

REVISTA JURÍDICA

Direito, Justiça, Fraternidade
& Sociedade

Volume 1 | Edição Especial



SENTENÇA DO ZERO



ISSN 2965-7695

EQUIPE EDITORIAL

DIREÇÃO EDITORIAL

Dra Priscila Luciene Santos de Lima, Centro Universitário Social da Bahia - UNISBA, Salvador/BA, Brasil.

Esp Aline M. Klais, Sentença do Zero.

Fabio Alfredo D. Jaensch, Sentença do Zero.

Esp Fabiana Pinheiro Hammerschmidt, Sentença do Zero.

CONSELHO EDITORIAL NACIONAL

Dr Adilson Anacleto, Universidade Estadual do Paraná, Campo Mourão/PR, Brasil.

Dr Antônio Valdeci Nobles, Universidade Estadual de Roraima - UERR, Boa Vista/RO, Brasil.

Dr Arlen José Silva de Souza, Universidade Federal de Rondônia - UNIR, Rondônia/RR, Brasil.

Dra Claudia de Lima Marques, Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS, Porto Alegre/RS, Brasil.

Dr Deilton Ribeiro Brasil, Universidade de Itaúna - UIT, Itaúna/MG, Brasil.

Dr Daniel Wunder Hachem, Universidade Federal do Paraná - UFPR, Curitiba/PR, Brasil.

Dra Driele Aparecida Rossi, Faculdade Venda Nova do Imigrante - FAVENI, Venda Nova do Imigrante/ES, Brasil.

Dr Daniel Ferreira, Centro Universitário Internacional - UNINTER, Curitiba/PR, Brasil.

Dr Enoque Feitosa, Universidade Federal da Paraíba - UFPB, João Pessoa/PB, Brasil.

Dr Fábio Ramazzini Bechara, Universidade Presbiteriana Mackenzie - UPM, São Paulo/SP, Brasil.

Dr Felipe Chiarello de Souza Pinto, Universidade Presbiteriana Mackenzie - UPM, São Paulo/SP, Brasil.

Dr Fernando Gustavo Knoerr, Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA, Curitiba/PR, Brasil.

Ms. Flávia Jeanne Ferrari, Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA, Curitiba/PR, Brasil.

Ms. Gessuelyton Mendes de Lima, Universidade Federal do Paraná- UFPR, Curitiba /PR, Brasil.

Dra Hadassah Santana, Fundação Getúlio Vargas - FGV, Brasília/DF, Brasil.

Dr Heron Gordilho, Universidade Federal da Bahia - UFBA, Salvador/BA, Brasil.

Dr Ilton Garcia da Costa, Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP, Jacarezinho/PR, Brasil.

Dr João Marcelo de Lima Assafim, Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ, Rio de Janeiro/RJ, Brasil.

Dra Josiane Rose Petry Veronese, Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC, Florianópolis/SC, Brasil.

Dr Kiwonghi Bizawu, Escola Superior Dom Helder Câmara - ESDHC, Belo Horizonte/MG, Brasil.

Dra Lorena de Melo Freitas, Universidade Federal da Paraíba - UFPB, João Pessoa/PB, Brasil.

Dr Lourenço de Miranda Freire Neto, Universidade Presbiteriana Mackenzie - UPM, São Paulo/SP, Brasil.

Dra Luciana de Aboim Machado, Universidade Federal do Sergipe - UFSE, Aracaju/SE, Brasil.

Dra Mara Darcanchy, Centro Universitário FACVEST - FACVEST, Lages/SC, Brasil.

Dr Marcelo Antônio Theodoro, Universidade Federal de Mato Grosso - UFMT, Cuiabá/MT, Brasil.

Dra. Maria Carolina Almendra de Freitas, Universidade Federal do Piauí - UFPI, Teresina/PI, Brasil

Dra Mônica Celestino Santos, Centro Universitário Social da Bahia - UNISBA, Salvador/BA, Brasil.
Dr Paulo Roberto Barbosa Ramos, Universidade Federal do Maranhão - UFMA, São Luis/MA, Brasil.
Dra Raquel Duarte Hadler, Universidade de Campinas - UNICAMP, Campinas/SP, Brasil.
Dra Regina Vera Villas Bôas, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUCSP, São Paulo/SP, Brasil.
Dra Rita Margareth Costa Passos, Centro Universitário Social da Bahia - UNISBA, Salvador/BA, Brasil.
Dr Tiago Oliveira Moreira, Universidade Federal do Rio Grande do Norte - UFRN, Natal/RN, Brasil.
Dr Valmir Cesar Pozzetti, Universidade Federal do Amazonas - UFAM, Manaus/AM, Brasil.
Dr Vladimir Passos de Freitas, Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUCPR, Curitiba/PR, Brasil.
Dra Viviane Côelho de Séllos-Knoerr, Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA, Curitiba/PR, Brasil.
Dra Zélia Luiza Pierdoná, Universidade Presbiteriana Mackenzie - UPM, São Paulo/SP, Brasil.
Dr Wagner Menezes, Universidade de São Paulo - USP, São Paulo/SP, Brasil.
Dr Wanderson de Paula Pinto, Faculdade da Região Serrana - FARESE, Santa Maria de Jequitibá/ES, Brasil.
Dra Ynés da Silva Félix, Universidade Federal de Mato Grosso do Sul - UFMS, CamposGrande/MS, Brasil.

CONSELHO EDITORIAL INTERNACIONAL

Dr Alessandro Rosanó, Università di Padova, Itália.
Dr Angelo Viglianisi Ferraro, Università Mediterranea di Reggio Calabria, Itália.
Dr Antônio Sorella Castillo, Universidad Libre de Chiapas, México.
Dr Augustus Bonner Cochane III, Agnes Scott College, EUA.
Dra Beata Stepien Zalucka, University of Rzeszów, Polônia.
Dra Beliña Herrera Tapias, Universidad de la Costa (Barranquilla), Colombia.
Dr Carlos García Soto, Universidad Monteávila, Venezuela.
Dra Carolina Granja, Universidad Católica de Córdoba, Argentina.
Dr Eduardo Amorim, Universidad de Oviedo, Espanha.
Dr Eduardo Vera Cruz Pinto, Universidade de Lisboa, Portugal.
Dra Elizabeth Acciolly Rodrigues da Costa, Universidade Europeia, Portugal.
Dr Fábio da Silva Veiga, Universidade Lusófona do Porto, Portugal.
Dr Fernando Hernández Fradejas, Università de Bologna, Itália.
Dr Gabriel Martín Rodríguez, Universidad Rey Juan Carlos, Espanha.
Dr Gonçalo S. de Melo Bandeira, Universidade Portucalense Infante D. Henrique, Portugal.
Dr João Proença Xavier, Universidade de Coimbra, Portugal.
Dr Johannes San Miguel, Universidad de Guayaquil, Equador.
Dr Jorge Alfredo Arevalo, Universidad Nacional de Córdoba, Argentina.
Dr Justo Reguero Celada, Universidad de Salamanca, Espanha.
Dr Karlos Manuel Navarro Medal, Universidad Centroamericana de Nicaragua, Nicarágua.
Dra Laura Miraut Martín, Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, Espanha.
Dra Letícia Mirelli Faleiro e Silva, Universidad de Santiago de Compostela, Espanha.
Dr Marco Olivetti, Università LUMSA, Roma, Itália.
Dra Maria Camacho Zegarra, Universidad ESAN, Peru.
Dr Mauricio López Barrantes, Universidad de Costa Rica, Costa Rica.

Dra Mariusz Zalucki, AFM Krakow University, Polônia.

Dr Nuno Garoupa, Texas A&M University School of Law, EUA.

Dr Pablo Fernandez Garcia-Armero, Universidad Internacional de La Rioja, Espanha.

Dr Rodrigo Andrés Poyanco Bugueño, Universidad de los Andes, Chile.

Dr Rubén Miranda Gonçalves, Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, Espanha.

Dr Rui Miguel Zeferino Ferreira, Universidad de Santiago de Compostela, Espanha.

Dra Tatiana Shirasaki, University of Wisconsin Law School Madison, EUA.

EDITORAÇÃO

Carlos Eduardo Caixa Barbosa, Sentença do Zero.

Capa e Diagramação:

Di'Artes



ÍNDICE

LUIZA HELENA COSTA DE OLIVEIRA ARCANJO

1. PRINCÍPIOS DA LEI DE PROTEÇÃO DE DADOS E RESPONSABILIDADE DOS ÓRGÃOS PÚBLICOS 08

LORENA REIS BASTOS DUTRA

2. O PROCESSO ESTRUTURAL E SUA APLICAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO 24

LAURA NOAL GARCIA

3. PROCESSO SOB PERSPECTIVA DE GÊNERO A PARTIR DO CASO MÁRCIA BARBOSA VS BRASÍLIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E REPERCUSSÕES NO CONTEXTO BRASILEIRO 44

DANILO NUNES CRONEMBERGER MIRANDA

4. LAW AND DEVELOPMENT NO SÉCULO XXI: DUAS CONTRIBUIÇÕES DO CONSTITUCIONALISMO 65

THIAGO PORTES VIEIRA DE SOUZA

5. A NOVA SISTEMÁTICA DA INDISPONIBILIDADE DE BENS E DA PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE NO ÂMBITO DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E SUA EFICÁCIA RETROATIVA 80

MARIANA ARANTES RIBEIRO LANDIN

6. CONTRAÇÕES PÚBLICAS E A NOVA MODALIDADE DO DIÁLOGO COMPETITIVO 100

VERÔNICA APARECIDA DA COSTA

7. DESIGUALDADE RACIAL NO BRASIL E A IMPORTÂNCIA DAS POLÍTICAS PÚBLICAS PARA GARANTIA DA IGUALDADE DE OPORTUNIDADES 125

ELIZABETE OLIVEIRA RANGEL DA SILVA; JORLANIO LINO SANTOS; NOELY DIAS DE CARVALHO; RODRIGO PEREIRA ALVES; SÉRGIO LOPES JÚNIOR

8. PRIVATIZAÇÃO: ERROS E ACERTOS NA PRIVATIZAÇÃO DOS CARTÓRIOS EXTRAJUDICIAIS NO ESTADO DA BAHIA 142

RUBENS TORRES DE OLINDO

9. FORO PRIVILEGIADO: À LUZ DA AÇÃO PENAL 937 159

PEDRO HENRIQUE GEBRIM CAMPOS

10. O DIREITO DE INTERVENÇÃO E O ENFRENTAMENTO DA CRIMINALIDADE MODERNA: PROPOSTA E CRÍTICA 209

**ANDRESSA MARIA RAMOS RAMUNDO**

11. ANÁLISES CRÍTICAS SOBRE A CRIMINALIZAÇÃO DO FUNK “150 BPM” 224

BRUNA HAYAR FUSCELLA

12. POSSIBILIDADE DE DISCUSSÃO DA CAUSA DEBENDI NA COBRANÇA DE CHEQUE
- UMA ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA 241

MATEUS MOITINHO E SILVA

13. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE: HISTÓRICO E CASOS PRÁTICOS NO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL 256

GABRIELA ARGOLLO ARAÚJO MARINS

14. ANÁLISE E FORTALECIMENTO DA REDE DE PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR NO
COMBATE AO ABATE CLANDESTINO DE ANIMAIS PARA CONSUMO HUMANO NO
ESTADO DA BAHIA: PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO 277

CLAUDINO SILVA SANTOS

15. MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS E SEUS OBJETIVOS PEDAGÓGICOS E PUNITIVOS:
UMA ANÁLISE À LUZ DE SUAS ESPÉCIES 290

GISELLE CARDOSO DELFINO JANDREY

16. A IMPORTÂNCIA DA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS VISANDO A
ELETROMOBILIDADE NO BRASIL 306

ANA JULIA DE ABREU CAETANO

17. A RENÚNCIA DA HERANÇA: ASPECTOS INICIAIS E NATUREZA JURÍDICA 318

LINA CARDOSO FERNANDES

18. EFICÁCIA DA APLICAÇÃO DAS MEDIDAS CAUTELARES 339

ARTHUR HENRIQUE LINHARES CALVETTI

19. EM BUSCA DE UMA FISCALIZAÇÃO LEGISLATIVA EFETIVA E DEMOCRÁTICA NO
MUNICÍPIO BRASILEIRO 355

FELIPPE AUGUSTO DE OLIVEIRA BORGES

20. UMA ANÁLISE DIANTE DA PREVALÊNCIA DAS DOENÇAS SEXUALMENTE
TRANSMISSÍVEIS NAS PENITENCIÁRIAS FEMININAS BRASILEIRAS 380

MATHEUS SILVA BASTOS

21. (IM) POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO INDULTO COLETIVO REFERENTE AO
DECRETO Nº 11.846, DE 22 DE DEZEMBRO DE 2023 À PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA DE
ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL 403

VIVIAN LEITE SANTOS

22. OS PRINCÍPIOS REITORES DA PROVA NO SISTEMA ACUSATÓRIO 420

**DANILO MEIRA BARROS**

23. TEORIAS EXPLICATIVAS DA PESSOA JURÍDICA	434
---	-----

DÉBORA SILVA BRAGA

24. VIOLÊNCIA SEXUAL INTRAFAMILIAR CONTRA CRIANÇAS E ADOLESCENTES E JUSTIÇA RESTAURATIVA: UMA ANÁLISE DO CENÁRIO SOTEROPOLITANO	448
---	-----

ZULLY FERREIRA BORGES

25. MAPEANDO A IMPUNIDADE	477
---------------------------------	-----

SUÉLEN LIMA CASÉ

26. REFLEXÕES ACERCA DA TOMADA DE DECISÃO APOIADA	498
---	-----

LUÍSA MILITÃO VICENTE BARROSO

27. TERCEIRIZAÇÃO TRABALHISTA: A AUSTERIDADE SOB A PERSPECTIVA DA OBRA DE ANTONIO CASIMIRO FERREIRA	511
---	-----



PRINCÍPIOS DA LEI DE PROTEÇÃO DE DADOS E RESPONSABILIDADE DOS ÓRGÃOS PÚBLICOS

PRINCIPLES OF THE DATA PROTECTION LAW AND THE RESPONSIBILITY OF PUBLIC BODIES

Luiza Helena Costa de Oliveira Arcanjo¹

Resumo: Tratar sobre o tema “Princípios Da Lei de Proteção de Dados e Responsabilidade dos Órgãos Públicos” é um tema instigante e desafiador, pois faz parte do ordenamento jurídico, atual e presente na sociedade vigente. A justificativa deste trabalho em fundamentar a importância da Lei de Proteção de Dados e a Responsabilidade dos Órgãos Públicos. A publicidade e o portal da transparência dos atos públicos são fundamentais para o controle social e o combate à corrupção. O acesso à informação permite que os cidadãos fiscalizem as ações do governo, contribuindo para a melhoria da gestão pública e o fortalecimento da democracia. O objetivo geral deste estudo é analisar os princípios da lei de proteção de dados e a responsabilidades dos órgãos públicas. A tecnologia aplicada quanto a questão do acesso faz parte de um trabalho cada vez mais promissor e relevante de acesso e informação aos dados aplicados do cidadão e de órgãos privados e públicos. Na realidade esta análise faz parte de um estudo, de um levantamento de posicionamentos não só a título de lei aplicada como também de caráter doutrinário que muito contribui para este estudo. A Metodologia aplicada faz parte de um trabalho de fundamentação bibliográfica assim como a fundação diante de autores renomados e a citação de leis de proteção de dados, concentrando-se, portanto, nas disposições específicas que se aplicam às organizações públicas. E por fim a conclusão e as referências aplicadas.

Palavras-Chave: Lei de Proteção de Dados. Órgãos Públicos. Tecnologia.

Abstract: Dealing with the topic “Principles of the Data Protection Law and Responsibility of Public Bodies” is an intriguing and challenging topic, as it is part of the legal system, current and present in current society. The justification for this work is to substantiate the importance of the Data Protection Law and the Responsibility of Public Bodies. Advertising and the transparency portal for public acts are fundamental for social control and the fight against corruption. Access to information allows citizens to monitor government actions, contributing to the improvement of public management and the strengthening of democracy. The general objective of this study is to analyze the principles of data protection law and the responsibilities of public bodies. The technology applied to the issue of access is part of an increasingly promising and relevant work on access and information to applied data from citizens and private and public bodies. In reality, this analysis is part of a study, a survey of positions not only in terms of applied law but also of a doctrinal nature that greatly contributes to this study. The Methodology applied is part of a bibliographical foundation work as well as the foundation before renowned authors and the citation of data protection laws, focusing, therefore, on the specific provisions that apply to public organizations. And finally the conclusion and applied references.

¹ Formada em Direito pela UNIVERSO - Universidade Salgado de Oliveira/RJ. Advogada. Atuação nas áreas Civil, Trabalhista, Consumidor e Bancário



Keywords: Data Protection Law. Public agencies. Technology.

INTRODUÇÃO

Tratar sobre o tema “Princípios da Lei de Proteção de Dados e Responsabilidade dos Órgãos Públicos” faz parte de uma temática complexa e atual, pois reflete no cotidiano das instituições e da preservação de sua privacidade. A implementação de leis de proteção tem sido cada vez mais relevante e necessária na nova era da digitalização. Portanto, as informações pessoais são constantemente recolhidas, armazenadas e processadas. No contexto das entidades públicas, os princípios da proteção de dados são fundamentais no que diz respeito à garantia de que os direitos de privacidade dos cidadãos serão naturalmente respeitados, permitindo ao mesmo tempo o funcionamento seguro dos serviços governamentais preservados.

A justificativa deste trabalho está em fundamentar a importância da Lei de Proteção de Dados e a Responsabilidade dos Órgãos Públicos. É sabido que as organizações públicas tratam com grandes quantidades de dados pessoais no decurso das suas operações, desde informações dos cidadãos até registros governamentais sensíveis. Portanto, dados os riscos potenciais associados à violação de dados e ao acesso não autorizado, é essencial que as entidades públicas cumpram os princípios de proteção de dados definidos na legislação relevante.

Apesar da existência de leis como o Regulamento Geral de Proteção de Dados (RGPD) e outros quadros nacionais de proteção de dados, os organismos públicos podem enfrentar desafios no cumprimento integral destes regulamentos. Questões como a falta de sensibilização, a insuficiência de recursos e as atividades complexas de tratamento de dados podem de certo modo barrar a implementação eficaz de medidas de proteção de dados.

A pergunta apresentada é a seguinte: Os Princípios da Lei de Proteção de Dados e Responsabilidade dos Órgãos Públicos realmente podem vir a contribuir para uma maior segurança de proteção aos dados?

No que diz respeito ao objetivo geral deste estudo é analisar os princípios da lei de proteção de dados e a responsabilidades dos órgãos públicos. Os objetivos específicos incluem: Examinar os princípios das leis de proteção de dados aplicáveis às organizações públicas; avaliar as obrigações e responsabilidades específicas atribuídas aos organismos públicos sobre as atividades de tratamento de dados e

identificar os desafios enfrentados pelas entidades públicas para garantir o cumprimento dos regulamentos de proteção de dados.

A Metodologia aplicada faz parte de um trabalho de fundamentação bibliográfica assim como a fundação diante de autores renomados e a citação de leis de proteção de dados, concentrando-se nas disposições específicas que se aplicam às organizações públicas. E por fim a conclusão e as referências aplicadas.

Autores renomados como Tepedino & Teffé (2019); Abilio, Frazão, Oliva, (2019); Pereira (2017) Busatta (2020) assim como a citação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. A Lei nº 13.709/ 2018; Lei nº 13.709/ 2018 e outras leis fizeram parte deste trabalho.

2. LEGISLAÇÃO E REGULAMENTAÇÃO SOBRE PROTEÇÃO DE DADOS

O princípio da proteção de dados é um conceito fundamental no contexto da sociedade da informação atual, onde a privacidade e a segurança das informações pessoais são cada vez mais valorizadas. Este princípio visa garantir que os dados pessoais dos indivíduos sejam tratados de forma adequada, respeitando sua privacidade e intimidade. No âmbito dos órgãos públicos, o papel desempenhado por eles na proteção de dados é crucial, uma vez que lidam com uma quantidade significativa de informações sensíveis dos cidadãos.

A Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018 em seu Art. 1º fundamentado pelo Vade Mecum (2022, p. 2006) relata que:

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural. Parágrafo único. As normas gerais contidas nesta Lei são de interesse nacional e devem ser observadas pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Art. 2º A disciplina da proteção de dados pessoais tem como fundamentos:

- I - o respeito à privacidade;
- II - a autodeterminação informativa;
- III - a liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião;
- IV - a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem;
- V - o desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação;
- VI - a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor; e
- VII - os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais

A proteção de dados é um tema amplamente regulamentado em diversos países ao redor do mundo. A legislação nesse campo estabelece as diretrizes e normas que devem ser seguidas pelos órgãos públicos e privados no tratamento de dados pessoais. A regulamentação nesse campo varia de país para país, mas em geral, tem como objetivo garantir a privacidade e segurança dos dados pessoais dos cidadãos.

Tanto os órgãos públicos quanto as empresas privadas têm a responsabilidade de seguir as diretrizes estabelecidas pela legislação de proteção de dados. Os órgãos públicos trabalham com uma grande quantidade de informações pessoais dos cidadãos em suas atividades diárias, como registros civis, fiscais e de saúde e outros. Portanto, é fundamental que essas entidades possam trabalhar com transparência e segurança no tratamento desses dados.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 em seu Art. 1º, inciso III citado pelo Vade Mecum (2022, p. 52) prima pela “dignidade da pessoa humana” portanto, procura preservar a sua privacidade, a sua identidade, a dignidade tem que ser respeitada, os seus dados não podem ser expostos sem que haja uma autorização direta, a lei precisa ser cumprida, seja esta pessoa física ou jurídica.

Tepedino & Teffé (2019, p 293)

A Lei Geral de Proteção de Dados brasileira e o Regulamento Geral Europeu sobre a Proteção de Dados 2016/679 (General Data Protection Regulation – GDPR) representam no contexto atual instrumentos para a proteção e garantia da pessoa humana, uma vez que facilitam o controle dos dados tratados, impõem deveres e responsabilidades aos agentes de tratamento e proporcionam segurança para que as informações circulem. Os dois sistemas encontram-se fortemente alinhados, como desejou o legislador brasileiro, para que a norma nacional, nos próximos anos, seja reconhecida como adequada ao sistema europeu, uma vez que isso facilitará a realizações de transações e cooperações com países do bloco.

No Brasil, a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), inspirada no Regulamento Geral de Proteção de Dados (GDPR) da União Europeia, estabelece diretrizes sobre como os dados pessoais devem ser tratados, inclusive por parte dos órgãos públicos. A LGPD visa garantir a privacidade e a segurança das informações dos cidadãos, impondo regras necessárias sobre a coleta, armazenamento, uso e compartilhamento desses dados.

Araújo e Nunes Júnior (2005, p. 109-110)



Os direitos fundamentais podem ser conceituados como a categoria jurídica instituída com a finalidade de proteger a dignidade humana em todas as dimensões. Por isso, tal qual o ser humano, tem natureza polifacética, buscando resguardar o homem na sua liberdade (direitos individuais), nas suas necessidades (direitos sociais, econômicos e culturais) e na sua preservação (direitos relacionados à fraternidade e à solidariedade).

Os direitos fundamentais são uma categoria jurídica estabelecida com o objetivo de proteger a dignidade humana na sua totalidade, esta proteção está relacionada aos preceitos de lei, da cultura, dos valores, dos princípios éticos e morais. Segundo Bioni (2021 p. 184) “O dever-direito de informação é o primeiro instrumento para desencadear a referida perspectiva solidária das relações obrigacionais”. Eles abrangem vários aspectos da vida humana, incluindo liberdade, necessidades sociais e preservação.

Uma das principais dimensões dos direitos fundamentais é trazer à tona as liberdades individuais do ser humano, garantindo que cada pessoa tenha a liberdade de tomar decisões e agir de acordo com as suas próprias crenças e valores, sem interferência de terceiros ou do governo. Os direitos fundamentais, relacionado às Cláusulas Pétreas Art. 60, § 4º é fundamental no que diz respeito a condição do cidadão. Estes direitos auxiliam a criar um ambiente de apoio que incentiva o respeito mútuo, a empatia e a compreensão entre as pessoas. Mais que isso prima pela identidade, pelo respeito a proteção de dados de cada ente, cada pessoa como ser cidadão tem que ter preservado pelo Estado a sua identidade, o respeito e os preceitos valorativos do ser humano tem que estar alinhado as regras, as leis aplicadas.

Diversos países adotaram leis e regulamentações específicas para garantir a proteção de dados pessoais. O Regulamento Geral de Proteção de Dados (GDPR) da União Europeia estabelece regras claras sobre a coleta, armazenamento e processamento de dados pessoais, bem como as consequências para o descumprimento das normas.

2.1 Princípios fundamentais da proteção de dados

A proteção de dados é um tema de extrema relevância na sociedade atual, especialmente com o avanço da tecnologia e a crescente digitalização de informações. A importância da proteção dos dados está relacionada à segurança e privacidade das informações pessoais e sensíveis dos indivíduos, bem como ao bom funcionamento das organizações e à economia como um todo.

