pelo uso da razão” (ANGHIE, 1996, p. 325). Desse modo, são auto evidentes e comuns a todas as sociedades humanas.

Assim, aduz que “o Direito das Gentes como forma do Direito Positivo tem seu fundamento na vontade humana” (VICENTE, 1952, p. 617), no consenso universal entre os sujeitos. Além disso, tem como fim específico o bem de todos que estão conectados através o gênero humano. Suárez nasce dois anos depois da morte de Vitoria. Por ter vivido um contexto de formação da Europa e nascimento do Estado Moderno, suas teorias são amplamente criticadas por alguns filósofos de matriz tomista. Para eles, o que de fato existe são duas linhas extremas que colocam Vitoria e Suárez em pontos distintos da linha internacionalista espanhola.

Nesse esforço intelectual, os estudos de Tomás de Aquino tiveram profunda relevância na sustentação de uma razão do Estado e da Razão da Humanidade, de forma que estas não se confundissem entre si. Em outras palavras, tal como aduz Suárez, é possível afirmar que não se trataria de uma “lei” das gentes, mas de um “direito” das gentes, não necessariamente positivado.

Para o mestre da Escola de Salamanca, as regras morais são superiores à soberania dos Estados. Em outras palavras: “Se a lei positiva contradiz o direito natural, perdeu sua razão de justiça. É um princípio universal na filosofia política de Francisco de Vitoria” (VICENTE, 1952, p. 626). Por isso, afirmava o bem comum universal e a igualdade natural das soberanias, estando elas sob a égide do Direito Natural e do Direito das Gentes. Contudo, cabe ressaltar o fato de que “dizer que a soberania dos estados é relativa e não absoluta significa que o soberano só tem poder para o que é justo e que para o que é injusto nenhum poder tem” (CALAFATE, 2017, p. 52).

Os Direitos Humanos, hoje, são garantidos por documento oficial, emitido pela Assembleia Geral da ONU e chamado de Declaração Universal dos Direitos Humanos. Porém, a história desses direitos remonta à Revolução Americana e à Revolução Francesa. Os Direitos Humanos dizem respeito ao seu caráter universal, tais direitos passaram a ser garantidos a toda e qualquer pessoa, independentemente de sua nacionalidade. Com isso, o princípio da dignidade humana (direito de possuir condições mínimas para ter uma vida plena e digna) se torna inerente a todo indivíduo, trazendo consigo os fundamentos da igualdade de direitos inalienáveis, como o direito à vida, à liberdade e à justiça sem

distinção de raça, sexo, língua, religião, origem social ou nacional (ONU, Brasil, Declaração Universal dos Direitos Humanos).

Para Vitória, a comunidade política constitui uma instituição de direito natural e é autônoma no sentido dos fins temporais do homem. Todo grupo humano exige uma autoridade que assegura o bem comum. O poder reside, derivado originalmente de Deus, imediatamente na comunidade como tal. O governante que participa da comunidade submete-se não só ao direito divino e natural, mas também ao positivo. Quanto ao direito eclesiástico, sustenta que o papa não tem a plenitude do poder e somente tem sobre o temporal um poder indireto em matérias que afetem o bem espiritual. Diferente do Estado, a Igreja é de direito divino. Nega ao papa, em consequência, a soberania universal. Sua jurisdição estende-se somente aos cristãos. Dentro da Igreja, o papa está acima do Concílio.

A contribuição mais importante de Vitória para a filosofia política pertence ao campo do direito civil. Sua ideia central é a do orbe totus orbis como comunidade universal dos povos fundada no direito natural. Todo povo é convidado a formar e a constituir-se em Estado. Os povos organizados politicamente encontram-se unidos entre si pelo vínculo da natureza humana comum, que dá lugar à pessoa moral do orbe.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A sociedade internacional resulta da sociabilidade natural do homem, de alcance universal. Seu vínculo é o jus gentium, que Vitória concebe como um direito universal da humanidade, que dimana da autoridade do orbe. Consequência da ideia do orbe é o reconhecimento da personalidade jurídica internacional das comunidades políticas não cristãs. Além disso, existe um direito de comunicação entre os povos, ao qual nenhum deles pode subtrair-se sem justa causa.