Com o acelerado desenvolvimento tecnológico e a consolidação de espaços públicos virtuais, a gestão da informação sobre si próprio tornou-se expressão fundamental do indivíduo. Por conseguinte, revela-se impossível cogitar de proteção integral à liberdade, à privacidade e ao desenvolvimento da pessoa natural sem que se lhe garanta eficaz defesa e controle de seus próprios dados (...) (ABILIO, FRAZÃO, OLIVA, 2019, p, 677 e 678)

Os princípios fundamentais da proteção de dados incluem a transparência no tratamento dos dados, a finalidade específica para a qual os dados são coletados, a minimização dos dados coletados, a precisão dos dados, assim como a limitação do armazenamento dos dados e a integridade e confidencialidade dos mesmos. Os órgãos públicos devem aderir estritamente a esses princípios ao lidar com informações pessoais.

A proteção dos dados pessoais é fundamental para garantir a privacidade e a segurança das informações dos cidadãos. Com a quantidade cada vez maior de dados armazenados, armazenados e compartilhados, torna-se essencial estabelecer mecanismos eficazes de proteção para evitar o uso indevido ou abusivo dessas informações.

A Carta Magna de 1988 em seu Art. 5º e incisos X, XI. XII referendado pelo Vade Mecum (2022, p. 52 e 53) afirma:

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:

X – São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

XI – a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial;

XII – é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;

A Carta Magna em seu Art. 5º, no que diz respeito aos direitos fundamentais traz a luz do direito legal os direitos e liberdades individuais que são garantidos tanto aos cidadãos brasileiros quanto aos estrangeiros residentes no país. Esses direitos incluem a inviolabilidade do direito à vida, liberdade, igualdade, segurança e propriedade. Portanto, qualquer violação desses direitos confere à pessoa o direito legal à indenização por danos materiais ou danos morais.

O princípio da proteção de dados é essencial para preservar a privacidade e segurança das informações pessoais na era digital, sendo fundamental que os órgãos públicos exerçam seu papel com responsabilidade e transparência na gestão desses dados sensíveis. Um dos aspectos mais críticos dos dados em relação aos direitos fundamentais é a privacidade. Os dados pessoais são um ativo valioso que pode ser usado para traçar perfis, monitorar e manipular indivíduos.

A proteção de dados pessoais tornou-se uma preocupação primordial para muitos governos e organizações. O Regulamento Geral de Proteção de Dados (GDPR) da União Europeia é um excelente exemplo de legislação que procura proteger os direitos de privacidade dos indivíduos, regulamentando a forma como as organizações recolhem, processam e armazenam dados pessoais.

Entendemos que o poder do indivíduo sobre si mesmo se exprime nos direitos inerentes à própria personalidade, direito à vida, à honra, ao respeito, à integridade física e moral, ao nome etc., direitos que se projetam sobre as manifestações dessa personalidade, como o trabalho físico ou mental. O direito ao próprio corpo é um complemento do poder sobre si mesmo, mas deve ser exercido no limite da manutenção da sua integridade. (PEREIRA, 2017, p.54)

A integridade corporal envolve a proteção dos indivíduos contra intrusões ou danos físicos indesejados. Isto inclui proibições contra procedimentos médicos não consensuais, esterilização forçada, abuso físico e outras formas de lesões corporais. Os direitos de privacidade também desempenham um papel na salvaguarda do controlo dos indivíduos sobre os seus corpos, protegendo informações pessoais relacionadas com o estado de saúde, dados genéticos e historial médico.

Para Mendes e Costa (2020, p. 32): “A fiscalização e punição efetivas são cruciais para garantir a segurança dos dados pessoais de titulares, e os órgãos responsáveis precisam estar bem equipados e estruturados para isso”. A proteção de dados pessoais tornou-se uma preocupação na era digital atual, é sabido que grandes quantidades de informações são recolhidas, armazenadas e processadas por diversas organizações.

Os princípios fundamentais da proteção de dados servem de base para garantir a privacidade e a segurança dos dados pessoais dos cidadãos. Estes princípios fornecem uma estrutura para as organizações gerirem e protegerem os dados pessoais de forma responsável, respeitando ao mesmo tempo os direitos dos titulares dos dados.

Para Pereira (2019, p. 64).

O consentimento do titular dos dados pessoais deve ser informado de maneira clara, através de linguagem acessível e ser obtido de forma específica para cada finalidade de tratamento. Isso significa que as empresas devem informar os usuários de forma clara o que está sendo coletado, como será utilizado e por quanto tempo será armazenado.

As empresas devem se comunicar com os usuários usando uma linguagem simples, que possa alcançar os seus clientes. Portanto, isso significa evitar jargões técnicos ou jurídicos que muitas vezes acaba por confundir os usuários leigos. A linguagem utilizada deve ser facilmente compreensível pelo cidadão comum, permitindo-lhe tomar decisões informadas sobre o tratamento dos seus dados pessoais.

Os consentimentos devem ser obtidos para cada fim na sua particularidade. Com isto, é importante referendar que as empresas não podem utilizar dados pessoais para fins diferentes daqueles para os quais obtiveram originalmente consentimento. Referenda Silva e Silva (2013, p. 6) citam que “(...) deve haver cautela redobrada quando se trata de dados sensíveis, seja no momento do recolhimento, seja quanto à segurança em seu armazenamento, afim de garantir que seu uso não se dissocie da finalidade para a qual foi obtida”. Se uma empresa desejar utilizar dados pessoais para uma nova finalidade, deverá obter novo consentimento do usuário. As empresas de forma geral só podem fazer determinados negócio fazendo valer os preceitos legais da lei aplicada.

3. O PAPEL DOS ÓRGÃOS PÚBLICOS DIANTE DA PROTEÇÃO DE DADOS

Os órgãos públicos desempenham um papel é fundamental diante da proteção de dados, uma vez que são responsáveis por uma variedade de serviços que envolvem o tratamento de informações pessoais. Estes órgãos desempenham um papel especial na sociedade pois são de suma importância para o funcionamento adequado de um país e o bem-estar de seus cidadãos. Eles são de certo modo responsáveis por uma série de funções que visam garantir a ordem, a justiça, o desenvolvimento econômico e social, a segurança e a proteção dos direitos individuais e coletivos.

A Constituição Federal de 1988 prevê em seu art. 5º, inciso XXXIII fundamentado pelo Vade Mecum (2022, p.54) que:

XXXIII- todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.

Os órgãos públicos têm o dever legal de garantir o acesso à informação, respondendo aos pedidos que se fizerem necessários dentro do prazo estabelecido em lei. Portanto, o descumprimento dessa obrigação pode acarretar em responsabilização administrativa, em sanções administrativas sejam elas na área civil e penal por parte dos agentes públicos envolvidos. Ou seja, a lei precisa ser seguida, respeitada.

É importante frisar que os órgãos do Estado, a coisa pública deve ser a garantidora principal de guardião e aquela que repassa as informações para os cidadãos e que estes possam ser tratados com segurança, com dignidade, com o respeito aos direitos e deveres fundamentados nos preceitos da lei assim como à privacidade e à proteção de dados. Os órgãos públicos devem estar em harmonia com as leis e regulamentos vigentes sobre proteção de dados.

A capacidade de tratamento de dados pessoais das mais diversas ordens vem aumentando exponencialmente, principalmente devido ao advento de tecnologias avançadas de inteligência artificial, com o uso de algoritmos sofisticados e com a possibilidade de aprendizado por máquinas (machine learning). Significa dizer que o tratamento de “big data” literalmente, grandes bases de dados por meio de técnicas computacionais cada vez mais desenvolvidas pode levar a análises probabilísticas e resultados que, ao mesmo tempo que atingem os interesses de uma parcela específica da população, retiram a capacidade de autonomia do indivíduo e o seu direito de acesso ao consumo de bens e serviços e a determinadas políticas públicas, por exemplo (MULHOLLAND 2018, p. 173).

Os órgãos públicos têm a responsabilidade de proteger as informações pessoais que estão sob sua guarda, garantindo que sejam utilizadas de forma adequada e em conformidade com a legislação vigente. Além disso, devem adotar medidas de segurança para prevenir vazamentos e acessos não autorizados, bem como promover a transparência no tratamento dos dados.

Com a evolução tecnológica, a proteção jurídica dos dados pessoais, incluído, os dados sensíveis, tornou-se deveras relevante, na medida em que a desproteção dessas informações pode acarretar a vulnerabilidade de direitos e princípios constitucionais, perante, por exemplo, práticas como a apropriação e o repasse no ambiente digital, sem autorização do usuário. No presente artigo científico, observou-se que as cláusulas da Lei n. 12.737/14, conhecida como Marco Civil da Internet, bem como da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) de n. 13.709/18 são promulgadas com o objetivo

de proteger os internautas no ambiente digital, tendo por base as premissas do livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural, boa-fé nas relações de tratamento de dados pessoais e cumprimento de princípios da segurança da informação. Nesse viés, o direito à privacidade ganhou novo amparo jurídico específico, na medida em que a reunião desses instrumentos normativos colaborou para tutelar os direitos e garantias de forma mais efetiva no ambiente digital e “online”, posto que anteriormente não era regulamentado de forma satisfatória. (CARVALHO; PEDRINI, 2019, p. 379).

Apesar dos esforços para garantir a proteção de dados, os órgãos públicos enfrentam desafios significativos nesse sentido, como a crescente quantidade de informações a serem gerenciadas, as ameaças cibernéticas e a necessidade de conciliar a segurança das informações com a transparência e acessibilidade aos dados. No entanto, também existem oportunidades para melhorar as práticas de proteção de dados nos órgãos públicos por meio da adoção de tecnologias avançadas e boas práticas.

Os dados pessoais dos clientes e colaboradores, as organizações também se beneficiam da proteção dos dados. A implementação de medidas de segurança garantidas não só evita possíveis vazamentos de informações previstas, mas também fortalece a confiança da empresa e aumenta a confiança do público.

As empresas precisam adotar políticas claras e objetivas sobre a coleta, uso e armazenamento dos dados pessoais dos usuários. Essa medida não apenas atende às obrigações legais, mas também fortalece a confiança dos usuários nas empresas e cria uma imagem de transparência e responsabilidade (SILVA, 2019, p. 79).

Os motivos pelo quais as empresas necessitam ter políticas de dados claras é o cumprimento de diversas leis e regulamentos que regem a privacidade e proteção de dados. O Regulamento Geral de Proteção de Dados (GDPR) na União Europeia determina que as empresas devem ter bases legais para o processamento de dados pessoais, informar os utilizadores sobre como os seus dados serão utilizados e garantir de forma direta a segurança destas informações.

O não cumprimento de tais regulamentos pode acarretar em penalidades e danos à imagem da empresa. “A Gestão de Sistemas de Informação é um domínio de atividade profissional crítico para o sucesso das organizações. Uma compreensão profunda da forma como se estruturam e relacionam os seus principais conceitos é imprescindível para uma boa compreensão do domínio.” (AMARAL 1997, p. 18). A Gestão de Sistemas de Informação (GSI) desempenha um papel importante no

suporte às operações diárias, na tomada de decisões estratégicas e na obtenção de vantagem competitiva no mercado. Uma gestão eficaz dos sistemas de informação pode melhorar a eficiência operacional, facilitar a inovação, melhorar processos e promover a colaboração dentro e fora da organização.

A comunicação livre em uma sociedade democrática tem como requisito o livre desenvolvimento da personalidade para que haja um debate plural – cujas ideias postas em contraponto aperfeiçoam-se em um processo dialético. Instrumento necessário para concretização desses valores – constitucionalmente expressos – é o direito à autodeterminação informativa, que, enquanto direito fundamental, impõe limites ao Estado pela realização de suas dimensões negativa e positiva. (ASSMANN 2014, p. 21),

A autodeterminação informacional refere-se de forma direta e coesa ao conceito de que o cidadão tem controle sobre seus dados pessoais. Este princípio baseia-se na ideia de que os indivíduos devem ter o direito de decidir como os seus dados são recolhidos, utilizados e partilhados. Portanto, faz-se necessário promover a ideia de privacidade pessoal assim como da proteção de dados, garantindo que os indivíduos não sejam explorados ou aproveitados por organizações ou governos que possam ter acesso aos seus dados.

Pode-se pontuar que a privacidade individual, assim como a autodeterminação informacional desempenha de forma direta um papel fundamental na promoção da democracia. Isto leva a uma cidadania mais informada e empenhada, o que é essencial para uma democracia saudável.

3.1 A aplicação tecnológica para e a Proteção de Dados

Com o avanço da tecnologia, surgem constantemente novas ferramentas e soluções para proteger os dados contra ameaças cibernéticas. Criptografia, firewalls, autenticação em dois fatores e softwares de segurança são algumas das tecnologias utilizadas para garantir a integridade e confidencialidade das informações.

Cumpra aos agentes de tratamento de dados, nessa perspectiva, a efetiva averiguação dos riscos que recaem sobre sua atividade, o mapeamento dos pontos críticos e a realização das ações necessárias à mitigação dos riscos. Exige-se do agente de tratamento de dados uma efetiva política de gestão de riscos, em sentido amplo, que vai muito além da segurança de hardware e software. BUSATTA (2020. p. 25-56).

O princípio da proteção de dados é uma questão fundamental nos dias atuais, especialmente com o avanço da tecnologia e a crescente quantidade de informações pessoais sendo coletadas, armazenadas e compartilhadas. No contexto dos órgãos públicos, a proteção de dados assume um papel crucial, uma vez que essas entidades lidam com uma grande quantidade de informações sensíveis dos cidadãos.

Estamos na era da sociedade da informação, da comunicação virtual, do acesso aos grandes portais da Internet, das redes sociais, do contato cada vez mais rápido com pessoas e trabalho, com a celeridade da aplicação do Direito, da utilização de recursos, de dados assim como da privacidade que precisa ser preservada.

A definição mais comum de Sociedade da Informação enfatiza as inovações tecnológicas. A ideia-chave é que os avanços no processamento, recuperação e transmissão da informação permitiram aplicação das tecnologias de informação em todos os cantos da sociedade, devido à redução dos custos dos computadores, seu aumento prodigioso de capacidade de memória, e sua aplicação em todo e qualquer lugar, a partir da convergência e imbricação da computação e das telecomunicações (GIANNASI, 1999, p.21).

A capacidade de processar, armazenar e transmitir informações de forma eficiente e acessível tem sido fundamental para impulsionar o desenvolvimento e a integração das tecnologias de informação em diversos aspectos da vida cotidiana. A relação entre as inovações tecnológicas, a disseminação das tecnologias de informação e a redução dos custos dos computadores como elementos-chave na definição e na consolidação da Sociedade da Informação tem sido cada vez mais discutido, pontuado e analisado por todos os juristas.

A proteção de dados refere-se às práticas e medidas tomadas para proteger os dados contra acesso, uso, divulgação, interrupção, modificação ou destruição não autorizados. Abrange medidas de segurança física e cibernética e é um aspecto crítico da manutenção da privacidade e da segurança no mundo digital de hoje.

Apesar dos avanços na legislação e nas práticas de proteção de dados nos órgãos públicos, ainda existem desafios a serem superados. A falta de recursos financeiros e técnicos, a resistência à mudança e a complexidade das estruturas organizacionais são alguns dos obstáculos enfrentados. No entanto, também há oportunidades para melhorias, como investimentos em capacitação e tecnologia, parcerias com o setor privado e a conscientização dos servidores públicos e da sociedade em geral.



A Lei Nº 12.527, de 18 de novembro de 2011 em seu Art. 3º referendado pelo Vade Mecum (2022, p.1857) fundamenta que:

Art. 3º Os procedimentos previstos nesta Lei destinam-se a assegurar o direito fundamental de acesso à informação e devem ser executados em conformidade com os princípios básicos da administração pública e com as seguintes diretrizes:

- I - observância da publicidade como preceito geral e do sigilo como exceção;
- II - divulgação de informações de interesse público, independentemente de solicitações;
- III - utilização de meios de comunicação viabilizados pela tecnologia da informação;
- IV - fomento ao desenvolvimento da cultura de transparência na administração pública;
- V - desenvolvimento do controle social da administração pública.

Os princípios básicos da administração pública são fundamentais para a implementação dos procedimentos previstos nesta lei. Estes princípios garantem que a administração seja transparente, responsável e responda às necessidades dos cidadãos. A administração deve divulgar informações de forma oportuna, sem a necessidade de solicitação. Isto garante que os cidadãos tenham acesso à informação de que necessitam para participar no processo democrático de direito.

Os pedidos de informação devem ser processados de forma célere, legal, impessoal e eficiente, A Constituição Federal de 1988 citado no Vade Mecum (2022, p.66) em seu Art. 37 fundamenta que: “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência”, portanto, tem que ser preservado com um prazo de resposta clara e eficaz. Isto garante que os cidadãos possam aceder às informações de que necessitam em tempo útil.

4. CONCLUSÃO

A Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) é a legislação brasileira que regula o tratamento de dados pessoais por organizações públicas e privadas. Ela estabelece princípios fundamentais que devem ser seguidos no processamento de informações pessoais, visando garantir a privacidade e a segurança dos dados dos cidadãos.

A importância da proteção dos dados não pode ser subestimada. Tanto do ponto de vista individual quanto organizacional, a segurança das informações é essencial para preservar a privacidade, evitar prejuízos financeiros e manter a



confiança do público. Investir em medidas eficazes de proteção de dados é um imperativo nos tempos atuais. A lei (LGPD) atribui responsabilidades específicas aos órgãos públicos no que diz respeito à proteção e uso adequado das informações sob sua responsabilidade.

O princípio da proteção de dados é essencial para garantir a privacidade e a segurança das informações pessoais dos cidadãos, especialmente no contexto dos órgãos públicos. A aplicação adequada da legislação vigente, aliada a boas práticas de governança e segurança da informação, é fundamental para assegurar o cumprimento desses princípios e promover a confiança nas instituições públicas.

Conclui-se, portanto, que os órgãos públicos têm o dever de zelar pela proteção dos dados pessoais que estão sob sua responsabilidade, seguindo os princípios estabelecidos pela LGPD. Eles devem ser a priori os garantidores da segurança, da integridade e confidencialidade das informações, portanto, devem utilizar-se dos dados apenas para as finalidades previamente determinadas e autorizadas por lei.



REFERÊNCIAS

ABILIO, Vivianne da Silveira. Compliance de dados pessoais. In: FRAZÃO, Ana; TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato (coord). A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no direito brasileiro. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

BUSATTA, Eduardo Luiz. **Do dever de prevenção em matéria de proteção de dados pessoais**. In: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; CATALAN, Marcos; MALHEIROS, Pablo (Coord.). Direito Civil e tecnologia. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 25-56

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Vade Mecum OAB & Concursos/ Barroso, Darlan e Araújo Junior, Marco Antônio com a colaboração de Lívia Céspedes e Fabiana Dias da Rocha. 16 ed. São Paulo, 2022.

BRASIL. Lei Nº 12.527, de 18 de novembro de 2011. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Vade Mecum OAB & Concursos/ Barroso, Darlan e Araújo Junior, Marco Antônio com a colaboração de Lívia Céspedes e Fabiana Dias da Rocha. 16 ed. São Paulo, 2022.

BRASIL. **Lei Nº 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Vade Mecum OAB & Concursos/ Barroso, Darlan e Araújo Junior, Marco Antônio com a colaboração de Lívia Céspedes e Fabiana Dias da Rocha. 16 ed. São Paulo, 2022.

CARVALHO, Gisele Primo; PEDRINI, Tainá Fernanda. **Direito à privacidade na lei geral de proteção de dados pessoais**. ESMESC, Florianópolis, ano 2019, v. 26, n. 32, p. 363-382, 8 ago. 2019.

GIANNASI, Maria Júlia. **O profissional da Informação diante dos desafios da sociedade atual**. 1999. 1 v. Tese (Doutorado) - Universidade de Brasília, Brasília, 1999.



MACIEL, Rafael Fernandes. **Manual Prático sobre a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (Lei nº 13.709/18)**. RM Digital Education. 1ª Edição. Goiânia – GO. 2019.

MENDES, J. A. e Costa, J. R. **Lei Geral de Proteção de Dados: Aspectos Conceituais e Práticos**. Rio de Janeiro: Brasport Livros e Multimídia. 2020.

MULHOLLAND, Caitlin. **Dados pessoais sensíveis e a tutela de direitos fundamentais**: uma análise à luz da lei geral de proteção de dados (lei 13.709/18). Revista Dir. Gar. Fund., Vitória, v. 19, n. 3, p. 167 set./dez. 2018. Disponível em: Fonte: <<http://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/1603>>. Acesso em: 23 de fev. 2024.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**: introdução ao direito civil: teoria geral de direito civil. Atual. Maria Celina Bodin de Maoraes. (versão digital). 30. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, v. 1. 2017

PEREIRA, L. S. **A Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD): Seus Aspectos Fundamentais**. São Paulo: Novo Século Editora, 2019.

SILVA, R. F. **A proteção de dados pessoais no Brasil**: uma análise da Lei Geral de Proteção de Dados e as perspectivas do direito. Revista de Direito, 15(32), 75-96. 2019.

SILVA, Rosane Leal; SILVA, Letícia Brum. **A proteção jurídica de dados pessoais na internet: análise comparada do tratamento jurídico do tema na União Europeia e no Brasil**. Direito e novas tecnologias. Florianópolis: FUNJAB, 2013.



O PROCESSO ESTRUTURAL E SUA APLICAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO¹

THE STRUCTURAL PROCESS AND ITS APPLICATION IN BRAZILIAN LAW

Lorena Reis Bastos Dutra²

Resumo: O presente trabalho teve como objetivo conceituar e contextualizar os processos estruturais no direito brasileiro, diferenciando-o das demandas tradicionais, sejam elas individuais ou coletivas, especificando suas características e apontando os motivos pelos quais entende-se ser ele cabível em nosso sistema jurisdicional. Para tanto, foram também abordados aspectos históricos das demandas estruturais em outros países, com ênfase em sua utilização na implementação de políticas públicas, sendo tecidos breves comentários sobre o papel do Poder Judiciário nesse campo. Buscou-se, ainda, enfatizar o tema do estado de coisas inconstitucional e a aplicação dos processos estruturais para a resolução de situações onde haja massiva violação de direitos fundamentais.

Palavras-Chave: Processo Estrutural. Políticas Públicas. Poder Judiciário.

Abstract: This study was conducted in order to conceptualize and contextualize the structural injunctions in Brazilian law, differentiating it from traditional demands, whether individual or collective, specifying its characteristics and pointing out the reasons why it is considered to be applicable in our jurisdictional system. For this, historical aspects of structural demands in other countries were also addressed, with an emphasis on their use in the implementation of public policies, with little comments about the role of the Judiciary Branch in this area. Also, was analyzed the theme of the unconstitutional state of affairs and the application of structural processes to resolve situations where there is a massive violation of fundamental rights.

Keywords: Structural Injunctions. Public Policy. Judicial Branch.

INTRODUÇÃO

Classicamente, tem-se o modelo processual individualista, no qual há duas partes, autor e réu, com pretensões não só distintas, mas antagônicas. É o chamado modelo Carneluttiano de processo. É sobre ele que o Código de Processo Civil dispõe principalmente. O ordenamento jurídico brasileiro trata, ainda, do modelo coletivo de processo, mas, como adverte Arenhart (2013)³, por se fundamentar basicamente nas mesmas premissas que o processo individual, o processo coletivo por vezes também não se mostra suficiente para decisões mais complexas, como a discussão jurisdicional sobre políticas públicas.

¹ Artigo apresentado em conclusão de curso de pós-graduação em Direito Público oferecido pela Universidade Fumec em parceria com a FESMPMG em 2021.

² Graduada em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora. Pós-graduada em Direito Público pela Universidade FUMEC. Advogada.

³ ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. Revista de Processo, v. 225, 2013.



É neste contexto que se insere (ou se busca inserir) o processo estrutural, que, a despeito da fluidez de seu conteúdo, pode ser definido como o processo por meio do qual se pretende a resolução de litígios complexos, que, por sua vez, devem ser compreendidos como aqueles que demandam verdadeira reforma estrutural para sua solução. São questões que ultrapassam a esfera individual, para as quais um provimento jurisdicional comum é insuficiente.

A amplitude do tema faz com que pareça vago e confere a ele especial complexidade. Todavia, tal abertura não pode constituir óbice para sua discussão, já que seu âmbito de incidência se dá majoritariamente diante da violação a direitos fundamentais de uma coletividade pela não implantação de políticas públicas, conferindo-lhe aspecto importante na concretização de direitos difusos e coletivos.

Ainda a título de introdução, ressalta-se saber estar tocando em assunto polêmico por envolver a atuação do Poder Judiciário em políticas públicas, o que poderia dar abertura ao debate sobre ativismo judicial, tema alvo de grande dissenso doutrinário. Não obstante, essa temática será apenas brevemente tratada, sem nela aprofundar, pois o presente trabalho partirá do pressuposto da legitimação da atuação do Poder Judiciário para os casos em que os Poderes Legislativo e Executivo quedaram-se inertes na implementação das referidas medidas, caracterizando o que Didier et al (2017, p. 19)⁴ chamou de “legitimidade judiciária pela disfunção política e não pela atividade política”.

Assim, serão analisados os elementos que um processo estrutural deve compreender, bem como será feita análise de sua aplicação pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro em importantes casos, como na ADPF 347.

2 ORIGEM DO PROCESSO ESTRUTURAL

A fim de que se compreenda o processo estrutural, é fundamental primeiro entender sua origem.

2.1 O caso *Brown vs. Board of Education of Topeka*

A doutrina aponta que o litígio estrutural primário ocorreu com o caso *Brown vs. Board of Education of Topeka* em 1954, nos Estados Unidos, com o qual

⁴ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Notas sobre as decisões estruturantes. *Civil Procedure Review*, v.8, n.1: 46-64, 2017. Disponível em: <<http://www.civilprocedurereview.com>>

caminhou-se para o fim da segregação racial instaurada pela política do *separate but equal*.

Neste precedente, a Suprema Corte decidiu pela inconstitucionalidade da segregação racial em escolas, quando ainda proibia-se a admissão de estudantes negros em colégios de brancos e determinou o fim da política do “separados mas iguais”. Todavia, neste momento, a decisão limitou-se a fazer uma determinação, sem indicação dos meios para tanto.

Tempos depois, dada a dificuldade de implementação da política antidiscriminatória alegada por várias escolas, a Suprema Corte reanalisou a questão e, finalmente, na decisão *Brown vs. Board of Education II*, adotou as medidas estruturais visando à concretização da decisão, as quais foram denominadas de *structural injunctions* por Owen Fiss⁵.

Na primeira decisão, a declaração de inconstitucionalidade sozinha mostrou-se incapaz de alterar um sistema discriminatório instaurado há anos, que demandava importantes rearranjos políticos e sociais para que pudesse ser reformulado. Buscava-se que se transformasse um sistema educacional segregado em um sistema conjunto, mas a solução da questão era muito mais complexa do que declarar a igualdade entre povos e autorizar que todos frequentassem os mesmos espaços.

Foi somente na segunda decisão, quando a Corte teve consciência da necessidade de adoção de medidas mais abrangentes é que passou a haver efetiva mudança.

Para tanto, a Suprema Corte valeu-se de um processo estrutural, o que se deu a partir da elaboração de planos de ação a serem montados de acordo com cada realidade, mediante diálogo social e atendidas às peculiaridades locais, que visassem à progressiva implementação das medidas de não-segregação das crianças negras nas escolas do país.

Arenhart (2013)⁶, ao destacar esse modo de decisão como o único viável, elucida:

⁵ A matéria foi originalmente estudada por Owen Fiss e Judith Resnik, professor de Yale: FISS, Owen M.; RESNIK, Judith. *Adjudication and its Alternatives. An Introduction to Procedure*. New York: Foundation Press, 2003. Informação presente em DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Notas sobre as decisões estruturantes. *Civil Procedure Review*, v.8, n.1: 46-64, 2017.

⁶ ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. *Revista de Processo*, v. 225, 2013

Muitos daqueles que viam na primeira decisão do caso um significativo avanço em termos de direitos humanos, entenderam essa segunda decisão como um retrocesso. O caráter vago da imposição – o julgamento referia-se à necessidade da eliminação da discriminação “with all deliberate speed”, o que poderia significar qualquer tempo que se entendesse adequado – frustrou, em parte, a rapidez da efetivação do comando judicial, abrindo válvulas de escape para interpretações diferentes. Porém, parece claro que, diante das circunstâncias em que a decisão foi dada, talvez a forma aberta utilizada pela decisão *Brown v. Board of Education II* tenha sido a única maneira de realmente fazer factível a nova política imposta pela Suprema Corte norte-americana. Qualquer imposição a mais poderia, quiçá, tornar socialmente inviável o cumprimento da decisão judicial. Por isso, é possível ver essa segunda decisão como a única forma de, faticamente, tornar viável o julgamento anterior.

Os planos elaborados, embora incapazes de solucionar os problemas de segregação em sua totalidade, foram de extrema importância para a construção do novo modelo de resolução de demandas coletivas. Ainda, ao jogarem luzes à inconstitucionalidade em questão, permitiram o ajuizamento de outras demandas estruturais, com temas sociais igualmente relevantes.

Owen Fiss, citado por Didier et al. (2017, p. 3)⁷:

Segundo Owen Fiss, “O Sistema de escolas públicas foi o sujeito do caso *Brown*, mas em tempo a reforma estrutural foi alargada para incluir a polícia, prisões, hospitais de saúde mental, instituições para pessoas com retardo mental, abrigos públicos e agências de serviço social. Reformas estruturais alcançaram tão longe quanto o moderno Estado Burocrático”.

Desta feita, os problemas estruturais, presentes em todos os estados, em diversos níveis sociais, tornaram-se mais evidentes e os processos estruturais como meios hábeis à sua resolução foram se ampliando.

2.2 A difusão das demandas estruturais pelos países

O crescimento das ações estruturais não ficou restrita ao direito estadunidense. Conforme demonstra Dantas⁸ (2019, p. 44-54), elas foram utilizadas em importantes casos também no Canadá, para tutela do direito à educação francófona; na Índia, em ações voltadas à implementação de políticas públicas, principalmente quanto aos

⁷ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Notas sobre as decisões estruturantes. *Civil Procedure Review*, v.8, n.1: 46-64, 2017. Disponível em: <<http://www.civilprocedurereview.com>>

⁸ DANTAS, Eduardo Sousa. *Ações Estruturais e o Estado de Coisas Inconstitucional: A Tutela dos Direitos Fundamentais em Casos de Graves Violações pelo Poder Público*. Curitiba: Juruá, 2019. p. 44-54

direitos à moradia e à alimentação e também na África do Sul, buscando a concretização de direitos socioeconômicos.

Os países ditos “em desenvolvimento” - como é o caso dos dois últimos citados e do Brasil - mostram-se terreno fértil para o desenvolvimento das ações estruturais. Nesses países, de democracia recente, costuma-se ainda ter cenário social fortemente marcado pela desigualdade, ao mesmo tempo que suas constituições trazem normas programáticas com vistas à erradicação desses problemas.

Dentro da análise internacional do uso das demandas estruturais após a contribuição dos Estados Unidos, é salutar a contribuição da Corte Constitucional Colombiana a partir da criação da figura chamada de “estado de coisas inconstitucional”.

2.2.1 Colômbia: o Estado de Coisas Inconstitucional

Neste contexto de adoção dos processos estruturais, a Corte Constitucional Colombiana criou a figura da declaração do estado de coisas inconstitucional para os casos em que se vislumbra (i) uma situação generalizada de violação a direitos fundamentais; (ii) inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar a situação; e (iii) a superação das agressões exigir a atuação não apenas de um órgão, e sim de uma pluralidade de autoridades.

Como se pode perceber, a figura criada dialoga com o tema em análise, sendo, em verdade, um recorte na aplicação dos processos estruturais aos casos de violação a direitos fundamentais.

É importante, nesse ponto, esclarecer que os processos estruturais (considerados a nível amplo), não se limitam a essas hipóteses, podendo ser usados inclusive em situações de direito privado, a exemplo da decisão que decreta a falência (Lei 11.101/2005), dada a flexibilidade que o juiz dispõe para conduzir o processo, conforme análise de Didier et. al (2017, p. 7)⁹.

No presente artigo, todavia, busca-se destacar a utilização dessas ações em contextos semelhantes aos usados pela corte colombiana, dando ênfase à atuação do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas, tendo em vista que esse

⁹ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Notas sobre as decisões estruturantes. *Civil Procedure Review*, v.8, n.1: 46-64, 2017. Disponível em: <<http://www.civilprocedurereview.com>>

tipo de utilização tem especial relevância no cenário brasileiro, dadas as semelhanças entre as realidades sociais em ambos países.

Tanto a Colômbia quanto o Brasil têm constituições progressistas coexistindo com desigualdades sociais extremas, marcadas por violência, tráfico de drogas, minorias oprimidas, corrupção e baixos índices de desenvolvimento humano, conforme destacado por Dantas¹⁰ (2019, p. 26).

Em razão das similitudes, o Supremo Tribunal Federal já se referiu expressamente ao instituto, reconhecendo o estado de coisas inconstitucional quando do julgamento da ADPF 347, que será oportunamente analisado, mas, em resumo, significou o reconhecimento da massiva e generalizada violação a direitos fundamentais (e demais requisitos para a declaração) no sistema carcerário brasileiro.

Quando do julgamento liminar da referida ação, uma das principais objeções ao reconhecimento deste estado era que mesmo a Corte Colombiana não conseguiu adequar tal declaração à melhora do sistema carcerário daquele país.

Todavia, pela análise de Carlos Alexandre Campos (2015)¹¹, o problema não estaria no reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional, mas, sim, no manejo de aplicação, ou seja, na concretização da decisão a partir da constatação do Estado de Coisas Inconstitucional.

Nesses termos, no primeiro julgamento, para o autor,

O erro da corte no caso do sistema carcerário foi proferir ordens sem qualquer acompanhamento ou diálogo na fase de implementação. Em caso posterior, o paradigmático problema da “população deslocada em razão da violência urbana”, a corte, tendo aprendido com os próprios erros, passou a adotar a prática de proferir “ordens flexíveis sujeitas à jurisdição supervisória”. As novas medidas resultaram no sucesso da atuação da corte e do instrumento Estado de Coisas Inconstitucional.

E prossegue:

Faltou diálogo em torno de como melhor realizar as decisões, não tendo sido retida jurisdição sobre a execução das medidas. A corte não voltaria a cometer esses erros no caso igualmente relevante do deslocamento forçado de pessoas em razão da violência urbana do país.

¹⁰ DANTAS, Eduardo Sousa. Ações Estruturais e o Estado de Coisas Inconstitucional: A Tutela dos Direitos Fundamentais em Casos de Graves Violações pelo Poder Público. Curitiba: Juruá, 2019. p. 26.

¹¹ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. O Estado de Coisas Inconstitucional e o litígio estrutural. Conj. 2015. Disponível para acesso em: <<https://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural>>.



É justamente esse o ponto dos processos estruturais, qual seja, proporcionar um processo amplo, com decisões estruturais, igualmente abrangentes, que promovam mudanças de realidade e integrem variados segmentos da sociedade em sua persecução, afastando-se da ideia tradicional de processo que se limita a proferir determinações, sem especificar os meios que a viabilizam.

3. COMPREENSÃO DO PROCESSO ESTRUTURAL

Compreendido o contexto de aplicação dos processos estruturais, passa-se à sua análise.

Como já foi introduzido, o processo estrutural tem objeto complexo, que não é possível de ser resolvido pela via do processo comum ou individual. Mesmo o microssistema coletivo não se mostra suficiente para essas demandas, por guardar forte semelhança com o processo individual em relação ao que se espera como resultado do processo. Nos dois casos, busca-se condenação a uma prestação ou a uma indenização que, numa realidade de descumprimento massivo de direitos fundamentais e necessidade de reorganização política e social, são insuficientes, conforme lição de Sérgio Arenhart (2015, p. 211-229)¹².

Sendo assim, o processo estrutural é diferente e só será proveitoso se essa diferença puder ser reconhecida. Para isso, o principal ponto é o desvencilhamento da ideia de tratar o procedimento como uma via que não pode ser adaptada.

Nesses termos, apesar da diferença ressaltada em relação ao processo coletivo, é importante considerar também que, em aceitando-se a possibilidade de adequação do procedimento às exigências do caso concreto, o processo coletivo, especialmente no caso de tutela de direitos difusos ou coletivos *stricto sensu*, mostra-se excelente campo para adoção de medidas estruturais.

3.1 Conceito de processo estrutural

Na doutrina, é possível encontrar diferentes conceitos de acordo com quais forem os autores pesquisados. Por exemplo:

¹² ARENHART, Sérgio Cruz. Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. Revista de Processo Comparado: RPC, v. 1, n. 2, 2015, p. 211- 229, ACP.

Para Edilson Vitorelli (2018)¹³, “o processo estrutural é um processo coletivo no qual se pretende, pela atuação jurisdicional, a reorganização de uma estrutura burocrática, pública ou privada, que causa, fomenta ou viabiliza a ocorrência de uma violação pelo modo como funciona, originando um litígio estrutural”.

Por fim, para Didier *et al.* (2020, p. 105)¹⁴, é aquele em que se veicula um litígio estrutural, pautado num problema estrutural, e em que se pretende alterar esse estado de desconformidade, substituindo-o por um estado de coisas ideal.

Observe-se que, para o primeiro, trata-se de processo coletivo, o que não é verdade para o segundo. Não obstante as diferenças, todas trazem em comum a ideia de um problema estrutural a ser resolvido, ou seja, uma questão que afeta muitas esferas da sociedade a um só tempo e que não pode ser resolvida pelas vias comuns. Está normalmente atrelado aos casos em que há problemas complexos na efetivação de direitos fundamentais e à busca de reestruturação de entes ou instituições ou de efetivação de políticas públicas.

3.2 A questão da judicialização das políticas públicas

Tratar-se-á brevemente sobre o ponto que é pressuposto para o presente trabalho, qual seja, a legitimidade da atuação do Poder Judiciário diante da omissão dos outros poderes na implementação de políticas públicas. Essa admissão na qual se fundamenta o trabalho está de acordo com a jurisprudência do STF, que, conforme será visto, aceita a suplementação jurisdicional em algumas hipóteses.

Políticas públicas, são, conforme a definição de Osvaldo Canela Júnior¹⁵, “o conjunto de atividades do Estado tendentes a seus fins, de acordo com metas a serem atingidas”, ou seja, são as ações praticadas por cada um dos poderes, de acordo com suas funções típicas, que vislumbram à concretização do que a Constituição Federal, em seu artigo 3º¹⁶, chama de objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil.

¹³ VITORELLI, Edilson. “Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças”. Revista de Processo. São Paulo: Thomson Reuters, outubro/2018, vol. 284, p. 333-369.

¹⁴ JR., Fredie Didier; JR., Hermes Zanetti; OLIVEIRA, R. A. D. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, nº 75, p. 101-136, jan-mar/2020.

¹⁵ CANELA JÚNIOR, Osvaldo. Controle judicial de políticas públicas. São Paulo: Saraiva, 2011, p.88-89.

¹⁶ “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a

Essas políticas são necessárias à implementação dos direitos fundamentais, especialmente dos direitos sociais, como saúde, educação e assistência social, para os quais exige-se uma atuação positiva do Estado. Não obstante a importância atribuída a esses direitos pela Constituição Federal, nem sempre recebem do Poder Público a mesma atenção, o que não raramente enseja a propositura de ações buscando que o Poder Judiciário supra (ou determine que seja suprida) a omissão estatal dos outros dois poderes. É nesse contexto que se instala o debate: teria o Poder Judiciário tal legitimidade? As teses defensivas aduzem que não, em respeito aos princípios da separação dos poderes e da discricionariedade que rege a Administração Pública e, sobretudo, pelo argumento da “reserva do possível”.

Todavia, esta não se mostra a corrente mais adequada, haja vista que o que se busca proteger, como demonstra Adriano Andrade et al. (2020, 130-134)¹⁷, é, em suma, a dignidade da pessoa humana. Para os autores, sendo o princípio da dignidade da pessoa humana o mais importante parâmetro nessa análise, a observância de seu “conteúdo básico”, é o ditame que autoriza controle da omissão dos poderes Legislativo e Executivo pelo Poder Judiciário¹⁸. Este conteúdo, chamado de “mínimo existencial” foi definido pelo STF, no ARE 639.337 AdRg/SP¹⁹ como um “complexo de prerrogativas adequadas à manutenção digna das pessoas, exigindo do Poder Público a prática de atos que viabilizem os direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, à proteção integral da criança e do adolescentes, à saúde, o direito à assistência social, à moradia, à alimentação, ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e o direito à segurança”.

Nesses casos que tratam da concretização dos direitos abrangidos pelo mínimo existencial, a jurisprudência tranquila do Supremo Tribunal Federal é no sentido de inadmitir a invocação da cláusula da reserva do possível. Nessa toada, para os autores²⁰, em situações assim, os direitos sociais a prestações se revestem da condição de verdadeiros direitos subjetivos.

marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”

¹⁷ ANDRADE, Adriano, MASSON, Cleber e ANDRADE, Landolfo. Interesses Difusos e Coletivos. 10ª edição. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método. 2020, p. 130-134.

¹⁸ ANDRADE, Adriano, MASSON, Cleber e ANDRADE, Landolfo. Interesses Difusos e Coletivos. 10ª edição. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método. 2020, p. 130-134.

¹⁹ ARE 639.337 AdRg/SP, rel. Min. Celso de Mello, j. 23.08.2011.

²⁰ ANDRADE, Adriano, MASSON, Cleber e ANDRADE, Landolfo. Interesses Difusos e Coletivos. 10ª edição. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método. 2020, p. 130-134.

Feitos breves comentários sobre o contexto da atuação do Poder Judiciário nos processos estruturais que visem à implementação de políticas públicas, passa-se à análise de suas características.

3.2 Características do processo estrutural

A doutrina trata unanimemente das seguintes características do processo estrutural: a) policentrismo; b) medidas dialogais; c) medidas colaborativas e participativas; d) tendência para a adoção das soluções consensuais.

Todas essas características estão relacionadas à importância do diálogo na construção das estratégias de atuação, tanto em momento anterior, para compreensão do que é demandado, quanto em momento posterior, para sua resolução. Nessas soluções dialogais, destaca-se o policentrismo, pelo qual promove-se a descentralização da tomada de decisões, ou seja, há ampliação da participação (técnica e popular) na formação do convencimento, buscando fomentar diversos centros de tomadas de decisão.

Para ser possível a efetivação dessas características, é primeiramente necessário um sistema jurídico que admita formas abertas de solução de litígios. No cenário brasileiro, esta não é uma questão tormentosa. Ao contrário, o CPC/15 nasceu com forte tendência aos meios alternativos de resolução de conflitos, destinando vários artigos ao tema.

Com isso, o que se pretende incentivar é a abertura da ideia de contraditório, para além das partes processuais. Mais do que importante, é necessário para a demanda estrutural que sejam ouvidos técnicos e interessados na situação que se busca alterar. Para tanto, a doutrina defende a utilização de instrumentos como o *amicus curiae* e as audiências públicas.

Para concretizar a participação no processo, mostra-se também importante desvencilhar da ideia de partes antagônicas. Conforme adverte Arenhart (2015, p. 8)²¹,

No ambiente das políticas públicas, porém, a visão deve ser diferente. De um lado, porque os processos envolverão, sem dúvidas, várias visões e vários interesses diferentes, que não poderão ser agrupados apenas em dois blocos distintos. Por outro lado, porque essas visões não necessariamente são opostas e incompatíveis, podendo em certas situações convergir a um denominador comum. É nesse sentido que se exige uma outra dimensão e um novo conteúdo para o contraditório. O direito de influir, aqui, deve poder

²¹ ARENHART, Sérgio Cruz. Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. Revista de Processo Comparado: RPC, v. 1, n. 2, 2015, p. 211- 229, ACP.

ser exercido pelos vários núcleos de interesses que podem incidir sobre o objeto da controvérsia.

É nesse contexto que parte da doutrina insere outra característica dos processos estruturais, qual seja, a multipolaridade. Ela se traduz na existência de coletividades e seus subgrupos no processo, sendo possível a formação de diversos núcleos de posições, opiniões e soluções sobre o fato que se discute. Isto contribui com o diálogo durante a tomada de decisão e com a legitimidade do que se decidir.

3.3 Procedimento

Nesses termos, para se reconhecer uma demanda como estrutural, são necessários alguns elementos específicos, quais sejam, um problema estrutural; a busca pela implementação do estado ideal de coisas; a flexibilização no procedimento e adoção da consensualidade.

Identificado um problema estrutural, deve-se, em contraponto, estabelecer qual o estado ideal para os pontos problemáticos. Para se chegar ao que seria esse estado ideal, será necessária a elaboração de “regras procedimentais próprias” que se mostrarem as mais efetivas para a promoção do direito fundamental que se busca efetivar. E, para a confecção de tais regras, será necessário chegar a uma consensualidade entre as várias formas de diálogo que foram inseridas no processo.

O diálogo que o processo estrutural pressupõe não se dá apenas internamente, sobre o processo, mas também entre os Poderes. Em verdade, o processo estrutural pressupõe que naquele país a falha prestacional dos Poderes Executivo e Legislativo possa ser suprida pelo Poder Judiciário. Na linha vista sobre a discussão acerca do cabimento do ativismo judicial, tem-se que esta já é a realidade aceita e aplicada pelo STF no Brasil²² para garantia do chamado “mínimo existencial”. Assim, também quanto a este requisito, o processo estrutural mostra-se cabível no sistema pátrio.

A atividade judicial num processo estrutural será guiada por um procedimento aberto, que permita flexibilidade ao juiz em sua atuação e na forma concretização de sua decisão.

²² Alguns exemplos: Pleno. SL 47-AgR/PE. Rel. Min. Gilmar Mendes. Dje 29.04.10; 1ª Turma. RE 628.159-AgR/MA. Rel. Min. Rosa Weber, Dje 14.08.13; 1ª Turma. AI 810.410-AgR/GO. Rel. Min. Dias Toffoli. Dje 07.08.13; 2ª Turma. RE 700.227-ED/AC. Rel. Min. Carmen Lúcia. Dje 29.05.13; 2ª Turma. RE 563.144-AgR/DF. Rel. Min. Gilmar Mendes. Dje 15.04.13.

A doutrina²³ aponta como fundamental que o procedimento seja pautado pela atenuação do princípio da adstrição (ou da congruência ou da correlação). Por este princípio, basilar no direito processual civil, tem-se a vinculação do juiz aos limites da demanda do autor. Decidindo o juiz fora desses contornos, estará proferindo decisão extra, infra/citra ou ultra petita.

Conforme consta no Código de Processo Civil brasileiro, “é vedado ao juiz proferir decisão de natureza diversa da pedida, bem como condenar a parte em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado” (art. 492) e o “juiz decidirá o mérito nos limites propostos pelas partes, sendo-lhe vedado conhecer de questões não suscitadas a cujo respeito a lei exige iniciativa da parte” (art. 141).

No processo tradicional individual, por mais que vislumbre uma via melhor que as apresentadas pelas partes do processo, não é papel do juiz apresentar soluções não aventadas nos autos.

Todavia, esse cenário é incompatível com o que se pretende nas demandas estruturais. Se sua ideia é buscar o diálogo em seu bojo entre setores da sociedade, leigos e técnicos, não é possível impor a quem figurar como demandante um pedido completo desde seu início.

Para Arenhart (2013, p. 11)²⁴,

(...) é muito difícil que o autor da demanda possa, já ao desenhar a sua pretensão, ter a exata dimensão daquilo que no futuro será necessário para atender adequadamente ao direito protegido. Ainda que não seja impossível que o autor consiga antecipar completamente as necessidades de proteção do direito tutelado, normalmente essa aferição só será possível ao final da demanda. Por isso, a atenuação do princípio da demanda é absolutamente necessária para a mais ajustada admissão em um sistema dos provimentos estruturais.

Em que pese o pedido dever ser certo e determinado, será necessário certo grau de abstração desta regra nas demandas em comento. Para tanto, deve-se se apegar à abertura que o parágrafo primeiro do artigo 324 do CPC faz e enquadrar o pedido estrutural em algum de seus incisos, de acordo com o caso, admitindo-se o pedido genérico (“§ 1º É lícito, porém, formular pedido genérico: I - nas ações universais, se o autor não puder individuar os bens demandados; II - quando não for possível determinar, desde logo, as consequências do ato ou do fato; III - quando a

²³ ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. Revista de Processo, v. 225, 2013.

²⁴ Idem.

determinação do objeto ou do valor da condenação depender de ato que deva ser praticado pelo réu”).

Ainda do CPC/15 retira-se que é possível flexibilização dessas regras processuais em razão da complexidade do que se pede (art. 322, § 2º: “a interpretação do pedido considerará o conjunto da postulação e observará o princípio da boa-fé”).

Por fim, também há certa flexibilidade na disposição do artigo 493 (“se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento do mérito, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a decisão”), altamente aplicável às demandas estruturais, em razão do caráter dinâmico de seus objetos.

Os artigos acima tratados têm relevância na formação de um arcabouço normativo que auxilie na implementação de processos e decisões estruturais no sistema brasileiro, mas, sem dúvidas, as duas normas processuais mais relevantes sob esse aspecto são o artigo 139, inciso IV combinado com o artigo 536²⁵, caput e parágrafo primeiro, todos do CPC/15. São eles que permitirão a execução dessas decisões que, afinal, é o que se espera do processo. Tais dispositivos são cláusulas gerais executivas, que proporcionam a utilização de medidas atípicas no processo executório (DIDIER et al., 2017)²⁶.

Sobre o procedimento, cita-se ainda a necessidade de “decisões em cascata”, trabalhada por Arenhart (2013)²⁷. As decisões ou provimentos em cascatas são as várias decisões que se seguem à decisão núcleo, para revogar, modificar, ampliar os meios e instrumentos fixados na decisão núcleo, ou seja, confere-se o que está funcionando na prática e o que precisa ser alterado, para que se alcance o melhor resultado.

²⁵ Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:

IV - determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária;

Art. 536. No cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou de não fazer, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento, para a efetivação da tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente, determinar as medidas necessárias à satisfação do exequente.

§ 1º Para atender ao disposto no caput, o juiz poderá determinar, entre outras medidas, a imposição de multa, a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras e o impedimento de atividade nociva, podendo, caso necessário, requisitar o auxílio de força policial.

²⁶ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Notas sobre as decisões estruturantes. *Civil Procedure Review*, v.8, n.1: 46-64, 2017. Disponível em: <<http://www.civilprocedurereview.com>>.

²⁷ ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. *Revista de Processo*, v. 225, 2013

Nesses termos, uma primeira decisão de mérito (decisão-núcleo) deve ser proferida, com caráter abrangente e principiológico, fixando diretrizes e linhas gerais de proteção do direito. A decisão núcleo fixará os vetores, as diretrizes e os meios que serão adequados à instalação do estado ideal de coisas.