A originalidade de sua doutrina tem sua aplicação no problema da legitimidade da ocupação da América. Vitória desfaz os argumentos apresentados pelos reis e pelos teólogos para ocupar e manter as novas terras. Constrói outra série de argumentos válidos como o jus communications e a incapacidade efetiva dos índios, transformando assim a conquista em tutela e proteção. A difusão do Evangelho justificaria a conquista somente na medida necessária para permitir sua pregação, porque a fé não pode ser imposta pela força.

Finalmente, seria lícita uma intervenção, por razões humanitárias, no caso de graves violações. Vitória, portanto, é um pioneiro da filosofia política e do direito civil, que mais tarde reformularão Suárez, Belarmino e o próprio Grócio.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANGHIE, Antony. **Francisco de Vitoria and the Colonial Origins of International Law.** Social & Legal Studies, [s.l.], vol. 5, no. 3, p. 321-336, Sept. 1996.

CALAFATE, Pedro. **A idea de comunidade universal em Francisco Suárez.** IHS – Antiguos Jesuitas en Iberoamérica, v. 5, n. 2, p. 48-65, 2017.

ONU. Brasil. **Declaração Universal dos Direitos Humanos.** Disponível em: <https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>. Acesso em: 01 agosto de 2021.

VICENTE, Luciano Pereña. **El concepto del Derecho de Gentes en Francisco de Vitoria.** Revista Española de Derecho Internacional, vol. 5, no. 2, p. 603-628, 1952.

ESTACIONAMENTOS ROTATIVOS E A LEGISLAÇÃO APLICADA

WILLIANN RUDOLFO GEORGI: Advogado formado pela UFSM, especialista em Direito Tributário pelo IBET/RS

Resumo: Estacionamentos rotativos possuem peculiaridades jurídicas que cabe à atenção ao operador de direito.

Devido ao grande fluxo de veículos nas grandes cidades, chegamos ao ponto de termos mais carros do que vagas públicas para estacionamento.

Não demorou muito para que as pessoas começassem a deixar o carro na vaga durante longos períodos, impedindo que outros usuários pudessem estacionar.

A saída encontrada mundo afora foi a mesma: cobrar pelo uso do espaço público.

Surgiram, então, os estacionamentos públicos rotativos, popularmente chamados no Brasil de Zona Azul.

Como opero um estacionamento rotativo?

Tanto a Constituição Federal de 1988 como o Código de Trânsito Brasileiro indicam que o Município é o responsável por implantar, manter e operar o sistema de estacionamento em suas vias.

No Brasil, existem diversas formas de gestão das vagas de estacionamento públicas, podendo ser feito pelo próprio Município, por alguma autarquia criada para este fim, ou, ainda, delegada para empresas privadas.

Em geral, os Municípios realizam uma licitação pública, onde todos os interessados podem participar.

Se a contratação for de uma prestação de serviços, apenas para a operação e gestão do estacionamento, a licitação deve seguir as regras gerais de licitação – atualmente a Lei nº. 8.666/93 e, muito em breve, a Lei nº. 14.133/21, que a revogou.

Porém, se a licitação for para a concessão dos serviços de operação de estacionamento rotativo, a legislação aplicável é a Lei nº. 8.987/95.

Qual a diferença entre uma licitação para prestação de serviços e uma para concessão?

Basicamente, na prestação de serviços o prazo máximo do contrato é de 05 anos, admitindo uma prorrogação excepcional por mais 12 meses.

Neste caso, se contrata apenas a prestação dos serviços, não cabendo a exigência de investimentos pelos contratados – salvo aqueles intrínsecos da atividade, cujo patrimônio seguirá sendo do contratado.

Já na concessão dos serviços públicos, a Lei nº. 8.987/95 não estabelece prazo máximo, porém condiciona a duração aos investimentos realizados – em geral, as concessões de estacionamentos rotativo são de 10 anos, prorrogáveis por mais 10 anos.

Além disso, há previsão de investimentos pelo particular, os quais serão revertidos ao Município após o término da concessão.

Um acompanhamento dos contratos administrativos é fundamental para manter o equilíbrio econômico financeiro do projeto. Para tanto, muitas interações, como ofícios e requerimentos devem ser feitos.