Posteriormente, outras decisões serão proferidas, conforme a demanda caminhar, para que sejam ajustados os avanços e os retrocessos na proteção inicialmente estabelecida pela decisão-núcleo.

Pela aplicação dos provimentos em cascata é que se afirma que o processo estrutural é o verdadeiro processo sincrético, tendo em vista a junção das fases de conhecimento e execução na mesma etapa processual.

Por fim, tem-se que, por vezes, a ruptura entre o problema estrutural e o estado das coisas ideal é muito drástico, logo, é necessário um regramento de transição. Assim, faz-se necessária a adoção de um regime jurídico de transição (*mending justice*) entre a situação anterior e aquela que se busca implantar, com o fim de respeitar o princípio da estabilidade das relações jurídicas (segurança jurídica), como adverte Antonio do Passo Cabral (2013)²⁸.

4. O PROCESSO ESTRUTURAL NOS TRIBUNAIS BRASILEIROS

Vistas as nuances do processo estrutural, resta-nos conferir se este vem sendo aplicado pelos tribunais brasileiros, especialmente pelo STF e, em caso positivo, como esta aplicação tem se dado.

Ao longo do presente trabalho, foram destacadas várias características do processo estrutural e algumas premissas foram tomadas para que se viabilizasse a análise. Dentre elas, citam-se principalmente a flexibilidade processual, a abertura do processo para diálogo com a sociedade (leigos e técnicos) e a legitimidade do Poder Judiciário em atuar na promoção de políticas públicas nos casos de inércia dos Poderes Executivo e Legislativo na promoção dos direitos fundamentais que compõem o “mínimo existencial”.

Essas características são facilmente encontradas nos acórdãos do STF, mormente quando o direito em análise se insere neste último grupo referido. Em razão disso, não há embaraço em se afirmar que a Corte faz uso dos processos estruturais em seus casos.

²⁸ CABRAL, Antonio do Passo. Coisa julgada e preclusões dinâmicas. 2ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2013.

Todavia, apesar de esses aspectos serem facilmente encontrados nos votos dos ministros, a expressão “processo estrutural” (ou suas variantes), dificilmente aparece. Não obstante não receberem esse *nomen iuris*, há importantes julgados que valeram-se de suas técnicas.

4.1 A ADPF 347

O pioneiro - e talvez mais relevante - desses julgamentos foi o da liminar da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347, proposta pelo partido político PSOL e pela Clínica de Direitos Humanos da UERJ²⁹ pedindo que o STF declare que a situação atual do sistema penitenciário brasileiro viola preceitos fundamentais da Constituição Federal e, em especial, direitos fundamentais dos presos, significando verdadeiro estado de coisas inconstitucional.

Para DANTAS³⁰, “A ADPF 347 é a mais ambiciosa ação estrutural ajuizada no país, a primeira na qual se pleiteiam reformas estruturais a nível nacional”.

Este caso elucida toda a teoria que foi até agora trabalhada, ainda que, como já salientado, não tenha corrido sob o rótulo de processo estrutural.

A decisão liminar deferiu dois dos oito pedidos, para determinar, à época, a realização das audiências de custódia - em observação aos artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos - e a liberação pela União do saldo acumulado no Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN).

Quanto ao primeiro, tem-se que, em razão da decisão, o CNJ editou resolução que regulamentou o tema, a qual serviu de estímulo para o legislador acrescentar a previsão das audiências de custódia expressamente no texto legal em 2019 (art. 310 do CPP, alterado pela Lei 13.964/2019).

Com esse exemplo, demonstra-se como o Poder Judiciário, por meio de suas decisões, foi capaz de instigar uma atuação do legislador que há muito já deveria ter ocorrido, tendo em vista que o Brasil já havia ratificado ambos diplomas internacionais supramencionados, além dos vieses constitucional e humanitário que permeiam a questão.

²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347. Requerente: Partido Socialismo e Liberdade (PSOL). Requeridos: União e outros. Relator Ministro Marco Aurélio. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>.

³⁰ DANTAS, Eduardo Sousa. Ações Estruturais e o Estado de Coisas Inconstitucional: A Tutela dos Direitos Fundamentais em Casos de Graves Violações pelo Poder Público. Curitiba: Juruá, 2019. p 65.

O voto do relator, Ministro Marco Aurélio, é bastante elucidativo:

A responsabilidade pelo estágio ao qual chegamos, como aduziu o requerente, não pode ser atribuída a um único e exclusivo Poder, mas aos três – Legislativo, Executivo e Judiciário –, e não só os da União, como também os dos estados e do Distrito Federal. Há, na realidade, problemas tanto de formulação e implementação de políticas públicas, quanto de interpretação e aplicação da lei penal. Falta coordenação institucional.

Ainda, a ADPF 347 é exemplo de abertura para participação de terceiros no processo.

Dado o caráter nacional do âmbito de impacto que a decisão terá, diferente rumo não poderia ser tomado e, por isso, foram aceitas participações de diversos entes políticos e associações como terceiros interessados.

Sobre isso, em brilhante síntese, Carlos Alexandre Campos (2015)³¹:

O voto do relator da ADPF 347, ministro Marco Aurélio, faz clara opção pela via dialógica do instituto: propôs que o STF interfira na formulação e implementação de políticas públicas e em escolhas orçamentárias, mas mediante ordens flexíveis seguidas de monitoramento da execução das medidas. A proposta não lança o tribunal a um “estado de arrogância institucional”, muito ao contrário, a opção é pelo caminho da interação institucional em torno de um objetivo comum. (...) É o que se espera de uma corte constitucional em casos que apresentam quadro tão acentuado de violações de direitos fundamentais, mas, ao mesmo tempo, de soluções tão complexas: que não seja inerte, mas que também não tente resolver tudo sozinha.

A conclusão do julgamento ocorreu, finalmente, em outubro de 2023, quando o Supremo Tribunal Federal reconheceu o estado de coisas inconstitucional no sistema carcerário brasileiro e sua responsabilidade pela violação massiva de direitos fundamentais dos presos³². Concluiu, ainda, que tal “estado de coisas demanda a atuação cooperativa das diversas autoridades, instituições e comunidade para a construção de uma solução satisfatória”.

Para tanto, determinou que a União, estados e Distrito Federal, em conjunto com o Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Conselho Nacional de Justiça (DMF/CNJ), deverão elaborar planos a serem submetidos à homologação do Supremo Tribunal Federal em seis meses.

³¹ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. O Estado de Coisas Inconstitucional e o litígio estrutural. Conjur. 2015. Disponível para acesso em: <https://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural>

³² Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>>.

Na mesma decisão, firmou também que “o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) realizará estudo e regulará a criação de número de varas de execução penal proporcional ao número de varas criminais e ao quantitativo de presos”.

4.2 Outros julgamentos

Para além da ADPF 347, os processos estruturais foram utilizados pelo Supremo Tribunal Federal outros relevantes casos. A título de exemplo, citam-se a demarcação da reserva indígena Raposa Serra do Sol e o caso Rio Doce, que envolveu a propositura de diversas demandas coletivas e individuais. Nessas demandas, “a solução encontrada foi a criação de entidades de infraestrutura específica para dar cumprimento a negócios jurídicos e decisões judiciais como a Fundação Renova, entidade constituída a partir do TAC firmado entre as empresas Samarco, Vale do Rio Doce e BHP Billiton com União, Estados de Minas Gerais e Espírito Santo e suas autarquias” (Oliveira e Castanheiro, 2020)³³. Esta forma de condução da demanda, é exemplo típico de litígio estrutural, que não encontra regulamentação expressa no ordenamento jurídico brasileiro, mas, como visto, foi o que se mostrou mais adequado.

Conforme traz Arenhart (2013)³⁴, os campos da saúde pública, do direito ambiental e do direito processual trabalhista são terrenos férteis para a utilização dessas demandas. Nesse sentido:

A área da saúde pública, nesse passo, tem sido fecunda na outorga de medidas estruturais. Um primeiro exemplo que pode ser assimilado, de certa forma, a um provimento estrutural nesse campo são as decisões que, ao outorgarem certo medicamento a um doente necessitado, fixam, fora das quadras do pedido do autor, condições e limites para o fornecimento desse produto.

5. CONCLUSÃO

Buscou-se, com o presente trabalho, elucidar uma espécie de terceira modalidade de processo, além do modelo clássico individual e do processo coletivo, que se presta ao tratamento de questões grandiosas e não convencionais. Tais demandas, por seu porte, exigem soluções criativas e inovadoras por aqueles que a

³³ OLIVEIRA, Andreia Mara de e CASTANHEIRO, Ivan Carneiro. Mediação, processo estrutural e políticas públicas. *Conjur.* Nov/2020. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2020-nov-02/mp-debatemediacao-processo-estrutural-politicas-publicas#author>>.

³⁴



manejam e, em razão disso, aceita-se (em verdade, estimula-se), a abertura do processo para a participação da população e de técnicos que possam contribuir com a elaboração do plano de ação.

Demonstrou-se que o direito brasileiro não só está pronto para lidar com esse tipo de demanda, como já a aplica, embora muitas vezes o faça sem reconhecer a incidência da modalidade de provimento jurisdicional.

Ainda, consignou-se que a melhor aplicação para os processos estruturais se dá no âmbito da implementação de políticas públicas em casos de inércia dos Poderes Legislativo e Executivo, o que faz com que o tema ganhe ainda mais relevo no cenário brasileiro. Isso se dá em razão da natureza programática de grande parte das normas constitucionais brasileiras, que determinam a efetivação de série de direitos que encontram entraves igualmente estruturais, como a malfadada reserva do possível, a qual, saliente-se, é afastada pelo Supremo Tribunal Federal em questões que tratam da implementação dos direitos fundamentais componentes do “mínimo existencial”.

Dessa forma, defende-se a adoção das medidas estruturais, em razão de possuírem feição efetivamente transformadora, em contraposição às pretensões essencialmente patrimoniais comumente veiculadas em processos tradicionais.

Em demandas que exigem respostas em vários níveis de atuação, o que ocorre principalmente em casos de violação ou omissão na efetivação de direitos fundamentais, a resposta também precisa ser difusa. Por isso, a adoção de medidas estruturais mostra-se a solução mais adequada, por permitir uma atuação jurisdicional personalizada e específica àquele problema, à medida em que o juiz fica menos limitado pelo princípio da adstrição e o processo possui espectro mais democrático, por permitir atuação da sociedade.



REFERÊNCIAS

ANDRADE, Adriano, MASSON, Cleber e ANDRADE, Landolfo. Interesses Difusos e Coletivos. 10ª edição. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método. 2020, p. 130- 134.

ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. Revista de Processo, v. 225, 2013.

ARENHART, Sérgio Cruz. Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. Revista de Processo Comparado: RPC, v. 1, n. 2, 2015, p. 211- 229, ACP.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 05 abril. 2024.

BRASIL. Código de Processo Civil de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 05 abril. 2024

CABRAL, Antonio do Passo. Coisa julgada e preclusões dinâmicas. 2ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2013.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. O Estado de Coisas Inconstitucional e o litígio estrutural. Conjur. 2015. Disponível para acesso em: <<https://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisasinconstitucional-litigio-estrutural>>

CANELA JUNIOR, Osvaldo. Controle judicial de políticas públicas. São Paulo: Saraiva, 2011, p.88-89.

DANTAS, Eduardo Sousa. Ações Estruturais e o Estado de Coisas Inconstitucional: A Tutela dos Direitos Fundamentais em Casos de Graves Violações pelo Poder Público. Curitiba: Juruá, 2019. p. 44-54.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Notas sobre as decisões estruturantes. Civil Procedure Review, v.8, n.1: 46-64, 2017. Disponível em: <<http://www.civilprocedurereview.com>>

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, nº 75, p. 101-136, jan-mar. 2020.



LIMA, Edilson Vitorelli Diniz. “Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças”. Revista de Processo. São Paulo: Thomson Reuters, out. 2018, vol. 284, p. 333-369.

OLIVEIRA, Andreia Mara de e CASTANHEIRO, Ivan Carneiro. Mediação, processo estrutural e políticas públicas. Conjur. Nov. 2020. Disponível em <[https://www.conjur.com.br/2020-nov-02/mp-debatemediacao-processo-estrutural politicas-publicas#author](https://www.conjur.com.br/2020-nov-02/mp-debatemediacao-processo-estrutural-politicas-publicas#author)>.

PROCESSO SOB PERSPECTIVA DE GÊNERO A PARTIR DO CASO MÁRCIA BARBOSA VS BRASIL DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E REPERCUSSÕES NO CONTEXTO BRASILEIRO

PROCESS FROM A GENDER PERSPECTIVE BASED ON THE CASE OF MÁRCIA BARBOSA VS. BRAZIL OF THE INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS AND REPERCUSSIONS IN THE BRAZILIAN CONTEXT

Laura Noal Garcia¹

Resumo: O presente trabalho trata do caso Márcia Barbosa vs Brasil na Corte Interamericana de Direitos Humanos a partir da necessidade de adoção da perspectiva de gênero no sistema de Justiça Brasileiro. Para tanto, será demonstrado que, mesmo depois da entrada em vigor da Lei Maria da Penha em 2006, ainda há muito a se fazer para evitar a revitimização realizada pelos atores do Sistema de Justiça, como ocorreu no caso Márcia, feminicídio ocorrido em 1998 que teve sua persecução penal prejudicada por estereótipos movidos pela discriminação em razão do gênero. Visa-se, ainda, a demonstrar que, após a publicação da sentença condenatória em 2021, medidas começaram a ser tomadas e o tema do julgamento com perspectiva de gênero começou a ganhar a atenção de importantes atores, como o Parlamento e o Conselho Nacional de Justiça.

Palavras-Chave: processo sob perspectiva de gênero; direitos humanos; direito das mulheres; Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Abstract: The present study addresses the case of Márcia Barbosa vs. Brazil at the Inter-American Court of Human Rights, emphasizing the need for the adoption of a gender perspective within the Brazilian Justice System. To this end, it will be demonstrated that, even after the enactment of the Maria da Penha Law in 2006, there is still much work to be done to prevent the revictimization held by actors within the Justice System, as exemplified in the case of Márcia, a femicide that occurred in 1998 and had its criminal prosecution hindered by gender-based stereotypes. Furthermore, the aim is to illustrate that, following the disclosure of the convicting sentence in 2021, measures have been created and the subject of trials based on a gender perspective has begun to gain attention from key stakeholders, such as the Parliament and the National Council of Justice.

Keywords: process under gender perspective; human rights. women rights; Inter-American Court of Humans Rights.

INTRODUÇÃO

Esse artigo visa a tratar sobre o caso Márcia Barbosa e sua repercussão e relação com o contexto brasileiro sobre o tratamento do tema, partindo-se da premissa da necessidade de se promover um processo com olhar atento à perspectiva de

¹ Pós-Graduada em Direitos Humanos pelo Centro Educacional Integrado (CEI). E-mail: lauranoalgarcia@hotmail.com.

gênero como forma imprescindível à garantia dos direitos humanos das mulheres e como forma efetiva de combate à desigualdade de gênero, a partir de procedimento que leve em consideração que o atuar dos sujeitos processuais interfere no acesso à justiça das mulheres e no desestímulo à prática de violências contra esse grupo da população. Será dado especial enfoque às consequências sentidas no plano da política nacional brasileira de proteção à mulher após a sentença condenatória do Caso Márcia Barbosa vs Brasil na Corte Interamericana de Direitos Humanos, prolatada em 7 de setembro de 2011².

Destaca-se que esse artigo versará especialmente sobre a relação o caso com a necessidade do processo sob perspectiva de gênero como forma de garantia dos direitos humanos das mulheres, pela qual se destaca acesso à justiça sob a perspectiva material. Esse artigo, portanto, não irá tratar especificamente sobre como a imunidade parlamentar processual pode ser instrumento de discricionariedade, abuso de poder e perpetuação de violação de direitos humanos pelas Casas Legislativas brasileiras, assunto que também foi tratado pela Corte Interamericana no caso Márcia Barbosa vs Brasil.

2. RELATO E PRINCIPAIS APONTAMENTOS SOBRE O CASO

Márcia Barbosa de Souza era uma estudante afrodescendente de vinte anos de idade, residente na cidade de Cajazeiras, no interior do Estado da Paraíba. Residia com seus pais e sua irmã mais nova e vivia em situação socioeconômica desfavorável. Em junho de 1998, viajou para João Pessoa, ocasião em que se encontrou com o então deputado estadual Aécio Pereira de Lima no dia 17 desse mês. Nesse dia, aproximadamente às 19 horas, Márcia recebeu uma ligação do então deputado estadual e saiu para encontrar-se com ele. Às 21 horas, foi realizada uma ligação a partir do telefone celular utilizado pelo deputado a um número de telefone residencial na cidade de Cajazeiras, ocasião em que teria tido contato com várias pessoas. Márcia foi encontrada morta no dia 18 de junho de 1998, oportunidade em que uma testemunha observou um homem retirando a vítima de um carro em local próximo à capital da Paraíba, corpo este que foi posteriormente identificado como sendo da

² CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Barbosa de Souza e Outros vs. Brasil. Sentença de 7 de setembro de 2011, série C, n. 435. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_435_por.pdf>. Acesso em: 5 out. 2023.



vítima em questão. A perícia indicou que a morte ocorreu por sufocamento, tendo sido constatado que a vítima sofrera agressões antes de seu falecimento.

O caso trata, em suma, da violação do Estado ao dever de promover uma investigação diligente e séria, tendo em vista que esta se viu impossibilitada pela imunidade parlamentar do principal suspeito do delito (o deputado estadual), tendo em vista que a disciplina era regida pela Constituição Federal (redação anterior a Emenda Constitucional n. 35 de 2001), a qual exigia a autorização da Assembleia Estadual para o processamento de seus parlamentares, negada duas vezes pela Assembleia da Paraíba. Além disso, o caso foi permeado pela tentativa de culpabilizar a vítima Márcia pelo ocorrido. Aécio chegou a ser condenado pelo crime cometido, mas faleceu antes de cumprir a condenação, o que acarretou a extinção da punibilidade, nos termos do art. 107, I, do Código Penal Brasileiro³.

Quanto ao processo de responsabilização junto à Justiça Estadual, Ministério Público e Polícia Civil do Estado da Paraíba, as investigações foram marcadas pela tentativa de revitimização de Márcia, com depoimentos e juntadas de documentos estereotipados que nada interfeririam no deslinde da investigação, como será visto com mais detalhes no próximo tópico deste trabalho. Em virtude da imunidade parlamentar processual usufruída pelo então deputado estadual, o Procurador-Geral de Justiça apresentou a ação penal perante o Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba em 8 de outubro de 1998. A Assembleia do Estado rejeitou por duas vezes o requerimento para processamento de Aécio, em 17 de dezembro de 1998 e 29 de setembro de 1999. Em 2002, o Poder Judiciário oficiou à Assembleia para informar que seriam tomadas providências para o seguimento do feito, em razão da superveniência da Emenda Constitucional 35. Finalmente, em 2003, teve início o processo penal de responsabilização do, agora, ex-deputado estadual. Em 2005, foi proferida sentença de pronúncia e em 2007 o Tribunal do Júri condenou Aécio pela morte de Márcia, ato que foi objeto de recurso por parte da defesa. Finalmente, em 2008, o político faleceu, sendo seu corpo velado no Salão Nobre da Casa Legislativa do Estado da Paraíba.

³ “Art. 107 - Extingue-se a punibilidade: I - pela morte do agente; [...]” (BRASIL. Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [1984]. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/l7209.htm>. Acesso em: 5 out. 2023.).

Destaca-se que foi iniciada investigação junto ao Ministério Público e Polícia Civil em relação a outros suspeitos de participação no feminicídio ainda em 1998. Todavia, em 2003, houve pedido de arquivamento por parte do órgão acusador em razão de insuficiência probatória quanto à autoria.

Trata-se de caso submetido ao juízo de admissibilidade pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (de acordo com o *jus standi*) em 28 de março de 2020 pelo Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL), Movimento Nacional de Direitos Humanos (MNDH)/Regional Nordeste e Gabinete de Assessoria Jurídica às Organizações Populares (GAJOP).

O Estado apresentou duas preliminares: incompetência *ratione temporis* a respeito de fatos anteriores à data do reconhecimento da competência da Corte e a falta de esgotamento dos recursos internos. Quanto à primeira alegação, assim como consignado em casos anteriores, inclusive contra o Brasil, a Corte mencionou que pode haver pronunciamento sobre fatos ou processos que tenham se iniciado antes da aceitação da competência pelo país, em relação a desdobramentos ou atos deles decorrentes que tenham ocorrido após essa data. Nesse sentido, o órgão afirmou que os fatos anteriores à data de ratificação da competência contenciosa da Corte por parte do Brasil (10 de dezembro de 1998) unicamente são enunciados como parte do contexto e dos antecedentes do caso para facilitar a compreensão sobre o ocorrido e para a análise das alegadas violações de direitos humanos. Em relação ao caso em análise, percebe-se que a primeira decisão que negou o processamento do caso perante a Justiça tomada pela Assembleia Estadual da Paraíba ocorreu em 17 de dezembro de 1998, estando submetida à análise de sua convencionalidade perante a Corte.

Já em relação à segunda preliminar, a Corte apontou que quando a petição foi apresentada à Comissão, dois anos após o homicídio de Márcia Barbosa de Souza, o processo penal não havia sido iniciado devido à imunidade do senhor Aécio Pereira de Lima. Portanto, nesse momento, era aplicável a exceção ao esgotamento dos recursos internos prevista no artigo 46.2.b da Convenção Americana de Direitos Humanos⁴.

⁴ “Para que uma petição ou comunicação apresentada de acordo com os artigos 44 ou 45 seja admitida pela Comissão, será necessário: a. que hajam sido interpostos e esgotados os recursos da jurisdição interna, de acordo com os princípios de direito internacional geralmente reconhecidos; b. que seja apresentada dentro do prazo de seis meses, a partir da data em que o presumido prejudicado em seus direitos tenha sido notificado da decisão definitiva; [...] 2. As disposições das alíneas a e b do inciso 1

Houve pedido dos representantes dos pais de Márcia para que a sua irmã fosse também incluída como vítima quando da submissão do caso à Corte. Contudo, esse pedido restou negado, tendo em vista que a parente colateral não constou como vítima no relatório da Comissão que foi submetido à Corte.

A Comissão submeteu o caso à Corte em 11 de julho de 2019, alegando que a controvérsia se relaciona à imunidade parlamentar como forma de entrave ao processo penal e consequentemente de violação à garantia de acesso à justiça, que teve caráter discriminatório e que o prazo de duração da investigação (9 anos) desrespeitou a garantia de acesso à justiça em prazo razoável e o dever de investigação do Estado. Além disso, suscitou que as falhas e atrasos nas investigações e no processo penal violaram a integridade psíquica dos familiares da vítima. Outrossim, a Comissão determinou a violação autônoma do artigo 7 da Convenção de Belém do Pará⁵. Concluiu ainda que a impunidade do então deputado estadual foi um ato de tolerância por parte do Estado e especificou que não se refletiu exclusivamente neste caso, mas de forma sistemática.

Um ponto relevante sobre o caso foi de que houve audiência pública e que foi admitida, pela Corte, a participação de amici curiae, com manifestações escritas apresentadas por 5 departamentos de universidades brasileiras especializadas em

deste artigo não se aplicarão quando: [...] b. não se houver permitido ao presumido prejudicado em seus direitos o acesso aos recursos da jurisdição interna, ou houver sido ele impedido de esgotá-los; e [...]” (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Convenção Americana sobre Direitos Humanos. San José, Costa Rica: CIDH, 1969. Art. 46. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 7 out. 2023.).

⁵ “Os Estados Partes condenam todas as formas de violência contra a mulher e convêm em adotar, por todos os meios apropriados e scan demora, políticas destinadas a prevenir, punir e erradicar tal violência e a empenhar-se em: a) abster-se de qualquer ato ou prática de violência contra a mulher e velar por que as autoridades, seus funcionários e pessoal, bem como agentes e instituições públicos ajam de conformidade com essa obrigação; b) agir com o devido zelo para prevenir, investigar e punir a violência contra a mulher; c) incorporar na sua legislação interna normas penais, civis, administrativas e de outra natureza, que sejam necessárias para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher, bem como adotar as medidas administrativas adequadas que forem aplicáveis; d) adotar medidas jurídicas que exijam do agressor que se abstenha de perseguir, intimidar e ameaçar a mulher ou de fazer uso de qualquer método que danifique ou ponha em perigo sua vida ou integridade ou danifique sua propriedade; e) tomar todas as medidas adequadas, inclusive legislativas, para modificar ou abolir leis e regulamentos vigentes ou modificar práticas jurídicas ou consuetudinárias que respaldem a persistência e a tolerância da violência contra a mulher; f) estabelecer procedimentos jurídicos justos e eficazes para a mulher sujeitada a violência, inclusive, entre outros, medidas de proteção, juízo oportuno e efetivo acesso a tais processos; g) estabelecer mecanismos judiciais e administrativos necessários para assegurar que a mulher sujeitada a violência tenha efetivo acesso a restituição, reparação do dano e outros meios de compensação justos e eficazes; h) adotar as medidas legislativas ou de outra natureza necessárias à vigência desta Convenção” (COMISSÃO INTERAMERICANA DE MULHERES. Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher, “Convenção de Belém do Pará”. Belém: CIM, 1994. p. 23-24. Disponível em: <<https://oas.org/en/mesecvi/docs/BelemDoPara-PORTUGUES.pdf>>. Acesso em: 7 out. 2023.).

direitos humanos e advogadas e pesquisadoras brasileiras. Outra questão suscitada no caso foi o pedido dos familiares das vítimas para que seus nomes ficassem em sigilo, para se preservarem de exposição pública e midiática. Inclusive, a mãe e irmã de Márcia não participaram da audiência pública anteriormente mencionada, visando à manutenção de sua integridade física e psíquica. O pedido foi acatado pela Corte.

Sobre as reparações, além do pagamento de indenizações às vítimas, foi determinada a publicação da sentença condenatória no Diário Oficial e nos sites oficiais da Assembleia Legislativa do Estado da Paraíba e do Poder Judiciário da Paraíba, e em outro jornal de ampla circulação nacional e ainda a deixar disponível, pelo prazo mínimo de um ano, em um sítio web oficial do Estado da Paraíba e do Governo Federal, de forma acessível ao público e acessível a partir da página de início do referido sítio eletrônico. Além disso, deve ser feito um ato de reconhecimento da responsabilidade internacional por parte do país. Houve determinação para que o Estado implemente um sistema nacional e centralizado de recopilação de dados desagregados por idade, raça, classe social, perfil de vítima, lugar de ocorrência, perfil do agressor, relação com a vítima, meios e métodos utilizados, entre outras variáveis, que permitam a análise quantitativa e qualitativa de fatos de violência contra as mulheres e, em particular, de mortes violentas de mulheres. Ademais, o Estado Brasileiro deverá especificar a quantidade de casos que foram efetivamente processados judicialmente, identificando o número de acusações, condenações e absolvições, com a disponibilização de tais informações à população, garantindo a preservação da intimidade e privacidade das vítimas. Houve determinação para que o Estado crie instrumentos para um plano de formação e capacitação continuada e sensibilização das forças policiais responsáveis pela investigação e a operadores de justiça do Estado da Paraíba, com perspectiva de gênero e raça e que a Assembleia Estadual leve a cabo eventos sobre as temáticas de reflexão e sensibilização, com o nome de Márcia Barbosa de Souza, sobre o impacto do feminicídio, a violência contra a mulher e a utilização da figura da imunidade parlamentar. Segundo a Corte, deve o Estado Brasileiro adotar um protocolo nacional que estabeleça critérios claros e uniformes para a investigação dos feminicídios, inspirado no Modelo de Protocolo Latino-Americano de Investigação de Mortes Violentas de Mulheres por Razões de Gênero e na jurisprudência da Corte.



3. PROCESSO SOB A PERSPECTIVA DE GÊNERO COMO GARANTIA DE DIREITOS HUMANOS ÀS MULHERES A PARTIR DO CASO MÁRCIA BARBOSA

A Corte, quando da análise do caso, fez importante relato sobre a situação atual da violência contra a mulher no Brasil, trazendo a questão como um “problema estrutural e generalizado”. Embora tenha reconhecido os avanços, principalmente a partir da edição e vigência da Lei Maria da Penha e da Lei do Feminicídio, demonstrou que estes ainda não foram suficientes para acabar com a cultura permissiva de discriminação de gênero no país. Inclusive, a Corte Interamericana destacou a ausência de dados específicos sobre a violência contra a mulher especialmente antes da década de 2000. Ela destacou também o recorte de raça e idade quanto à violência e o fato de que a aplicação da Lei 9099/95, na década de 90, aos crimes decorrentes da violência de gênero, servia para perpetuar a indiferença do Estado e da sociedade quanto à temática. Foram citadas as iniciativas de alteração do Código Penal em 2005, a criação da Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres em 2003 e da Política Nacional de Enfrentamento à Violência contra as Mulheres em 2006 e a instauração, em 2013, do “Programa Mulher, Viver sem Violência”, por parte da Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres.

É fato documentado nos autos do processo de responsabilização internacional que a autoridade policial inquiriu diversas testemunhas sobre a personalidade, conduta social e sexualidade de Márcia Barbosa, o que, destaca-se, em nada contribuiria para o deslinde da investigação e responsabilização do deputado, servindo apenas para atrasar a investigação, em clara violação ao dever de investigação que detém o Estado frente a crimes como o do caso. Sobre a ocorrência destes testemunhos, aponta Soraia Mendes que

as experiências com a prova testemunhal na fase pré-processual mostram uma verdadeira transformação do inquérito [...] em um palco para performances repetitivas cada vez mais distanciadas da realidade dos fatos e aproximadas das expectativas patriarcais de culpabilização das mulheres pela violência contra si praticadas⁶.

Conforme consta no acórdão do caso junto à Corte Interamericana, foram incorporados aos autos do processo mais de 150 páginas de artigos de jornais que se referiam à suposta prostituição, overdose e suicídio de Márcia Barbosa. Além disso, o

⁶ MENDES, Soraia da Rosa. Processo Penal Feminista. 2. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2021. p. 174.

Promotor responsável pelo caso, fazendo uso de suas atribuições legais, solicitou em várias oportunidades ao Delegado de Polícia encarregado das investigações, o parecer de um perito médico forense para elucidar se a informação contida no exame cadavérico levaria a pensar que Marcia não teria morrido por estrangulamento, mas por asfixia provocada por uma overdose.

Destaca-se que o deputado apontado como autor da morte de Márcia morreu sem que fosse devidamente penalizado pelo crime. Inclusive, conforme consignado pela Corte, o corpo de Aécio foi velado no Salão Nobre da Assembleia Legislativa do Estado. A Assembleia, por determinação de seu Presidente, cancelou a sessão legislativa e enviou uma comunicação oficial a todos os deputados. Foi decretado luto oficial por três dias, e vários políticos, entre eles o então Governador do Estado da Paraíba, compareceram ao velório. Nesse contexto, a Corte destacou “que considera verossímil que o homicídio da senhora Barbosa de Souza tenha sido cometido por razões de gênero, especialmente em razão da situação assimétrica de poder econômico e político com respeito a seu agressor homem, além do estado no qual seu corpo foi encontrado”⁷. Sobre a questão, Soraia Mendes, que participou do caso perante a Corte como parecerista, fez importante contraponto: enquanto os direitos do réu previstos na Constituição Federal e nos Códigos Penal e Processual Penal foram integralmente respeitados, o mesmo não ocorreu com a vítima e seus familiares⁸.

Ainda, verifica-se que o instrumento da imunidade parlamentar foi utilizado de forma a perpetuar a violência de gênero. Conforme a Corte, a atuação do deputado no feminicídio em questão evidentemente não está relacionada com o exercício das funções de um deputado, o que deveria ter sido levado em consideração pela Assembleia Estadual da Paraíba, considerando o dever estatal de investigação diligente.

A Corte suscitou ainda que, “quando existem indícios ou suspeitas concretas de violência de gênero, a falta de investigação por parte das autoridades sobre possíveis motivos discriminatórios de um ato de violência contra a mulher pode constituir em si mesmo uma forma de discriminação baseada no gênero”⁹. Ainda, tem-se que a falha estatal em investigar de forma diligente os casos individuais de violência

⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2021, p. 28.

⁸ MENDES, op. cit., p. 168.

⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, op. cit., p. 39.

de gênero contra as mulheres faz com que se perpetue a sensação de impunidade, promovendo a mensagem de que esse tipo de violação de direitos é aceito pelo Estado, estimulando sua repetição, “o que favorece sua perpetuação e a aceitação social do fenômeno, o sentimento e a sensação de insegurança das mulheres, bem como sua persistente desconfiança no sistema de administração de justiça”¹⁰.

A Corte ainda recorda que “em casos de violência contra a mulher, as obrigações gerais previstas nos artigos 8 e 25 da Convenção Americana se complementam e se reforçam com as obrigações provenientes da Convenção de Belém do Pará”¹¹.

O referido Tribunal ainda rememora que existe o dever da sociedade de combater veementemente a violência praticada contra as mulheres. Nesse ponto, existe uma obrigação do Estado Brasileiro, ao aceitar o texto da Convenção de Belém do Pará, de tomar meios necessários para erradicar esse padrão violatório de direitos das mulheres, conforme arts. 7º, 8º e 9º do referido documento interacional. Para tanto, a Corte IDH dispôs que existe, para as autoridades estatais, a obrigação de investigar de ofício (sem a necessidade de provocação interna ou externa) as motivações discriminatórias por razão de gênero em um ato de violência perpetrado contra uma mulher. Destaca que a investigação penal deve incluir uma perspectiva de gênero e ser realizada por funcionários capacitados e que o princípio fundamental de igualdade e não discriminação constitui-se como *jus cogens*, de observância obrigatória por todos os sujeitos da comunidade internacional.

Nesse contexto, no caso Velásquez Paiz e outros Vs. Guatemala, a Corte mencionou que

o estereótipo de gênero se refere a uma concepção de atributos, condutas ou características possuídas ou papéis, que são ou deveriam ser executados por homens e mulheres, respectivamente e que é possível associar a subordinação da mulher a práticas baseadas em estereótipos de gênero socialmente dominantes e socialmente persistentes¹².

Sobre o caso mencionado, Caio Paiva e Thimotie Aragon Heemann dispõem que

¹⁰ Ibid., p. 39.

¹¹ Ibid., p. 40.

¹² CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2021, p. 44.

a Corte aduziu expressamente que nesses casos [de violência contra a mulher] se faz indispensável a investigação penal sob perspectiva de gênero, o que deve envolver a participação de funcionários capacitados e instruídos sobre o tema¹³.

Esse caso, assim como o em análise, foi permeado por especulações acerca da vida da vítima, que macularam a investigação de estereótipos, impedindo o acesso à justiça.

Nessa toada, a Corte defende que estereótipos e preconceções acerca do gênero prejudicam as investigações de determinado episódio de violência na medida em que interferem na objetividade dos funcionários estatais por ela responsáveis. Ainda, os estereótipos distorcem os fatos e podem significar a denegação de acesso à justiça, tendo por consequência a revitimização. Conforme Soraia Mendes,

No caso em tela, a busca foi (em total desrespeito à sua dignidade) a de construir uma imagem da vítima para que, no mínimo, fosse colocada em dúvida a responsabilidade penal do acusado. Um expediente ofensivo violador da dignidade da vítima, de sua imagem, de sua memória e de seus familiares comumente utilizado em casos de feminicídio perante o Tribunal do Júri¹⁴.

Invoca a Corte a necessidade de se evitar encontrar justificativas promovidas por funcionários públicos para determinada violência contra a mulher, “uma vez que valorações dessa natureza mostram um critério discricionário e discriminatório com base na origem, condição e/ou comportamento da vítima pelo simples fato de ser mulher”¹⁵. Assim, estereótipos de gênero nocivos ou prejudiciais à investigação de violência de gênero são incompatíveis com o Direito Internacional dos Direitos Humanos.

No caso em análise, entendeu a Corte pela existência de “uma intenção de desvalorizar a vítima por meio da neutralização de valores”¹⁶. Durante a persecução penal, o comportamento e a sexualidade de Márcia Barbosa passaram a ser um tema de atenção especial, provocando a construção de uma imagem de Márcia como geradora ou merecedora do ocorrido, e desviando o foco das investigações através de estereótipos relacionados com aspectos da vida pessoal de Márcia Barbosa, que

¹³ PAIVA, Caio; HEEMANN, Thimotie Aragon. *Jurisprudência Internacional de Direitos*. 3. ed. Boa Esperança, MG: Editora CEI, 2020. p. 284.

¹⁴ MENDES, 2021, p. 177.

¹⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, op. cit., p. 44-45.

¹⁶ Ibid., p. 45.

por sua vez foram utilizados como fatos relevantes para o próprio processo. Conforme relatos fornecidos ao Tribunal, as provas testemunhais foram constantemente interrogadas acerca da vida pessoal e sexual de Márcia, além de serem perguntadas acerca de eventual vício em drogas e/ou álcool, para que se justificar a ocorrência da morte por overdose, o que sequer foi mencionado pelos peritos que realizaram o exame de corpo de delito.

Percebe-se também que durante a tramitação do processo judicial, o advogado de defesa incorporou aos autos mais de 100 notícias que apontavam para prostituição, overdose ou suposto suicídio, fazendo diversas acusações infundadas direcionadas à vítima, enquanto tratava o réu como “homem de família”. A exposição midiática do caso foi também responsável por promover a revitimização de Márcia. Destaca-se que, conforme consta no acórdão, foram publicadas mais de 300 notícias sobre o caso ao longo de 10 anos.

Sobre a influência da mídia no julgamento do caso, Soraia Mendes faz importante apontamento:

o sistema da justiça criminal, do qual o processo é um instrumento, orienta-se a partir de estigmas originados no sistema de dominação patriarcal em uma lógica de retroalimentação que faz parecer natural a publicação de matérias na mídia sobre a privacidade da vítima a partir do que se investiga no inquérito ou se produz durante a persecução penal¹⁷.

Por fim, a Corte afirmou que

a investigação e o processo penal pelos fatos relacionados ao homicídio de Márcia Barbosa de Souza tiveram um caráter discriminatório por razão de gênero e não foram conduzidos com uma perspectiva de gênero de acordo com as obrigações especiais impostas pela Convenção de Belém do Pará¹⁸.

Assim, o Tribunal concluiu que o Brasil não adotou uma perspectiva de gênero na persecução penal acerca do homicídio de Márcia Barbosa de Souza.

4. O PROCESSO SOB PERSPECTIVA DE GÊNERO: APONTAMENTOS A PARTIR DO CONTEXTO BRASILEIRO

No contexto brasileiro, a Lei Maria da Penha foi paradigmática: embora não tenha, de imediato, reformado a situação brasileira quanto ao desprezo à violência

¹⁷ MENDES, 2021, p. 160.

¹⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2021, p. 46.



contra a mulher, foi responsável por encerrar a lacuna normativa até então existente no ordenamento jurídico sobre proteção específica das mulheres, visando concretizar dispositivos constitucionais como a igualdade material entre homens e mulheres (art. 5º, I, da Constituição Federal), proteção à família (art. 226, caput, da Constituição Federal) e responsabilidade estatal de coibir a violência no âmbito das relações familiares (art. 226, §8º, da Constituição Federal).

Cumprе destacar que essa legislação foi fruto do Caso Maria da Penha, analisado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos no ano de 2001, o que acarretou a condenação do Estado Brasileiro. Uma das medidas ordenadas pela Comissão foi a reforma da legislação para proteção da mulher contra a violência doméstica. Segundo Flávia Piovesan, o caso foi responsável por “romper com a invisibilidade que acoberta este grave padrão de violência de que são vítimas tantas mulheres, sendo símbolo de uma necessária conspiração contra a impunidade”¹⁹. Ainda, Alice Bianchini, Mariana Bazzo e Silvia Chakian destacam que “não houve uma formalização espontânea pelo Estado Brasileiro, mas sim uma imposição da CIDH, embora uma lei específica já estivesse sendo gestada por entidades voltadas aos direitos das mulheres”²⁰.

Ainda que vinculada aos casos de violência doméstica contra a mulher, a Lei 11.340 de 2006 trouxe importantes medidas atentas à peculiaridade e disparidade de gêneros, como medidas a serem tomadas pelo juiz e pela autoridade policial para proteção da vítima nos artigos 9º, §2º, 11, 12, 18, dentre outros. Destaca-se, ainda, o conteúdo do artigo 10-A, incluído pela Lei 13.505 de 2017, trazendo expressamente a garantia de não revitimização da vítima.

Recentemente, foi promulgada a Lei 14.245 de novembro de 2021, conhecida como Lei Mariana Ferrer. Mariana Ferrer, vítima de estupro em um bar no estado de Santa Catarina, é blogueira e modelo conhecida pela luta por justiça pelas agressões que sofreu. No processo penal, foi vítima de sucessivos atos de revitimização por parte da defesa, onde o questionamento de sua “decência” foi temática de discussão no processo, com falas estereotipadas do advogado de defesa e juntada de fotografias

¹⁹ PIOVESAN, Flávia. A proteção internacional dos direitos humanos das mulheres. Cadernos Jurídicos, São Paulo, ano 15, n. 38, p. 21-34, jan./abr. 2014. p. 29. Disponível em: <<https://www.mpmg.mp.br/data/files/FC/F7/D5/F3/DA44A7109CEB34A7760849A8/A%20Protecao%20Internacional%20dos%20Direitos%20Humanos%20das%20Mulheres.pdf>>. Acesso em: 13 out. 2023

²⁰ BIANCHINI, Alice; BAZZO, Mariana; CHAKIAN, Silvia. Crimes contra mulheres. 2. ed. São Paulo: Editora Juspodivm, 2020. p. 29.

para insinuar que seu comportamento tenha sido a causa da conduta criminosa do réu, empresário catarinense com influência local, situação que tem identificação com o Caso Márcia Barbosa aqui em análise. Chama atenção que a lei foi promulgada em novembro de 2021, dois meses após a condenação do Brasil na Corte Interamericana no caso Márcia Barbosa. Segundo Fernanda de Avila, a referida lei “é um marco na luta contra a violência institucional. O caso Mariana Ferrer escancarou a existência desse tipo de prática”²¹.

A Lei 14.245 incluiu, no Código de Processo Penal e na Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, dispositivos que trazem para os autores processuais o dever de proteção à integridade física e psicológica da vítima, vedando a manifestação sobre circunstâncias ou elementos alheios aos fatos objeto de apuração nos autos e a utilização de linguagem, de informações ou de material que ofendam a dignidade da vítima ou de testemunhas. A referida Lei ainda instituiu causa de aumento de pena para o crime de coação no curso do processo.

Parece, no entanto, que o tema deveria ter sido trazido também para o âmbito do direito processual civil, tendo em vista que insinuações estereotipadas e violadoras dos direitos humanos das mulheres podem acontecer também no âmbito civil, oportunidade em que se destacam causas de reconhecimento de união estável, principalmente post mortem, causas previdenciárias e causas de direito de família em geral. Inclusive, recentemente, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que é devida reparação por danos morais a ser paga por advogados que utilizaram palavras ofensivas à imagem e à reputação da mãe biológica em ação de investigação de paternidade²².

²¹ RICCI, Larissa. Entenda o que muda após a Lei Mariana Ferrer entrar em vigor. Correio Braziliense, [Belo Horizonte], 25 nov. 2021. parágrafo 13. Disponível em: <<https://www.correiobraziliense.com.br/brasil/2021/11/4965813-entenda-o-que-muda-apos-a-lei-mariana-ferrer-entrar-em-vigor.html>>. Acesso em: 15 out. 2023.

²² “1- Ação de reparação de danos proposta em 14/01/2015. Recurso especial interposto em 10/12/2017. 2- O propósito recursal é definir se é admissível a condenação do advogado, que também é parte no processo, a reparar os danos morais causados à parte adversária em virtude do uso, em ação de investigação de paternidade, de palavras ofensivas à imagem e à reputação da mãe biológica. 3- São juridicamente irrelevantes e dissociados da defesa técnica, nas ações investigatórias de paternidade, os argumentos tendentes a desqualificar a moral e a conduta da parte adversária, eis que existe, há pelo menos 30 anos, uma forma técnica e científica, comprovadamente segura e eficiente, de investigação da relação biológica paterno-filial - o exame de DNA, que não apenas dispensa, como torna inúteis, inadequadas e impróprias as discussões relativas à moral e à conduta das partes. 4- Significa dizer que, ao menos desde a introdução do exame de DNA como meio de prova determinante para a apuração dos vínculos de parentesco sob a perspectiva biológica, é preciso reexaminar sob diferentes perspectivas os argumentos lançados em defesa, especialmente nas ações de família, que, a pretexto de serem jurídicos e necessários, nada mais revelam do que ofensas gratuitas e que são resquícios de um discurso odioso, sexista, machista e misógino que não pode possuir mais espaço na

Nesse contexto, percebeu-se uma mobilização do Poder Judiciário quanto ao processo sob perspectiva de gênero e ao combate à violência institucional, o que se deu por meio da atuação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), órgão de controle administrativo do Judiciário. Em 2018, foi editada a Resolução nº 254, que trouxe a Política Judiciária Nacional de Enfrentamento à Violência contra as Mulheres. Em seu artigo 9º, definiu violência institucional contra as mulheres no exercício de funções públicas como toda a ação ou omissão de qualquer órgão ou agente público que fragilize, de qualquer forma, o compromisso de proteção e preservação dos direitos

sociedade. 5- Se as informações recebidas pelo representante constituído são ofensivas à parte contra quem se litigará e se são elas irrelevantes no contexto em que se desenvolverá a controvérsia, é dever do advogado filtrar essas informações, pautando suas condutas no processo a partir dos estritos limites da técnica e da ética, uma vez que a imunidade profissional não é absoluta e não lhe confere o direito de materializar as ofensas que lhe foram ditas em particular pela parte, sob pena de praticar, ele próprio, o ato ilícito ofensivo à reputação e à imagem da parte adversa. 6- Na hipótese, o acórdão recorrido estabeleceu como premissas fáticas imutáveis: (i) que os réus, em ação investigatória de paternidade e em queixa-crime, afirmaram que a mãe do autor era uma prostituta; (ii) que os réus, nas referidas ações, afirmaram que a mãe do autor manteve relações sexuais com diversas pessoas, inclusive com parentes dos réus, de modo que qualquer deles poderia ser o pai; (iii) que não foi comprovado que a mãe do autor era prostituta; (iv) que não foi comprovado que a mãe do autor manteve relações sexuais com terceiros; (v) que foi cientificamente comprovado que o investigado era pai biológico do autor; (vi) que um dos réus é advogado e, nos processos mencionados, atuou em causa própria e também em representação dos demais réus e irmãos. 7- Nesse contexto, mostra-se desprovida de técnica e de ética, bem como propositalmente ofensiva, a alegação de que a mãe do autor seria prostituta, como se esse fato, não provado, seria em alguma medida impeditivo à maternidade, e como se as prostitutas também não pudessem ser, como de fato muitas vezes são, mães. 8- É irrelevante que não tenha havido a condenação criminal dos réus em virtude das ofensas perpetradas, tendo em vista o princípio da autonomia das justiças civil e penal, especialmente na hipótese em que a existência do fato danoso sequer é controversa, mas, ao revés, apenas se pretende dar a esse fato incontroverso um suposto verniz de licitude e de legalidade ao albergue da imunidade profissional. 9- Os fatos de as ofensas terem sido deduzidas apenas em peças escritas, em processos que tramitaram em segredo de justiça e nos quais apenas o filho era parte, não afastam a possibilidade de condenação do advogado a reparar os danos morais por ele causados, seja porque as ofensas atingiram diretamente o seu propósito de desqualificar a mãe do autor (que age para a tutela de direito próprio e de direito alheio transmitido pela herança), seja porque as ofensas, embora proferidas em um âmbito muito mais restrito de circulação, puderam, em tese, ser conhecidas, ao menos, pelos magistrados que atuaram na causa e pelos servidores que manusearam o processo. 10- Conquanto precedente desta Corte tenha firmado entendimento no sentido de que, em hipóteses em que se discutam excessos e ofensas não albergadas pela imunidade profissional, a legitimação passiva e a responsabilidade civil é exclusiva do advogado, ressaltou-se a possibilidade de responsabilidade também da parte nas hipóteses de culpa in eligendo ou de assentimento às manifestações escritas do advogado, dedutíveis do contexto fático na hipótese em exame em que um dos réus é advogado, também filho do investigado (ou seja, é irmão unilateral do autor), atuou em causa própria nas ações em que as ofensas foram desferidas e atuou, ainda, em representação processual de seus irmãos, os demais réus, naqueles processos. 11- Recurso especial conhecido e provido, para julgar procedente o pedido de reparação dos danos morais, arbitrados em R\$ 20.000,00 (vinte mil reais)" (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). Recurso Especial nº 1.761.369/SP. Civil. Processual civil. Ação de reparação de danos morais. Ofensas desferidas pelo advogado contra a mãe do autor em ação investigatória de paternidade preteritamente julgada procedente. Afirmação de que a mãe seria prostituta e teria mantido relações sexuais com inúmeras pessoas. Argumentação jurídica irrelevante e dissociada da defesa técnica. [...]. Relator: Min. Moura Ribeiro. Relatora para Acórdão: Min. Nancy Andrighi, 7 de junho de 2022. DJe de 22 de junho de 2022. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/1552293959/inteiro-teor-1552294034>>. Acesso em: 5 out. 2023.).

de mulheres²³. Trata-se, portanto, de conceito amplo. No mesmo ano, também foi criada a Resolução nº 255, que versou sobre a Política Nacional de Incentivo à Participação Feminina no Poder Judiciário²⁴.

É de extrema relevância, contudo, a obrigatoriedade de adoção, pelos juízes, do Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero de 2021, o que se deu a partir da Resolução nº 492 de 2023²⁵, tendo sido citado, nos considerandos, o caso Márcia Barbosa. Esse documento, elaborado a partir de Grupo de Trabalho instituído pelo CNJ, trouxe conceitos importantes e aspectos a serem observados para que haja o respeito ao direito das mulheres sempre que presentes na relação processual, inclusive dividindo a abordagem entre os ramos da justiça (Federal, Estadual, Trabalhista, Eleitoral, Militar), trazendo temas relevantes sobre violência obstétrica, pornografia de vingança, desvalorização do trabalho rural da mulher para fins previdenciários, aborto, desigualdade salarial, dentre outros²⁶. Destaca-se, ainda, a necessidade de que a análise inicial de determinado caso submetido ao escrutínio judicial seja pautada na identificação de desigualdades estruturais pelo(a) magistrado(a). Conforme Fernanda Avila, o protocolo surge para “comprovar que violência institucional existe sim, afinal se não existisse ninguém se mobilizaria dentro do legislativo e do próprio judiciário para combatê-la”²⁷. Ainda, Samia Moda Cirino e Júlia Maria Feliciano destacam:

O documento, desde já, demonstra ser uma potência como instrumento para, concomitantemente a outras estratégias nas áreas de reconstrução do conhecimento jurídico e ensino-aprendizagem na formação de profissionais do Direito, contribuir para a inserção da perspectiva feminista na construção de teses no processo, na condução do feito, na análise das provas e fatos, e

²³ CNJ. Resolução nº 254, de 4 de setembro de 2018. Institui a Política Judiciária Nacional de enfrentamento à violência contra as mulheres pelo Poder Judiciário e dá outras providências. Brasília, DF: CNJ, 2018a. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2669>>. Acesso em: 30 ago. 2023.