Quem dispõe sobre as regras dos estacionamentos rotativos?

Em linhas gerais, a ocupação das vagas de estacionamento público pode ou não ser cobradas, a critério de cada Município.

Segundo a Constituição Federal de 1988, compete ao Município legislar sobre assuntos de interesse local, conforme dispõe em seu Art. 30 inc. I.

O Supremo Tribunal Federal já teve a oportunidade de se manifestar sobre a legalidade de tais normas, indicando que elas devem ocorrer por iniciativa do Poder Executivo, qual detém competência exclusiva para regulamentar o uso dos espaços públicos, conforme decidido ao Recurso Extraordinário nº. 508.527/SP.

O Art. 24 inc. X do Código de Trânsito Brasileiro também aponta para o Município a responsabilidade de implantar, manter e operar o sistema de estacionamento em suas vias.

Se eu não pagar o estacionamento rotativo, posso ser multado?

De forma geral, a infração de trânsito para quem não cumpre com as regras dos estacionamentos rotativos está prevista no Art. do Código de Trânsito Brasileiro, que assim dispõe:

Art. 181. Estacionar o veículo:

...

XVII - em **desacordo com as condições regulamentadas especificamente pela sinalização (placa - Estacionamento Regulamentado):**

Importante ressaltar que apenas os agentes de trânsito do Município podem emitir os autos de infração, não podendo os funcionários da empresa concessionária multar os usuários, conforme já decidiu o Poder Judiciário ([71005841879](#) e [70049846512](#)).

Isso ocorre pelo fato do Poder de Polícia ser atividade pública indelegável – vários modelos de recursos de multas de trânsito e de ações judiciais sobre o assunto estão disponíveis em plataformas de compartilhamento de petições.

Como recorrer de uma multa do estacionamento rotativo?

Primeiro, é preciso saber que quem regula o uso das vagas de estacionamento rotativo é o Município, conforme Art. 30 inc. I da Constituição Federal de 1988 e Art. 24 inc. X do Código de Trânsito Brasileiro.

Assim, é preciso conhecer o regulamento de cada local para poder verificar se sua autuação é regular ou não.

O que é tempo de isenção do estacionamento rotativo?

O tempo de isenção represente um período no qual a vaga pode ser utilizada de forma gratuita. No geral, ele é de 10 ou 15 minutos, sendo sempre definido pela legislação municipal.

Alguns municípios não possuem o tempo de isenção, então é preciso ficar atento.

O que é a tolerância no estacionamento rotativo?

Já o tempo de tolerância é o período concedido ao cliente para ir até o parquímetro e realizar seu pagamento. O mais comum são 10 minutos, porém este tempo é definido pelo Município em sua lei municipal.

Atualmente, com os aplicativos para pagamento do estacionamento rotativo, é cada vez mais comum termos município sem o tempo de tolerância, já que o pagamento pode ser feito de forma virtual.

Quais cuidados são precisos ao usar um aplicativo de pagamento de estacionamento?

O primeiro cuidado está em digitar a placa corretamente – lembrando que a placa do MERCOSUL requer um novo cadastro nos app.

Além disso, é importante verificar se é obrigatório indicar qual vaga está sendo utilizada, bem como verificar se você colocou na cidade correta.

Posso ser multado por usar o estacionamento além do tempo previsto?

Sim. O Poder Judiciário já declarou a legalidade tanto da cobrança da tarifa de pós utilização como da multa aplicada por quem excede o tempo contratado ([71005449889](#)).

Meu carro foi roubado em uma área de estacionamento público pago, o que faço?

Um tema bastante polêmico é a responsabilidade do Município e da concessionária sobre o furto ou roubo de veículos nas vias públicas sujeitas ao pagamento do estacionamento rotativo.

Muitas decisões judiciais apontam que **não há responsabilidade do Município** em indenizar o furto de veículo em estacionamento tarifado.

Em outros casos, o entendimento é de que, em havendo cobrança, **a indenização é devida pelo Município** e pela concessionária do serviço.

Trata-se de um tema bastante polêmico, e por isso é importante ter uma tese robusta e elaborada por um especialista na área.