²⁴ CNJ. Resolução nº 255, de 4 de setembro de 2018. Institui a Política Nacional de Incentivo à Participação Institucional Feminina no Poder Judiciário. Brasília, DF: CNJ, 2018b. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2670>>. Acesso em: 30 ago. 2023.

²⁵ CNJ. Resolução nº 492, de 17 de março de 2023. Estabelece, para adoção de Perspectiva de Gênero nos julgamentos em todo o Poder Judiciário, as diretrizes do protocolo aprovado pelo Grupo de Trabalho constituído pela Portaria CNJ n. 27/2021, institui obrigatoriedade de capacitação de magistrados e magistradas, relacionada a direitos humanos, gênero, raça e etnia, em perspectiva interseccional, e cria o Comitê de Acompanhamento e Capacitação sobre Julgamento com Perspectiva de Gênero no Poder Judiciário e o Comitê de Incentivo à Participação Institucional Feminina no Poder Judiciário. Brasília, DF: CNJ, 2023a. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/4986>>. Acesso em: 30 ago. 2023.

²⁶ CNJ. Protocolo para julgamento com perspectiva de gênero. Brasília, DF: CNJ; Enfam, 2021. PDF. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/10/protocolo-18-10-2021-final.pdf>>. Acesso em: 30 ago. 2023.

²⁷ RICCI, 2021, parágrafo 14.



na fundamentação de decisões judiciais. Essa abrangência permite, ainda, limitar práticas jurídicas de cunho sexista, viabilizando a adoção de medidas para superar a própria violência institucional sofrida pela parte nos diversos ramos do Judiciário.²⁸

As mesmas autoras, porém, destacam a necessidade de revisão do documento para que sejam incluídas novas perspectivas para além de integrantes do Judiciário, como advogadas, procuradoras e integrantes de organismos internacionais²⁹.

Por fim, no ano de 2023, surge, também no CNJ, previsão para equidade de representação de gênero na promoção de juízas a partir da aprovação da Resolução nº 525 de 2023³⁰, responsável pela alteração da Resolução nº 106 de 2010³¹. Trata-se de medida que valerá até que os Tribunais atinjam a proporção de 40% a 60% por gênero. Nesse contexto, conforme notícia do próprio Conselho, “embora constituam cerca de 51% da população brasileira, as mulheres representam 38% da magistratura, sendo 40% presentes no primeiro grau de jurisdição e apenas 21% no segundo grau”³². Percebe-se, claramente, uma assimetria de gênero e ausência de representatividade, questão que abarca todos os segmentos da sociedade, e na magistratura o quadro não é diferente.

A presença de mulheres no sistema de justiça é condição para que haja julgamento sob perspectiva de gênero, a partir da vivência compartilhada socialmente diante da discriminação em razão de gênero. Nesse sentido, destacam Alice Bianchini, Mariana Bazzo, Silvia Chakian que o panorama atual do (mal) funcionamento do Poder Judiciário em relação ao julgamento de crimes praticados contra mulheres em razão do gênero

²⁸ CIRINO, Samia Moda; FELICIANO, Júlia Maria. Protocolo para julgamento com perspectiva de gênero: abertura para uma mudança epistemológica no Direito e na prática jurídica no Brasil. *Revista Direito Político*, Brasília, DF, v. 20, n. 106, p. 247-271, abr./jun. 2023. p. 267. DOI: 10.11117/rdp.v20i106.7137. Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/7137/3074>>. Acesso em: 7 out. 2023.

²⁹ Ibid.

³⁰ CNJ. Resolução nº 525, de 27 de setembro de 2023. Altera a Resolução CNJ n. 106/2010, dispondo sobre ação afirmativa de gênero, para acesso das magistradas aos tribunais de 2º grau. Brasília, DF: CNJ, 2023b. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/5277>>. Acesso em: 15 out. 2023.

³¹ CNJ. Resolução nº 106, de 6 de abril de 2010. Dispõe sobre os critérios objetivos para aferição do merecimento para promoção de magistrados e acesso aos Tribunais de 2º grau. Brasília, DF: CNJ, 2010. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/168>>. Acesso em: 15 out. 2023.

³² BANDEIRA, Regina. CNJ aprova regra de gênero para promoção de juízes e juízas. Agência CNJ de Notícias, [Brasília, DF], 26 set. 2023. parágrafo 6. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/cnj-aprova-regra-de-genero-para-a-promocao-de-juizes-e-juizas/>>. Acesso em: 15 out. 2023.



somente poderá ser alterado com a conscientização de necessidade desses casos de violência de gênero serem investigados, processados e julgados, sempre, com o auxílio de conceitos oriundos dos Estudos de Gênero, em sua perspectiva multidisciplinar³³.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A condenação no Caso Márcia Barbosa vs Brasil expõe a necessidade de que seja efetivamente incorporada a perspectiva de gênero no âmbito do funcionamento do Sistema de Justiça brasileiro. Embora tenham sido visualizados avanços sobre a proteção da mulher contra práticas violentas relacionadas ao gênero a partir da Lei Maria da Penha de 2006, foi somente a partir da publicação da sentença condenatória do Caso Márcia que se percebe uma maior mobilização dos Poderes para assegurar a proteção das mulheres no âmbito do processo penal, a partir da edição da Lei 14.245 de 2021, para proteger a mulher de estereótipos no âmbito da audiência de instrução, ato normativo decorrente de situação sofrida pela jovem Mariana Ferrer. Além disso, o Conselho Nacional de Justiça, por meio da Resolução nº 492 de 2023 tornou obrigatória a observância pelos julgadores do Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero de 2021, documento também elaborado pelo referido órgão de controle administrativo do Judiciário. Ainda, é de suma importância a Resolução nº 525 de 2023, com vistas a promover a igualdade de gênero no âmbito dos Tribunais.

Apesar de todo esforço empreendido recentemente, ainda há muito o que se construir para que haja uma efetiva observância da perspectiva de gênero no âmbito do sistema de Justiça, medida que não deve ficar limitada ao âmbito penal, conforme consta no Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero, no qual constam diretrizes que devem permear a atuação dos participantes do processo em todos os órgãos da Justiça, tendo em vista que o direito das mulheres a uma ordem jurídica justa não se limita a esse ramo do direito.

Conforme Helaine da Silva Pimentel Pereira, “insistir na utilização de estereótipos que sustentam a discriminação de gênero, ainda que de forma camuflada, significa legitimar a dominação na relação entre homens e mulheres, porque reproduz a violência simbólica que inferioriza a mulher”³⁴.

³³ BIANCHINI; BAZZO; CHAKIAN, 2020, p. 301.

³⁴ PEREIRA, Helaine da Silva Pimentel. A adoção da perspectiva de gênero para efetivação do primado constitucional de equidade entre homens e mulheres no sistema de justiça criminal brasileiro, em especial para as mulheres vítimas de crimes contra a dignidade sexual. 2022. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direitos e Garantias Fundamentais, Faculdade de Direito de Vitória, Vitória, 2022. p. 144-145. Disponível em: <<http://repositorio.fdv.br:8080/>



Ainda, mostra-se imprescindível a atuação das mulheres em todo sistema de Justiça, como forma de aprimorar o tratamento dado às outras mulheres a ele submetidas, a partir do viés da representatividade. Nesse ponto, importante a contribuição de Soraia Mendes no sentido de que

Somos juízas, promotoras, procuradoras, professoras, delegadas, defensoras públicas, advogadas, desembargadoras e ministras. Todavia, muitas ainda não as dificuldades que enfrentamos para que continuemos a crescer não só em quantidade. Nossa participação no espaço público ainda é meramente formal³⁵.

Conforme Flávia Piovesan, ao lado da mudança de atuação do Sistema de Justiça, “é fundamental o desenvolvimento de uma doutrina legal que elucide os avanços decorrentes do impacto jurídico dos tratados internacionais de proteção dos direitos da mulher na ordem jurídica interna”³⁶. Ou seja, deve o legislador também ficar atento à temática, alterando dispositivos legais que podem dar azo à discriminação de gênero ou acrescentando nas leis de direito material e processual disposições que vedem expressamente tal prática.

É preciso, portanto, visualizar o julgamento sob perspectiva de gênero como forma necessária à garantia dos direitos humanos das mulheres, sob o olhar pré e pós violatório, fazendo do sistema de Justiça um ambiente acolhedor e de efetivo acesso à justiça para todas, o que perpassa por uma ampla mudança na atuação dos sujeitos dele participantes.

bitstream/fdv/1449/1/Disserta%c3%a7%c3%a3o%20-%20Helaine%20da%20Silva%20Pimentel%20Pereira.pdf>. Acesso em: 10 out. 2023.

³⁵ MENDES, 2021, p. 12.

³⁶ PIOVESAN, Flávia. Temas de direitos humanos. 11. ed. São Paulo: Editora SaraivaJur, 2018. p. 476.



REFERÊNCIAS

BANDEIRA, Regina. CNJ aprova regra de gênero para promoção de juízes e juízas. Agência CNJ de Notícias, [Brasília, DF], 26 set. 2023. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/cnj-aprova-regra-de-genero-para-a-promocao-de-juizes-e-juizas/>>. Acesso em: 15 out. 2023.

BIANCHINI, Alice; BAZZO, Mariana; CHAKIAN, Silvia. Crimes contra mulheres. 2. ed. São Paulo: Editora Juspodivm, 2020.

BRASIL. Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [1984]. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/l7209.htm>. Acesso em: 5 out. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). Recurso Especial nº 1.761.369/SP. Civil. Processual civil. Ação de reparação de danos morais. Ofensas desferidas pelo advogado contra a mãe do autor em ação investigatória de paternidade preteritamente julgada procedente. Afirmação de que a mãe seria prostituta e teria mantido relações sexuais com inúmeras pessoas. Argumentação jurídica irrelevante e dissociada da defesa técnica. Ações de família que versam sobre vínculos biológicos que se desenvolvem, há mais de três décadas, com ênfase na prova técnica consubstanciada no exame de DNA. Absoluta irrelevância de elementos morais ou de conduta das partes. Dever do advogado de filtrar as informações recebidas de seu cliente, sob pena de responsabilização civil. Imunidade profissional que não é absoluta e não contempla ofensas desferidas em juízo contra a parte adversária, sobretudo quando irrelevantes à controvérsia e não comprovadas. Ausência de condenação criminal dos réus. Irrelevância. Independência entre as justiças cível e penal. Fato danoso que é incontroverso. Ofensas apenas desferidas em peças escritas em processo sob sigilo de justiça. Irrelevância para a configuração do dano. Objetivo de desqualificação da mãe do autor atingido. Circulação dos autos restrita, mas existente. Relevância somente para a quantificação do dano. Responsabilização exclusiva do advogado. Regra geral excepcionada pela existência de culpa in eligendo ou assentimento às manifestações escritas pelos demais réus. Relator: Min. Moura Ribeiro. Relatora para Acórdão: Min. Nancy Andrighi, 7 de junho de 2022. DJe de 22 de junho de 2022. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/1552293959/inteiro-teor-1552294034>>. Acesso em: 5 out. 2023.



CIRINO, Samia Moda; FELICIANO, Júlia Maria. Protocolo para julgamento com perspectiva de gênero: abertura para uma mudança epistemológica no Direito e na prática jurídica no Brasil. *Revista Direito Político*, Brasília, DF, v. 20, n. 106, p. 247-271, abr./jun. 2023. DOI: 10.11117/rdp.v20i106.7137. Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/7137/3074>>. Acesso em: 7 out. 2023.

CNJ. Protocolo para julgamento com perspectiva de gênero. Brasília, DF: CNJ; Enfam, 2021. PDF. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/10/protocolo-18-10-2021-final.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2023.

CNJ. Resolução nº 106, de 6 de abril de 2010. Dispõe sobre os critérios objetivos para aferição do merecimento para promoção de magistrados e acesso aos Tribunais de 2º grau. Brasília, DF: CNJ, 2010. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/168>>. Acesso em: 15 out. 2023.

CNJ. Resolução nº 254, de 4 de setembro de 2018. Institui a Política Judiciária Nacional de enfrentamento à violência contra as mulheres pelo Poder Judiciário e dá outras providências. Brasília, DF: CNJ, 2018a. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2669>>. Acesso em: 15 out. 2023.

CNJ. Resolução nº 255, de 4 de setembro de 2018. Institui a Política Nacional de Incentivo à Participação Institucional Feminina no Poder Judiciário. Brasília, DF: CNJ, 2018b. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2670>>. Acesso em: 15 out. 2023.

CNJ. Resolução nº 492, de 17 de março de 2023. Estabelece, para adoção de Perspectiva de Gênero nos julgamentos em todo o Poder Judiciário, as diretrizes do protocolo aprovado pelo Grupo de Trabalho constituído pela Portaria CNJ n. 27/2021, institui obrigatoriedade de capacitação de magistrados e magistradas, relacionada a direitos humanos, gênero, raça e etnia, em perspectiva interseccional, e cria o Comitê de Acompanhamento e Capacitação sobre Julgamento com Perspectiva de Gênero no Poder Judiciário e o Comitê de Incentivo à Participação Institucional Feminina no Poder Judiciário. Brasília, DF: CNJ, 2023a. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/4986>>. Acesso em: 15 out. 2023.

CNJ. Resolução nº 525, de 27 de setembro de 2023. Altera a Resolução CNJ n. 106/2010, dispondo sobre ação afirmativa de gênero, para acesso das magistradas aos Tribunais de 2º grau. Brasília, DF: CNJ, 2023b. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/5277>>. Acesso em: 15 out. 2023.



COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Convenção Americana sobre Direitos Humanos. San José, Costa Rica: CIDH, [1969]. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 7 out. 2023.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE MULHERES. Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher, “Convenção de Belém do Pará”. Belém, PA: CIM, [1994]. Disponível em: <<https://oas.org/en/mesecvi/docs/BelemDoPara-PORTUGUES.pdf>>. Acesso em: 7 out. 2023.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Barbosa de Souza e Outros vs. Brasil. Sentença de 7 de setembro de 2011, série C, n. 435. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_435_por.pdf>. Acesso em: 5 out. 2023.

MENDES, Soraia da Rosa. Processo Penal Feminista. 2. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2021.

PAIVA, Caio; HEEMANN, Thimotie Aragon. Jurisprudência internacional de direitos. 3. ed. Boa Esperança, MG: Editora CEI, 2020.

PEREIRA, Helaine da Silva Pimentel. A adoção da perspectiva de gênero para efetivação do primado constitucional de equidade entre homens e mulheres no sistema de justiça criminal brasileiro, em especial para as mulheres vítimas de crimes contra a dignidade sexual. 2022. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direitos e Garantias Fundamentais, Faculdade de Direito de Vitória, Vitória, ES, 2022. Disponível em: <<http://repositorio.fdv.br:8080/bitstream/fdv/1449/1/Disserta%c3%a7%c3%a3o%20-%20Helaine%20da%20Silva%20Pimentel%20Pereira.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2023.

PIOVESAN, Flávia. A proteção internacional dos direitos humanos das mulheres. Cadernos Jurídicos, São Paulo, ano 15, n. 38, p. 21-34, jan./abr. 2014. Disponível em: <<https://www.mpmg.mp.br/data/files/FC/F7/D5/F3/DA44A7109CEB34A7760849A8/A%20Protecao%20Internacional%20dos%20Direitos%20Humanos%20das%20Mulheres.pdf>>. Acesso em: 13 out. 2023.

PIOVESAN, Flávia. Temas de direitos humanos. 11. ed. São Paulo: Editora SaraivaJur, 2018.

RICCI, Larissa. Entenda o que muda após a Lei Mariana Ferrer entrar em vigor. Correio Braziliense, [Belo Horizonte], 25 nov. 2021. Disponível em: <<https://www.correiobraziliense.com.br/brasil/2021/11/4965813-entenda-o-que-muda-apos-a-lei-mariana-ferrer-entrar-em-vigor.html>>. Acesso em: 15 out. 2023.



LAW AND DEVELOPMENT NO SÉCULO XXI: DUAS CONTRIBUIÇÕES DO CONSTITUCIONALISMO

LAW AND DEVELOPMENT IN THE 21ST CENTURY: TWO CONTRIBUTIONS OF CONSTITUTIONALISM

Danilo Nunes Cronemberger Miranda¹

Resumo: O debate acadêmico sobre o *law and development* por vezes negligência aspectos propedêuticos relacionados ao ambiente político em que são propostos e inseridos novos arcabouços jurídico-econômico. A partir do panorama atual da discussão acadêmica sobre *law and development*, este artigo pretende dar um passo atrás sobre discussões propriamente econômicas, a fim de salientar ganhos de compreensão da realidade ao se oferecer uma visão que envolva uma teoria da interpretação que aborde aspectos institucionais e preocupações com a formatação de processos contínuos de aprendizagem também institucional. Partindo destas premissas, são oferecidos dois debates desenvolvidos pelo movimento constitucionalista moderno, quais sejam, o exame de capacidades institucionais em decisões judiciais e o diálogo dinâmico entre atores constitucionais, de modo a robustecer a compreensão e a otimização jurídica de processos de desenvolvimento.

Palavras-Chave: *Law and Development*. Constitucionalismo. Institucionalismo. Diálogo institucional.

Abstract: The academic debate on law and development sometimes overlooks propaedeutic aspects related to the political environment in which new legal-economic frameworks are proposed and inserted. Building upon the current landscape of the academic discussion on law and development, this article aims to take a step back from purely economic discussions in order to highlight gains in understanding reality by offering a perspective that involves a theory of interpretation addressing institutional aspects and concerns with the shaping of continuous institutional learning processes. Building upon these premises, two debates developed by the modern constitutionalist movement are offered, namely, the examination of institutional capacities in judicial decisions and the dynamic dialogue among constitutional actors, in order to strengthen the understanding and legal optimization of development processes.

Keywords: Law and Development. Constitutionalism. Institutionalism. Institutional dialogue.

INTRODUÇÃO

O Direito e desenvolvimento, atualmente, já não pode mais ser considerado uma novidade acadêmica. No entanto, para um debate já quase sexagenário, é de se admirar sua capacidade de reinvenção. Neste trabalho, pretendo expor duas novas possibilidades de questionamento para o tema. Ambas estão relacionadas à

¹ Graduado em Direito pela Universidade de São Paulo – Largo São Francisco – e Especialista em Direito Público pela Escola Paulista da Magistratura. É assessor judiciário de primeira instância no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.



possibilidade de dar-se um passo atrás aos aspectos diretamente econômicos. Esta postura tem como premissa a noção de que a organização de um ambiente institucional que favoreça a atividade econômica e, conseqüentemente, o desenvolvimento, requer a existência preliminar de um ambiente político e jurídico adequado a tal tarefa. O que entendo por “adequado” será apresentado ao longo do trabalho.

Assim, entendo que pode haver um ganho epistemológico no debate sobre o direito e desenvolvimento caso este englobe duas preocupações: (i) Em primeiro lugar, entendo haver uma carência no debate sobre direito e desenvolvimento relacionada à possibilidade de formação de uma teoria da interpretação que leve em conta aspectos institucionais. (ii) Em segundo lugar e em certa medida envolvendo de modo mais abrangente o primeiro ponto, acredito que o modelo de constitucionalismo empregado por determinada comunidade política influencia significativamente a capacidade dessa comunidade não só de desencadear o desenvolvimento, mas mais importante, sua capacidade de torná-lo um processo contínuo.

Algumas premissas são fundamentais à concessão dos objetivos deste trabalho. Primeiramente, compartilho a visão de que o desenvolvimento é um processo histórico. Isto significa que o desenrolar do processo de desenvolvimento é, ele próprio, capaz de criar novos pontos de tensão que, ao longo do tempo, podem oferecer resistência à continuação do processo de desenvolvimento. A visão institucional histórica pressupõe que instituições são também, nalguma medida, formadas a partir da acomodação de interesses e na canalização destes interesses para espaços de decisão. O institucionalismo histórico, portanto, pressupõe permanente conflito de interesses no interior da *polity* (HALL e TAYLOR, 1996, p. 937).

A política de aumento de juros cambiais para controle inflacionário nos cabe aqui como exemplo. Um governo que dispõe de opções escassas pode encontrar no aumento dos juros básicos uma ferramenta eficiente para o controle inflacionário. Como consequência negativa, o aumento do “preço do dinheiro” impacta negativamente as taxas de investimento. Em um governo bem-intencionado, no entanto, o aumento dos juros pode ser explicado pelas várias origens possíveis do fenômeno inflacionário e pela noção de que muitas dessas variáveis são temporárias. Neste sentido, o aumento dos juros funcionaria como uma ferramenta igualmente temporária. Cessados os fatores que geram a expectativa de inflação, o mesmo governo daria seguimento ao rebaixamento das taxas de juros e à recuperação das

taxas de investimento. Na prática, no entanto, o segundo movimento (redução das taxas de juros) encontra mais empecilhos do que incentivos, como, e.g., os apontados pela rápida e resumida análise teórica acima. O aumento das taxas de juros gera como externalidade o empoderamento de parcelas do setor financeiro que, fortalecidas pelo período em que as taxas se mantiveram altas, poderão oferecer resistência ao retorno das taxas de juros aos patamares anteriores. O exemplo das taxas de juros sintetiza a ideia de que estratégias de desenvolvimento podem ser minadas pelas externalidades produzidas pela própria estratégia ao longo de sua implementação.

O institucionalismo histórico enfatiza que a assimetria de poder e informações está diretamente associada à operacionalização e ao desenvolvimento de instituições. (HALL e TAYLOR, 1996, p. 938). Isto significa que, em boa medida, políticas de desenvolvimento devem contemplar mecanismos específicos voltados para o relaxamento de pontos de tensão formados no decorrer do processo de desenvolvimento. Um ambiente institucional adequado, portanto, deve ser capaz de aprender, ou seja, estar imerso num processo contínuo de aprendizagem com as experiências de implementação, sejam elas bem-sucedidas ou malsucedidas. Este é, em larga medida, o argumento de Charles Sabel a favor do *bootstrapping* ou *process view*.

The process or bootstrapping view, in contrast, assumes that even in the absence of market distortions, growth requires continuing social learning. The goal therefore is to create institutions that can learn to identify and mitigate different, successive constraints on growth, including of course such constraints as arise from defects in the current organization of the learning institutions themselves. (SABEL, 2005, p. 06).

Para os fins deste trabalho, me parece importante ressaltar ainda um segundo pressuposto teórico. Tal pressuposto aproxima este trabalho de uma corrente específica dentro do Direito e Desenvolvimento que entende o Direito como Desenvolvimento (Law as Development). Entendo que a apresentação que aqui faço, apesar de se aproximar, não se confunde com o law as development. O que há é apenas a partilha de certas ideias em comum.

A produção de riqueza por óbvio é essencial ao ser humano. O modo mais raso de perceber esta afirmação se dá pela possibilidade de “libertar-se” o ser humano de preocupações básicas como alimentação, moradia, vestimenta e etc. No entanto, esta libertação não é completa se não acompanhada pela promoção da construção de

relações sociais que possibilitem às pessoas se desenvolverem como seres autônomos. É o caso, e.g., quando da sobreposição de um grupo étnico sobre o outro, em que o grupo menos favorecido é impedido de manifestar sua própria cultura. No sentido mais profundo, este tipo de proibição impede que nós possamos nos apresentar ao mundo como aquilo que entendemos que somos. Assim, a criação de mecanismo jurídicos que impeçam tais cenários pode ser vista, ela própria, como a conquista de um patamar mais elevado de desenvolvimento social. Nesta acepção, o Direito, *lato sensu*, é um fim em si mesmo contingente ao desenvolvimento (PRADO, 2010, p. 05).

Para os fins deste trabalho, há uma pequena diferença de grau quanto à premissa de que o direito, por si só, representa desenvolvimento. O fator de concordância está relacionado ao modo como o constitucionalismo foi desenvolvido e remodelado nos últimos 70 anos. O constitucionalismo, nessa concepção atual, deve ser visto como um objetivo (achievement) que, apesar de aceitar variações, não é compatível com todo e qualquer conteúdo. Dois aspectos são fundamentais a este conteúdo mínimo: o estabelecimento de uma relação de legitimidade para as regras do jogo e o exercício da regulação da atividade daqueles que comandam. Existe, portanto, um exercício de equilíbrio entre a presença da (i) legitimidade democrática da origem do poder público e a (ii) limitação do poder governamental erigido pelo próprio princípio democrático. Isto indica duas conclusões: A mais óbvia é aquela que diz que uma constituição que privilegia apenas um desses conteúdos (legitimidade democrática sem governo limitado ou o contrário) não contempla as expectativas do constitucionalismo (GRIMM, 2010, p. 10). A aproximação do constitucionalismo à noção de “objetivo” ou mais acertadamente um “objetivo no/em processo” o conecta com a noção de direito como desenvolvimento. A própria identificação de um núcleo fundamental ao constitucionalismo também serve de alicerce a esta tese. Nesta perspectiva, portanto, a existência de uma constituição que contemple o núcleo mínimo representa um aspecto do desenvolvimento do tipo proposto pelo *law as development*².

² Esta discussão, segundo Kevin Davis e Michael Trebilcock foi reacendida na segunda metade do século XX, em boa parte pela adoção em massa por vários países de modelos de constituição e controle de constitucionalidade, bem como direitos fundamentais que corporificavam a noção de desenvolvimento em si mesmos. cf. DAVIS, Kevin e TREBILCOCK, Michael. **The Relationship between Law and Development: Optimists Versus Skeptics**. 2008, p. 14-15.

A aproximação, no entanto, só vai até certo ponto. A adoção do constitucionalismo como fim em si mesmo pode obscurecer aspectos importantes de seu funcionamento interno. Neste sentido, interações entre poderes políticos, ainda que reguladas pela constituição, representam uma parcela importante do fenômeno a ser observado e podem influenciar substancialmente a formulação de políticas e decisões constitucionais. Em síntese, o constitucionalismo pode representar, por si só, um estágio de desenvolvimento, mas sua completa efetivação depende da conjuntura institucional que o materializa.

Assim, é uma premissa fundamental deste trabalho que o constitucionalismo é também um processo de aprendizagem institucional e que este processo de aprendizagem é fator essencial e necessário à efetivação de suas propostas normativas (no caso do constitucionalismo, podemos reduzir esta proposta à diminuição da arbitrariedade nas tomadas de decisão), influenciando, conseqüentemente a possibilidade de formar-se um ambiente institucional adequado à promoção do processo de desenvolvimento.

Estes são os pontos de partida sob os quais pretendo apresentar duas contribuições possíveis a que o constitucionalismo pode se prestar para o debate sobre direito e desenvolvimento.

2. DESENVOLVIMENTO E INSTITUIÇÕES NA DECISÃO JUDICIAL.

De fato, boa parte da discussão acerca de direito e desenvolvimento tem sido feita sobre a viabilidade de tal ideia, seja esta viabilidade em termos práticos (real possibilidade do direito influenciar ou gerar desenvolvimento) seja em termos normativos (caso de indagar-se se é moralmente correto que o desenvolvimento seja entregue ao Estado como representação do direito)³.

Este viés aponta para um tipo de meta-discussão sobre o law and development que obstaculiza a concessão de uma maior atenção para possibilidade de se injetar esta discussão no dia-dia dos tribunais. Em poucas palavras, acredito que haveria um ganho epistemológico se o law and development fosse um pouco mais salpicado pelo *law in action* dos tribunais.

Em uma comunidade política dada, não é de se admirar que por vezes questões de grande impacto econômico cheguem em algum momento à tribuna de juízes. A

³ Neste sentido PRADO, Mariana **What is Law & Development**, 2010. e TRUBECK, David. **Law and Development 50 years on**. 2012.



decisão judicial, portanto, assumirá, em determinadas circunstâncias, a responsabilidade de influenciar ou até mesmo criar políticas de desenvolvimento. Um olhar mais aprofundado diria que a decisão judicial goza de força suficiente para, se não produzir, no mínimo modelar de forma significativa o ambiente institucional e as próprias instituições que nele operam. Entendo que uma teoria da interpretação⁴ do *law and development* teria a vantagem de levar em consideração aspectos institucionais que são em geral esquecidos.

Esta deficiência, diga-se a verdade, não deve ser apontada como consequência apenas da displicência do debate sobre direito e desenvolvimento. Boa parte da teoria do direito do século XX também não dá a devida atenção aos aspectos institucionais da interpretação jurídica. Na realidade, existe um tipo de ponto cego na maioria dessas empreitadas acadêmicas (SUNSTEIN e VERMEULE, 2002, p. 02).

Uma virada institucional da interpretação jurídica traria à decisão a responsabilidade de analisar juridicamente: (i) as consequências produzidas pela decisão e (ii) a capacidade da instituição de administrar e receber as informações necessárias (inputs) e em produzir os resultados (outcomes) desejados. Na realidade boa parte das teorias da interpretação levam em conta nalguma medida estas considerações, suas deficiências, no entanto, partem da assunção *a priori* e estática sobre os aspectos institucionais, o que engessaria a análise dos dois pontos ressaltados (SUNSTEIN e VERMEULE, 2003, p. 973).

Estes dois aspectos podem ser sintetizados pela ideia de capacidade institucional e efeitos dinâmicos da decisão. O primeiro desloca a questão de como princípios e textos jurídicos devem ser interpretados para a questão de averiguar-se como determinadas instituições deveriam interpretar levando em conta suas vantagens e limitações comparativas em relação às demais instituições (SUNSTEIN e VERMEULE, 2002, p. 02). Assim, uma análise institucional de uma decisão constitucional pode indicar que “é mais constitucional” que determinada matéria seja escrutinada pelo legislativo ou pelo executivo. Isto não significa que o tribunal deva deixar de decidir, mas que sua decisão deve ser moldada, em determinadas circunstâncias, por uma maior abertura à revisão legislativa ou executiva ou que a decisão judicial deva estimular a atividade legislativa/executiva.

⁴ Para os fins deste trabalho tomo como sinônimos os termos teoria da argumentação, teoria da interpretação e teoria da decisão judicial.

Significa também que é possível determinar em quais situações o processo judicial pede maiores ajustes ou aproximações a um modelo legislativo, como, e.g. decidindo em que casos deve ser necessário uma audiência pública ou uma decisão plenária ou em câmaras (pressupõe-se que o ordenamento admita alguma discricionariedade à corte na definição de algumas etapas do procedimento).

Os efeitos dinâmicos podem ser comparados às externalidades produzidas pela decisão judicial, mais especificamente ao risco de que a decisão injete doses de incerteza no sistema, além de gerar desincentivos à participação de outras instituições na produção de decisões (SUNSTEIN e VERMEULE, 2002, p. 02). Num grau mais agudo, a falta de sensibilidade do tribunal ao julgar poderia levar à formação de cenários distorcidos com a *democratic debilitation*, identificado por Tushnet, em que o legislativo encontra grandes incentivos em deixar de pronunciar sobre temas constitucionais, confiando a decisão aos tribunais. Uma democracia constitucional deveria se preocupar com uma situação como esta por, pelo menos, dois motivos: (i) Primeiro porque as decisões mais importantes são cada vez mais tomadas por órgãos não eletivos, o que diminui consideravelmente natureza democrática do processo de tomada de decisão. (ii) Paralelamente, tem-se como importante para a formulação da decisão que a corte receba quantidades adequadas de informações acerca da controvérsia. Como grande parte destas informações é gerada pelo próprio processo legislativo, a inexistência de uma decisão pelo parlamento pode gerar um deficit de informações que a corte poderia julgar importantes para sua tomada de decisão, caso deles dispusessem, diminuindo ainda mais a qualidade do processo de tomada de decisão daquela comunidade política em específico (TUSHNET, 1995, p. 275).

A virada institucional da interpretação jurídica, nesse sentido, não deve ser entendida como uma desconsideração da interpretação jurídica *stricto sensu*, aquela que limita-se a estabelecer o significado do comando legal (seja por meio de técnicas gramaticais, históricas, teleológicas ou sistemáticas). O que o approach institucionalista faz é reconhecer que esta postura é insuficiente para lidar com problemas mais amplos da organização de instituições na tomada de decisões (SUNSTEIN e VERMEULE, 2002, 04).

A introdução de aspectos institucionais na interpretação se torna ainda mais interessante quando direitos fundamentais são postos em embate. O seguinte exemplo pode ser ilustrativo. Estados distintos de uma federação regulam ou proíbem a utilização de amianto pela indústria utilizando-se de diferentes argumentos. A



situação torna-se complicada quando o judiciário é levado a decidir sobre inconstitucionalidade por omissão do poder legislativo de determinado estado que não possui lei proibindo o uso de amianto em certas situações, sob alegação de que a falta de regulação/proibição viola o dever constitucional daquele estado em proteger o meio ambiente e a saúde das pessoas, tal qual fez os demais poderes legislativos dos estados em que existe legislação proibindo o amianto. O cerne da argumentação aqui reside na imposição de efetivar-se direitos fundamentais (no caso saúde e proteção ao meio ambiente). Por outro lado, a defesa daquele estado é baseada na ideia de que o uso do amianto promove certa indústria e, por consequência, o desenvolvimento daquele estado. A decisão sobre a inconstitucionalidade por omissão nessa situação demanda do judiciário uma decisão sobre projetos e entendimentos distintos acerca do que deve ser o desenvolvimento e de sua compatibilidade com a constituição (seja a federal do país hipotético ou do estado em questão). Para qualquer dos lados (o que proíbe o amianto ou o que mantém a regulação que permite/incentiva o amianto), uma decisão que se baseie apenas no significado da constituição ou “naquilo que a constituição diria” sobre o caso seria incompleta sob o ponto de vista do institucionalismo. Isto porque é possível imaginar que os princípios e regras adotados pela constituição também façam distinções relevantes sobre o modo como determinadas decisões devam ser tomadas, levando-se em consideração questões como o impacto, abrangência e dissenso moral dentre outras variáveis presentes no caso sob análise. Tais considerações, se levadas em conta no momento da interpretação, poderiam modificar substancialmente o resultado final da decisão, e.g. através da adoção de uma solução que privilegie ou compartilhe com os demais agentes políticos a responsabilidade final pelo dissídio.

Casos como o deste exemplo hipotético revelam que a preocupação com aspectos institucionais pode demonstra-se uma boa porta de entrada para a introdução de aspectos do direito e desenvolvimento na atuação de tribunais. Além disso, a discussão institucional acerca do desenvolvimento no interior da interpretação jurídica conecta o debate sobre desenvolvimento com o próprio controle do modo como instituições se manifestam e interagem umas com as outras. Boa parte destas preocupações está inclusa na segunda contribuição possível que o debate sobre o constitucionalismo contemporâneo pode oferecer ao debate sobre direito e desenvolvimento.

3. CONSTITUCIONALISMO DINÂMICO, DESENVOLVIMENTO DINÂMICO.

O constitucionalismo atual está baseado numa percepção dinâmica das relações institucionais. Tal posição teórica pode ser em boa medida identificada na introdução de aspectos institucionais na interpretação jurídica. Tentarei correlacionar esta visão institucional da interpretação com um cenário maior em que a interação entre instituições como cortes constitucionais e parlamentos é dinâmica e fundamental para a pretensão de se evitar distorções e desequilíbrios nestas relações de interação. A ligação com a ideia de constitucionalismo, a partir desse ponto, é intuitiva.

Para os fins deste artigo, utilizo uma noção mais abrangente de constitucionalismo, que em poucas palavras pode ser compreendida como uma corrente teórico-normativa que visa canalizar e controlar as manifestações de poder político como mecanismo de legitimação. Com esta concepção mais larga, busco identificar um aspecto comum aos distintos modelos de constitucionalismo desenvolvidos ao longo dos últimos 70 anos pelo menos, qual seja a pretensão de controlar-se a arbitrariedade decisória (*politics*) nos processos de tomada de decisão política (*policies*) em determinada comunidade política (*polity*).

Assim, pode-se dizer que uma preocupação moderna do constitucionalismo reside não só sobre o arquiteto institucional (aquele que formula os arranjos institucionais de uma ordem constitucional), mas também sobre os participantes do arranjo institucional montado pelo arquiteto. Para os fins deste trabalho vou me focar especificamente na interação entre cortes e parlamentos.

Tribunais e Parlamentos não atuam no vazio político⁵, suas ações são, nalguma medida, influenciadas pelas posições assumidas pelos demais participantes do jogo político. Significa dizer, portanto, que Cortes e Parlamentos podem interagir não só

⁵ Cortes e Parlamentos atuam num sentido político que não, necessariamente, está relacionado à implementação de preferências pessoais, mas à percepção de como as respostas institucionais (decisão judicial ou uma proposição legislativa) serão recebidas e operacionalizadas pelos demais agentes políticos. Cf. MENDES, Conrado Hübner, **Neither last Word nor dialogue – Deliberative Separation of powers 3**, 2011, pg. 12. Neste sentido, p.ex, Theunis Roux, ao analisar o “sucesso” da Corte Constitucional Sul-Africana, afirma que aquele Tribunal obteve sucesso não só no sentido de angariar capital social e respeito frente à comunidade jurídica, mas também graças à capacidade própria da Corte de perceber o ambiente político pós-Apartheid, e ainda sim, ser capaz de implementar seu “veto role”. Cf. ROUX, Theunis, **The Politics of Principle: the first south african constitutional court. 1995-2005**, 2013, pg. 16. Pickerill, por outro lado, demonstra que em períodos de maior atividade judicial (especificamente o reconhecimento de vícios de inconstitucionalidade) sobre o tema Federalismo, por parte da Suprema Corte dos EUA, o Congresso Norte-Americano adotou muito mais cautelas nas análises de propostas de lei. Pickerill concluiu que a presença do risco do judicial review era capaz de influenciar a atividade legislativa e aumentar a dedicação do Congresso à deliberação constitucional. Cf. PICKERILL, J. Mtichell. **Constitutional Deliberation in Congress**, 2004, pg. 93-94.

com o ambiente político que as rodeiam, mas também que estas instituições podem interagir entre si.

Existe alguma reticência na teoria tradicional em afirmar que juízas realizam ponderações políticas. Minha atenção aqui não se prende à noção mais lata de juízo político, relacionada à escolha de pontos de vista pessoais e interesses na tomada de decisão. Meu foco está na percepção de que Tribunais percebem o ambiente político em que suas decisões entraram em vigor, e a potencialidade de tais decisões serem ou não cumpridas. Uma preocupação diferente, mas não excludente, em relação àquela derivada da introjeção de aspectos institucionais na interpretação jurídica.

Assim, cortes têm de, em algum momento, lidar com a reatividade política dos demais agentes componentes da comunidade política, ou seja, a corte tem de se perguntar como devem ser implementadas aquelas razões e princípios que o tribunal entende serem devidos por meio da Constituição (BICKEL, 1986, p. 69).

A reatividade política, portanto, existe tanto para dentro da decisão da corte, quanto para fora. O judiciário participa, nesse sentido, da construção não só jurídica, mas também política dos temas constitucionais, num aspecto que é dificilmente percebido por teorias da interpretação.

The participation of the court in politics is more imaginative than the common sense supposes. It does not only apply the law, but may also creatively lead the public agenda by awakening dormant topics, by pointing to new horizons and prompting reactions. This is not captured by theories of interpretation, which do not allow us to read the rich strategic web in which the court is enmeshed. Bickel clarifies this dimension of judicial decision-making, and shows that "last word" is a "matter of degree". For him, the life expectancy of a principle is rarely more than one or two generations. The court's decisions will always be provisional, a truism that does not receive due account by theories of last word. (MENDES, 2009, 07).

A relação entre corte e política é largamente explorada por Theunis Roux (2013). Baseando-se nos primeiros 10 anos de vida da corte constitucional sul-africana pós-apartheid, Roux empreendeu-se em tentar explicar como a corte constitucional, numa conjuntura de recém quebra com um regime de segregação social, conseguiu obter sucesso. O argumento de Roux começa pela pergunta sobre o que significa sucesso para uma Corte Constitucional. Para o autor, a vitória da corte sul-africana não pode deixar de ser percebida em dois aspectos: (i) primeiro ela foi capaz de cumprir seu papel de veto, que significa que a corte detinha força suficiente para fazer valer preceitos constitucionais em face dos atos legislativos e executivos,

ou seja, ser capaz de declarar a inconstitucionalidade. (ii) Além disso, a corte foi capaz de construir uma enorme reputação internacional e nacional frente à comunidade jurídica (ROUX, 2013, p. 16)

Por um lado, a fragilidade política da recém democracia sul-africana representava o ambiente perfeito para que governos não cumprissem com as decisões da Corte ou ainda que à atacassem politicamente⁶. Por outro lado, a necessidade conjuntural de que a corte manejassem certa tensão entre direito e política não contaminou a produção jurídica do Tribunal, contribuindo para o aumento do prestígio da corte frente à comunidade jurídica.

O argumento de Roux segue a ideia de que juízes são constantemente constrangidos tanto pela política quanto pelo direito. No entanto, uma corte altamente constrangida pela política não deve ser tida como essencialmente oposta a uma corte altamente constrangida pelo direito, como se opostos em uma linha (2013, p. 78).

Cortes são simultaneamente constrangidas tanto pelo direito quanto pela política, no sentido de que, ao mesmo tempo que têm de ser responsivas quanto ao modo como o direito e as normas jurídicas devem ser operacionalizados (especialmente tal qual entende a comunidade política), cortes também têm de perceber os movimentos políticos para poder implementar suas decisões, bem como sua capacidade não de não sofre ataques políticos, mas de sobreviver a eles (ROUX, 2013, p. 84-87).

No caso sul-africano, os primeiros 10 anos da corte foram marcados por dois períodos distintos, um entre 1994-1996 em que a corte possuía apoio político por uma série de fatores, entre eles a estrutura de adoção da constituição de 1996, que previa um tipo de “check-out” da própria Constituição pela corte naquele ano, e outro período pós-1996, em que o apoio do ANC (African National Congress), partido dominante, declinou consideravelmente, expondo bem mais a Corte a ataques políticos. No entanto, como coloca Roux, a corte foi capaz de sobreviver e ainda sim construir uma

⁶ “*The switch in time that saved nine*”. Esta frase anedótica faz referência ao resultado de sucessivos embates entre a Suprema Corte Norte-Americana e o Presidente Franklin Delano Roosevelt em meados da década de 30. Face à jurisprudência refratária às políticas do New Deal, chegou-se a articular uma reforma judiciária que aumentaria o número de juízes da Suprema Corte de nove para 15. Assim, o presidente poderia indicar novos nomes para o tribunal, formando maioria no julgamento das políticas do New Deal. No entanto, como relata a frase anedota, a suprema corte modificou seu entendimento sobre uma série de temas, diminuindo consideravelmente as objeções às políticas do New Deal, o que fez a proposta de reforma ser esquecida nos arquivos do Congresso. Este fato exemplifica o tipo de ataque político que uma corte constitucional pode estar sujeita quando maneja atenção entre direito e política. É contra este tipo de ameaça que Roux fala que a Corte Sul-Africana soube lidar sem perder sua independência nem deixar de cumprir com suas convicções.

respeitável jurisprudência na efetivação de direitos sociais, graças, em especial à atuação da própria corte em manejar a tensão entre direito e política (2013, p. 171-172).

A percepção deste tipo específico de relação entre cortes e parlamentos revela parcela fundamental do fenômeno jurídico que não pode ser captado por uma teoria da isolada da interpretação, como já ressaltado. A própria noção de constitucionalismo tem de se adequar à natureza dinâmica das interações institucionais. Não adequação implicaria a adoção de um modelo de constitucionalismo anacrônico, que dificilmente perceberia situações nas quais o poder normativo de cortes é continuamente ameaçado. O mesmo valendo para a situação contrária, em que o entendimento da corte é utilizado para colonizar a capacidade do parlamento de apresentar-se como participante do jogo político em paridade de forças frente a corte.

O constitucionalismo, nesse sentido pode oferecer uma contribuição substancial ao debate sobre direito e desenvolvimento que se conecta com a natureza do desenvolvimento como processo de aprendizagem. Neste sentido, cabe aqui uma crítica à visão de Sabel, segundo a qual, o processo de aprendizado (bootstrapping view) só é possível fora de situações de *infernal traps*⁷ (SABEL, 2005, p. 07).

Entendo que, na realidade, o processo de interação entre agente político, objeto de trabalho de um constitucionalismo dinâmico, já é por si só um processo de aprendizagem institucional. Cortes e parlamentos, e.g. testam continuamente seus espaços decisórios, modificando suas posições de legitimidade em face da constituição (MENDES, 2011, p. 10). Neste sentido, não existiriam situações absolutas de *infernal traps*, mas diferentes manifestações em graus distintos de nós institucionais e políticos. O constitucionalismo, se entendimento como ferramenta, destina-se justamente a entender os processos de formação do que Sabel chama de *infernal traps* e de desconstrução destas mesmas, num processo muito semelhante ao bootstrapping.

⁷ *Infernal traps* são definidas como situações em que “market failures aggravating and aggravated by government failures aggravating and aggravated by political failures and failures of civil society—bootstrapping is stopped before it gets off to a (potentially self-re-enforcing) start.” Cf. SABEL, Charles, **Bootstrapping Development: Rethinking the Role of Public Intervention in Promoting Growth**. 2005, p. 07. Falhas de governo e falhas políticas, dentro de uma concepção mais abrangente e dinâmica de constitucionalismo como a proposta neste trabalho, são justamente situações sobre as quais a arbitrariedade na tomada de decisões pode aflorar e, portanto, são situações sobre as quais o constitucionalismo está vocacionado a se debruçar e entender.



Desse modo, não haveria uma incompatibilidade entre a possibilidade de utilização do bootstrapping view e a presença de infernal traps. Há verdadeira confluência, desde que tal confluência seja intermediada por uma concepção de constitucionalismo dinâmico. Esta, portanto, é uma contribuição fundamental a ser dada pelo constitucionalismo ao debate sobre direito e desenvolvimento.

4. CONCLUSÃO

O debate sobre direito e desenvolvimento tem se reinventado ao longo dos últimos 60 anos e muito disso se deve à introdução de novos pontos de vistas e parâmetros de análise. Acredito que o constitucionalismo contemporâneo, muito mais atento à *law in action*, do que suas versões passadas, evoluiu em grande parte graças à percepção de que o controle da arbitrariedade nos processos de tomada de decisão vai além do rápido momento de prolação de uma decisão.

Decisões, interpretações e posições políticas estão, até certo ponto, vinculadas mais à conjuntura histórica e política de seu tempo do que meramente à vontade individual de seus decisores. A “política” é um processo contínuo de contestações e revisões de decisões. Nisso, discussões sobre o desenvolvimento tem muito a ganhar se incorporarem a crítica institucional desde antes dos aspectos mais diretamente ligados ao mundo econômico, aqueles direcionados ao modo como decisões são tomadas e construídas. Isto envolve tanto uma percepção interpretativa da decisão judicial como também uma visão macro do modo como instituições interagem. E nestes quesitos, o debate sobre constitucionalismo tem muito a oferecer ao *law and development*. No mesmo sentido, entendo que o constitucionalismo também tem a ganhar se incorporar aspectos do direito e desenvolvimento, mas esta afirmação merece um outro momento de discussão que não cabe neste trabalho.

**REFERÊNCIAS**

BICKEL, Alexander. **The least dangerous Branch: The Supreme Court at the bar of politics**. 2ª ed. New Haven: Yale University Press, 1986.

DAVIS, Kevin e TREBILCOCK, Michael. **The Relationship between Law and Development: Optimists Versus Skeptics**. Law and Economics Reasearching Paper Series. Nº 08-14. 2008.

GRIMM, Diter. **The achivement of the Constitucionalism and its Prospects in a changed World**. In. LOUGHLIN, Martin e DOBNER, Petra. **The Twilight of Constitutionalism**. Oxford University Press. 2010.

HALL, Peter A. e TAYLOR, Rosemary, C. R. **Political Science and the Three New Institucionalism**. Cambridge, Political Science Studies v. 45. 1996.

MENDES, Conrado H. **Not the last word, but dialogue – Deliberative Separation of Powers 2**. Legisprudence, v. 3, n. 2, 2009.

_____. **Neither last Word nor dialogue – Deliberative Separation of powers 3**. Legisprudence, v. 5, n. 1, 2011.

PRADO, Mariana **What is Law & Development**. Revista Argentina de Teoria jurídica. 2010.

PICKERILL, J. Mtichell. **Constitutional Deliberation in Congress: The impact of Judicial Review in a Separated System**. Duke University Press, 2004.

ROUX, Theunis. **The Politics of Principle: the first south african constitutional court. 1995-2005**. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

SABEL, Charles. **Bootstrapping Development: Rethinking the Role of Public Intervention in Promoting Growth**. Apresentado no “the Protestant Ethic and Spirit of Capitalism Conference”. Cornell University. 2005.

SUNSTEIN, Cass e VERMUELE, Adrian. **Interpretation and Institutions**. Public Law and Legal Theory Working Paper. nº. 28. 2002.

_____. **Interpretative Theory Infancy: A reply to Posner**. Michigan Law Review. 972. 2003

TRUBECK, David. **Law and Development 50 years on**. Legal Studies Research Paper Series. Nº 1212. 2012.



TUSHNET, Mark, **Dialogue and Constitutional Duty**, Havard Public law Working Paper, n. 12-10, 2012.

A NOVA SISTEMÁTICA DA INDISPONIBILIDADE DE BENS E DA PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE NO ÂMBITO DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E SUA EFICÁCIA RETROATIVA

THE NEW SYSTEMATICS OF ASSET UNAVAILABILITY AND STATUTE OF LIMITATIONS THE SCOPE OF ADMINISTRATIVE MISCONDUCT AND ITS RETROACTIVE EFFECTIVENESS

Thiago Portes Vieira de Souza¹

Resumo: O presente trabalho busca, inicialmente, analisar duas relevantes alterações na Lei de Improbidade Administrativa decorrentes do advento da Lei 14.230/2021. A primeira delas é a inclusão expressa do requisito do *periculum in mora* para a concessão de medida de indisponibilidade de bens, alterando a posição anteriormente firmada pela jurisprudência de prescindibilidade de comprovação do risco de dano, diante do silêncio legal. A segunda toca à novel sistemática da prescrição intercorrente, que acarretou diversos debates, seja sobre sua constitucionalidade, seu alcance ou sua aplicação nos processos já em curso. Após, quanto ao cerne do trabalho, buscou-se fazer uma análise destrinchada sobre a possibilidade de aplicação retroativa da Lei 14.230/2021, diante da natureza de direito administrativo sancionador da Lei 8429/92 e a atração do artigo 5º, XL, CRFB/88.

Palavras-Chave: Improbidade administrativa; indisponibilidade de bens; prescrição intercorrente; aplicação retroativa; retroatividade; Lei 14.230/2021.

Abstract: The scope of this study is to analyze two relevant changes in the Law of Administrative Improbability resulting from the advent of Law 14.230/2021. The first one is the explicit inclusion of the *periculum in mora* requirement for the granting of measures of asset freeze, altering the position previously established by jurisprudence of dispensability of proof of risk of harm, in the face of legal silence. The second concerns the novel system of Statute of limitations, which has sparked various debates, whether on its constitutionality, scope, or its application in ongoing proceedings. Afterwards, regarding the core of the study, an in-depth analysis was made of the possibility of retroactive application of Law 14.230/2021, considering the punitive administrative nature of Law 8.429/92 and the attraction of Article 5, XL, CRFB/88.

Keywords: Administrative Improbability; Asset Freeze; Intercurrent Prescription; Retroactive Application; Retroactivity; Law 14.230/2021.

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 trouxe, em seu artigo 37, a exigência de observância, pela Administração Pública, de relevantes princípios: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. O §4º do referido dispositivo foi ainda além e, demonstrando a grande preocupação com os atos de improbidade,

¹ Delegado de Polícia do Estado do Rio de Janeiro. Especialista em Direito e Advocacia Pública pela Escola Superior de Advocacia Pública (ESAP/PGE-RJ) (2022). Email: thportes26@gmail.com.

previu as sanções cabíveis, a serem disciplinadas por lei. Foi neste contexto que, em 1992, foi editada a Lei 8.429: a lei de improbidade administrativa.

Nada obstante a inegável relevância da Lei 8.429/1992 para a tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa frente aos atos de improbidade², não ficou indene de críticas e controvérsias.

Começando pela ausência de definição e clareza do conceito de improbidade administrativa, passando pelos tipos perigosamente abertos – aqui especialmente relevante as sanções pela violação de princípios de baixa densidade normativa - e a inclusão em um microssistema de tutela coletiva que, por ser plural, carece de uma teoria geral robusta, a Lei 8.429/1992 recebeu diversas críticas dos operadores do direito. A lei, tal como posta, acabou por permitir diferentes aplicações e interpretações.

De um lado vigia a necessidade de perquirição e sanção de condutas ímprobas que, talvez por conta do foro por prerrogativa de função, deixava de ser aplicada na esfera penal, aflorando a sensação de impunidade. De outro, a preocupação com a dureza da lei e com sua aplicação irresponsável, o que recentemente se tentou arrefecer por meio da Lei de Abuso de Autoridade (Lei 13.869/2019).

Passados cerca de 30 (trinta) anos, foi editada a Lei 14.230/2021 que alterou quase a totalidade da Lei 8.429/1992, sendo as principais mudanças trazidas: (i) a extinção da modalidade culposa de improbidade, exigindo a lei a presença de dolo específico (artigo 1º, §2º); (ii) a atribuição de legitimidade exclusiva ao Ministério Público para sua propositura (artigo 17, caput)³; (iii) a exigência de instrução da petição inicial com indícios suficientes e conduta individualizada; (iv) a prescrição intercorrente; (v) a taxatividade da lista dos atos configuradores de improbidade (artigo 11); (vi) a exigência de demonstração de *periculum in mora* para a decretação de

² NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de processo coletivo: volume único. 3ª ed. Salvador: Ed. Juspodivum, 2016, p. 58.

³ É oportuno registrar que o dispositivo legal atinente à legitimidade exclusiva do Ministério Público teve sua eficácia suspensa por decisão monocrática da lavra do Min. Alexandre de Moraes, ad referendum do Plenário, no bojo das ADI 7.042 MC/DF e ADI 7.043 MC/DF (DJ Nr. 33 do dia 21/02/2022). No mesmo sentido, Bruno Dubeux, André Ury e Thiago Araújo sustentam que “Ao definir a legitimidade privativa do Ministério Público para propor ações de improbidade administrativa, retirando a legitimidade do ente lesado, os deputados diminuem sensivelmente a força deste último nas negociações do acordo de leniência. E mais, a própria utilidade do acordo como instrumento efetivo no combate à corrupção fica reduzida. A razão é que as provas obtidas servirão para a propositura de ações de improbidade somente quando o Ministério Público concordar em aderir ao acordo celebrado pelo Ente lesado.” (Disponível em: <<https://blogs.oglobo.globo.com/opiniao/post/o-projeto-de-alteracao-da-lei-de-improbidade-e-retirada-da-legitimidade-do-ente-lesado.html>>. Acesso em: 07/06/2022)



indisponibilidade dos bens do acusado (artigo 16, §3º). A temática é extremamente relevante na prática, eis que diversas dessas alterações introduzidas pela Lei 14.230/2021 são consideradas mais benéficas para os acusados de praticar ato de improbidade.

As supramencionadas alterações iniciaram uma nova rodada de críticas, sendo um dos temas mais polêmicos a discussão acerca da possibilidade de sua aplicação retroativa. A celeuma gira em torno da possibilidade de aplicação do princípio constitucional da lei penal mais benéfica, insculpido no artigo 5º, XL da CRFB/88 no âmbito do direito administrativo sancionador.

Sem pretensão de exaurir os debates travados em torno da Lei de Improbidade, com as alterações trazidas pela Lei 14.230/2021, o presente trabalho debruçar-se-á sobre alguns aspectos processuais de aplicação prática relevante, tendo como objeto principal a indisponibilidade de bens do réu e a prescrição intercorrente e suas decorrências, o que perpassará também sobre a análise da retroatividade da Lei.

Buscar-se-á, com isso, comprovar a tese de que as novas modelagens legais dos institutos da indisponibilidade de bens e da prescrição intercorrente devem ser aplicadas de imediato aos processos em curso, porquanto retroagem aos atos de improbidades cometidos antes da vigência da nova legislação.

2. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A APLICAÇÃO DA LEI NO TEMPO

Antes de debruçar sobre as repercussões processuais da alteração da lei de improbidade e sua aplicação retroativa, necessário revolver relevantes premissas sobre a aplicação da lei no tempo.

No âmbito constitucional, extrai-se, *ab initio*, que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”, consoante dispõe o artigo 5º, XXXVI. Ou seja, em regra, a lei deve ter eficácia prospectiva, não atingindo o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, de modo a garantir, com isso, a segurança jurídica das relações sociais⁴.

⁴ Neste sentido leciona a doutrina, citando Maximiliano: “a irretroatividade das normas é a pedra de toque do direito intertemporal: ‘o princípio da irretroatividade é um filho do progresso; estratificou-se evolutivamente; portanto, embora impando de modernismo, retrógrados se revelam os que se insurgem contra ele. Primitivamente imperava a irrestrita aplicabilidade da lei aos fatos anteriores’ (MAXIMILIANO, 1946 p. 50)” (GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz; ROQUE, Andre Vasconcelos e OLIVEIRA JR., Zulmar Duarte. Comentários ao Código de Processo Civil. 4ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 39.

Em capítulo dedicado ao tema, Daniel Sarmento expõe o sentido e alcance da norma constitucional:

“(...) o entendimento dominante no país, adotado inclusive pelo Supremo Tribunal Federal, é no sentido de que o nosso ordenamento filiou-se à teoria subjetiva, que teve no italiano Francesco Gabba o seu maior expoente, a qual se centra na noção de direito adquirido. De acordo com conhecida definição de Gabba, ‘é adquirido todo o direito que: a) é consequência de um fato idôneo a produzi-lo, em virtude da lei do tempo no qual o fato se realizou, embora a ocasião de fazê-lo valer não se tenha apresentado antes da atuação de uma lei nova a respeito do mesmo, e que b) nos termos da lei sob o império da qual se verificou o fato de onde se origina, passou a fazer parte do patrimônio de quem o adquiriu.’”⁵.

Tal preceito é aplicável às normas de direito material e processual de natureza civil.

Nesse passo, dando concretude a tal comando da Carta Magna e aplicando a teoria do isolamento dos atos processuais, o Código de Processo Civil prevê, em seu artigo 14, que “a norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada”.

Dito de outro modo, a norma processual é aplicável imediatamente aos processos em curso, entendendo-se os atos processuais de forma isolada, preservando aqueles anteriormente praticados, à luz do princípio do *tempus regit actum*⁶.

De outro lado, contudo, em relação à aplicação temporal das normas penais, a Constituição da República confere tratamento distinto, eis que prevê, no artigo 5º, inciso XL, que “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”.

Com isso, tem-se o princípio da retroatividade da lei penal mais benigna, como ensina Cezar Roberto Bittencourt:

“Toda lei penal, seja de natureza processual, seja de natureza material, que, de alguma forma, amplie as garantias de liberdade do indivíduo, reduza as proibições e, por extensão, as consequências negativas do crime, seja ampliando o campo da licitude penal, seja abolindo tipos penais, seja refletindo nas excludentes de criminalidade ou mesmo nas dirimentes de

⁵ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho. 2. Ed., 8. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 549.

⁶ GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz; ROQUE, Andre Vasconcelos e OLIVEIRA JR., Zulmar Duarte. Comentários ao Código de Processo Civil. 4ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 39.

culpabilidade, é considerada lei mais benigna, digna de receber, quando for o caso, os atributos da retroatividade (...)”⁷.

Como se verá mais adiante, a peculiaridade da Lei de improbidade administrativa é que ela, por um lado, aplica a lei processual civil (artigo 17 da Lei 8429/92⁸) para regulamentar seu procedimento, e de outro, por sua natureza de direito administrativo sancionador (artigo 1º, §4º da Lei 8429/92), atrai a aplicação de postulados aplicáveis ao direito penal.

Feita essa pequena consideração, passa-se a analisar os institutos da indisponibilidade de bens e da prescrição intercorrente no âmbito da Lei de Improbidade Administrativa.

3. SEQUESTRO E INDISPONIBILIDADE DE BENS

3.1. Necessidade de demonstração do *periculum in mora*

O artigo 16 da Lei de Improbidade previa, em sua redação original, o sequestro dos bens do agente público ou terceiro acusado de ato ímprobo. Por sua vez, o artigo 7º e seu parágrafo único previam a indisponibilidade de bens do acusado.

Nada obstante ser tratado como medida cautelar, a lei mencionava expressamente apenas a necessidade de comprovação do *fumus boni iuris*, nada mencionando sobre a exigência do *periculum in mora*:

“Art. 16. Havendo fundados indícios de responsabilidade, a comissão representará ao Ministério Público ou à procuradoria do órgão para que requeira ao juízo competente a decretação do seqüestro dos bens do agente ou terceiro que tenha enriquecido ilicitamente ou causado dano ao patrimônio público.

§ 1º O pedido de seqüestro será processado de acordo com o disposto nos arts. 822 e 825 do Código de Processo Civil.

§ 2º Quando for o caso, o pedido incluirá a investigação, o exame e o bloqueio de bens, contas bancárias e aplicações financeiras mantidas pelo indiciado no exterior, nos termos da lei e dos tratados internacionais.

Art. 7º Quando o ato de improbidade causar lesão ao patrimônio público ou ensejar enriquecimento ilícito, caberá a autoridade administrativa responsável pelo inquérito representar ao Ministério Público, para a indisponibilidade dos bens do indiciado.

Parágrafo único. A indisponibilidade a que se refere o caput deste artigo recairá sobre bens que assegurem o integral ressarcimento do dano, ou sobre o acréscimo patrimonial resultante do enriquecimento ilícito.”

⁷ BITTENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral – 15. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 185.

⁸ Lei 8429/92, Art. 17. A ação para a aplicação das sanções de que trata esta Lei será proposta pelo Ministério Público e seguirá o procedimento comum previsto na Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), salvo o disposto nesta Lei.

Neste contexto, o Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento, decidido em sede de julgamento pela sistemática dos recursos repetitivos, que, nada obstante se tratar de medida de natureza cautelar, seria dispensável a comprovação do periculum in mora, eis que este era considerado “implícito ao comando normativo do artigo 7º, §2º da Lei de Improbidade Administrativa”⁹.

A doutrina majoritária seguia a mesma linha, porém justificava a desnecessidade de demonstração do perigo na demora atribuindo natureza de tutela da evidência à medida de indisponibilidade de bens do artigo 7º, §2º da Lei 8.429/92. Isto é: por se tratar a indisponibilidade de tutela da evidência (e não cautelar), existindo razoáveis indícios da prática de atos de improbidade administrativa, seria possível a sua decretação, independentemente da demonstração do perigo na demora, que seria presumido

Neste sentido, sustenta Edilson Vitorelli:

“Portanto, a indisponibilidade de bens, na forma do artigo 7º da LIA, não exige a demonstração de perigo na demora, o qual é presumido na hipótese em que existirem razoáveis indícios da prática de ato de improbidade administrativa, assemelhando-se à hipótese de tutela de evidência.”¹⁰.

Esse cenário, contudo, mudou com as alterações incluídas pela Lei 14.230/2021. Isso porque a redação do artigo 7º foi completamente modificada, deixando de tratar da indisponibilidade de bens. Já o artigo 16, com a nova redação, passou a mencionar, no lugar de “sequestro”, a “indisponibilidade” de bens, exigindo expressamente para tanto, em seu §3º, a demonstração de perigo de dano irreparável ou risco ao resultado útil do processo, além da probabilidade do direito:

“Art. 16. Na ação por improbidade administrativa poderá ser formulado, em caráter antecedente ou incidente, pedido de indisponibilidade de bens dos réus, a fim de garantir a integral recomposição do erário ou do acréscimo patrimonial resultante de enriquecimento ilícito.

§ 3º O pedido de indisponibilidade de bens a que se refere o caput deste artigo apenas será deferido mediante a demonstração no caso concreto de perigo de dano irreparável ou de risco ao resultado útil do processo, desde que o juiz se convença da probabilidade da ocorrência dos atos descritos na petição inicial com fundamento nos respectivos elementos de instrução, após a oitiva do réu em 5 (cinco) dias.”

⁹ STJ. REsp 1366721/BA, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Rel. para Acórdão Ministro Og Fernandes, Primeira Seção, julgado em 26/02/2014, DJe 19/09/2014.

¹⁰ VITORELLI, Edilson (org.), Manual de Direitos Difusos. 2ª ed. Salvador: Juspodivum, 2019, p. 639.

De se ver, assim, que a Lei 14.230/2021, ao trazer a expressa exigência de comprovação do *periculum in mora* alterou substancialmente o cenário até então vigente.

Se antes, em quase a totalidade das ações de improbidade administrativa, era requerida e decretada a indisponibilidade de bens do acusado, com base meramente nos indícios de veracidade dos fatos alegados pelo autor da ação, agora tal medida não poderá ser mais a regra. Caberá ao Ministério Público demonstrar efetivamente o risco de dilapidação patrimonial no caso concreto a justificar a decretação de indisponibilidade de bens do acusado.

Dito de outro modo, a previsão legal enseja maior cautela, seja do Autor requerente, seja do magistrado ao analisar o pedido, que não deve, como já exposto, se limitar à verificação do *fumus boni iuris*, mas também do *periculum in mora* para a decretação da indisponibilidade.

3.2. Aplicação imediata da alteração legal: possibilidade de reanálise das medidas de caráter provisório

Outro ponto relevante no que tange à indisponibilidade dos bens é que, diferentemente das demais alterações da Lei de Improbidade, não se faz necessária a discussão acerca de sua aplicação retroativa. Isso por um motivo simples: a indisponibilidade de bens é tutela provisória e, portanto, precária.

É que, conforme Cabral e Cremer, “a cognição sumária indica essa provisoriedade da medida antecipada e autoriza sua revogabilidade ou modificação a partir de circunstâncias concretas fáticas ou jurídicas”¹¹.

Seja se considerada como tutela de urgência de natureza cautelar, seja se considerada como tutela de evidência, fato é que ambas são subespécies de tutela provisória que, por sua própria essência, é marcada pela precariedade, podendo ser a qualquer tempo revisitada e revogada, nos termos do artigo 296 do Código de Processo Civil¹².

Superada a premissa de que, como tutela provisória que é, a indisponibilidade pode ser revista a qualquer tempo, passa-se a outra premissa de igual importância: a

¹¹ CABRAL, Antônio do Passo; e CRAMER, Ronaldo (Coord.). Comentários ao Novo Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2015, fls. 533.

¹² CPC, Artigo 296: A tutela provisória conserva sua eficácia na pendência do processo, mas pode, a qualquer tempo, ser revogada ou modificada.

alteração na Lei de Improbidade que incluiu, no artigo 16, §3º, o requisito da demonstração de *periculum in mora*, possui natureza processual e, considerando a teoria do isolamento dos atos processuais¹³, aplica-se imediatamente aos novos atos praticados (artigo 14, CPC/15).

Disso decorre uma relevante consequência, qual seja, a possibilidade de reanálise das medidas de indisponibilidade decretadas, que deverão agora ser revistas à luz do novo requisito de demonstração do *periculum in mora*. Não estando preenchido o requisito exigido pela Lei, a medida de indisponibilidade deverá ser revogada.

Assim, tratando-se de matéria processual de aplicabilidade imediata, não há qualquer óbice para que, em se tratando de medida provisória, seja requerida ao Juízo a reanálise da medida, que deverá levar em conta a nova exigência da comprovação do perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo.

4. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE

A Lei 8429/1992, em sua redação originária, não trazia qualquer previsão sobre a existência de prescrição intercorrente no bojo da ação civil pública para a análise de atos ímprobos.

Apesar do silêncio legal, o tema acerca da aplicação da prescrição intercorrente nas ações de improbidade administrativa foi levado ao Superior Tribunal de Justiça, que firmou jurisprudência tranquila no sentido da inaplicabilidade¹⁴. O fundamento para tanto era exatamente a falta de previsão legal e o fato de que o artigo 23 da Lei de Improbidade previa apenas prazo quinquenal para o ajuizamento da ação.

Fato é que, com a alteração pela Lei 14.230/21, a prescrição intercorrente passou a ter previsão expressa no artigo 23, §8º c/c §5º:

Art. 23. A ação para a aplicação das sanções previstas nesta Lei prescreve em 8 (oito) anos, contados a partir da ocorrência do fato ou, no caso de infrações permanentes, do dia em que cessou a permanência.

¹³ “O legislador brasileiro, ao tratar da eficácia da norma processual no tempo, optou pelo sistema do isolamento dos atos processuais, segundo o qual a lei nova se aplica imediatamente a todos os atos que forem subsequentes a sua entrada em vigor.” (PINHO, Humberto Dalla Bernardino de. Manual de direito processual civil contemporâneo. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 126).

¹⁴ STJ. AgInt no REsp 1872310/PR, Primeira Turma, Relator Ministro Benedito Gonçalves, julgado em 05/10/2021, DJe 08/10/2021; STJ. REsp 1.721.025/SE, Segunda Turma, Relator Min. Herman Benjamin, DJe 2/8/2018; STJ. AgInt no AREsp 962.059/PI, Primeira Turma, Relator Min. Benedito Gonçalves, DJe 29/5/2017.

§ 5º Interrompida a prescrição, o prazo recomeça a correr do dia da interrupção, pela metade do prazo previsto no caput deste artigo.

§ 8º O juiz ou o tribunal, depois de ouvido o Ministério Público, deverá, de ofício ou a requerimento da parte interessada, reconhecer a prescrição intercorrente da pretensão sancionadora e decretá-la de imediato, caso, entre os marcos interruptivos referidos no § 4º, transcorra o prazo previsto no § 5º deste artigo.

Diante dessa novel regulamentação, surgiram duas discussões acerca do instituto, que serão a seguir tratadas.

4.1. (In) Constitucionalidade da prescrição intercorrente

A inserção da prescrição intercorrente no procedimento das ações de improbidade administrativa trouxe algumas dúvidas e questionamentos, inclusive quanto a sua constitucionalidade.

Aqueles que defendem a inconstitucionalidade da prescrição intercorrente no âmbito da improbidade administrativa sustentam sua tese no argumento de que o princípio da probidade está previsto na Constituição Federal e, para que ele possa ser efetivado, necessária a garantia de meios processuais e materiais para tanto.

Com base nesse raciocínio, defendem que, ao estabelecer prazo de prescrição intercorrente de quatro anos, a Lei 14.230/2021 teria debilitado, de modo desproporcional, a ação de improbidade administrativa que, por sua complexidade, reclama longa dilação probatória.

Foi com base nesses argumentos que o Juízo da 6ª Vara Cível de Londrina proferiu sentença negando a aplicação da prescrição intercorrente em caso concreto em que já havia decorrido mais de quatro anos da citação¹⁵.

Contudo, se é bem verdade que a Constituição assegura a proteção à probidade administrativa, também é verdade que a duração razoável do processo configura direito fundamental, insculpido no artigo 5º, LXXVIII.

Ora, evidente, assim, que o legislador, cumprindo seu papel de regulamentar a Constituição, ponderou ambos os princípios constitucionais, sendo certo que no próprio art. 37, §5º o constituinte delegou ao legislador a fixação de prazo prescricional para atos de improbidade.

Tudo isso colocado, é de se concluir que a Lei 14.230/2021, ao acrescentar o artigo 23, §8º à Lei 8429/92, desempenha bem a conformação legislativa dos

¹⁵ TJPR. Processo nº 24500-77.2017.8.16.0014, juiz Marcos Jose Vieira, proferida em 18/11/2021.

mandamentos constitucionais, de modo a evitar a morosidade dos referidos processos punitivos e os prejuízos ao investigado que daí decorrem.

4.2. Demora imputada ao serviço judiciário

Ainda no contexto de aplicação da novel previsão acerca da prescrição intercorrente, mencione-se que o Ministério Público Federal editou a “Orientação nº 12/5ª CCR”, que teve por fim fixar diretrizes iniciais sobre a Lei 14.230/2021.

Neste documento, o órgão ministerial apresenta a posição de que “a prescrição intercorrente não ocorre se a demora na solução do feito é imputável ao serviço judiciário, pois ‘a parte não será prejudicada pela demora imputável exclusivamente ao serviço judiciário (artigo 240, §3º do CPC)’”.

Não parece ser este o melhor entendimento, contudo.

Em primeiro lugar, não há na Lei 14.230/2021 qualquer exigência de imputação de “culpa pela demora”, sendo a regra prescricional objetiva como deve ser: passados quatro anos entre os marcos interruptivos previstos em lei, caracterizada estará a prescrição intercorrente.

Em segundo lugar, o dispositivo legal utilizado pelo Parquet em sua argumentação não possui relação com a prescrição intercorrente aqui tratada. Basta uma leitura do artigo 240 do Código Civil em sua totalidade para que se note o seu objeto: o §2º estabelece como dever do Autor adotar as providências para viabilizar a citação do réu no prazo de 10 (dez) dias, sob pena de não se operar o efeito de interrupção da prescrição, previsto no §1º. O §3º vem então neste contexto, ao prever que a parte autora não será prejudicada pela demora na citação que possa ser imputada ao Poder Judiciário.

A prescrição intercorrente, como instituto garantidor da duração razoável do processo, deve ser interpretada tal como posta na lei, sem a inclusão de limitações inexistentes.

4.3. Aplicação retroativa

Superada as questões materiais acerca da aplicação da prescrição intercorrente no âmbito da Lei de Improbidade Administrativa, exsurge outra de igual relevância: a possibilidade de aplicação do referido instituto para processos que já se encontravam em curso quando da publicação da Lei 14.230/2021.

Parte da doutrina, capitaneada pelos membros do Ministério Público, vem, em um esforço hermenêutico, defendendo a impossibilidade de aplicação retroativa da Lei 14.230/2021. Baseiam sua argumentação na “vedação ao retrocesso no enfrentamento de condutas ímprobas ou práticas corruptivas” bem como na “vedação de aplicação híbrida de regimes disciplinares apenas para beneficiar infratores”¹⁶.

No que tange especificamente à prescrição intercorrente, o órgão ministerial federal orienta no sentido de que tal instituto teria “índole exclusivamente processual”, de forma que sujeita “ao princípio do *tempus regit actum*, contando-se os prazos do artigo 23, §4º da LIA somente a partir da entrada em vigor da Lei 14.230/2021”¹⁷.

A discussão, então, perpassa sobre a definição da natureza jurídica da prescrição intercorrente. Isto é: teria a prescrição intercorrente natureza de direito processual ou material?

A discussão é antiga e suscita basicamente a existência de duas posições jurisprudenciais. A primeira defende que a prescrição intercorrente teria natureza processual, uma vez que se aproxima muito mais da perempção ou da preclusão do que da própria prescrição¹⁸. O Superior Tribunal de Justiça possui precedentes antigos no sentido de que a prescrição intercorrente teria natureza material¹⁹.

A segunda, afirma que a prescrição intercorrente teria efeitos no campo material, de modo que sua natureza seria híbrida ou material. Mais recentemente, no julgamento do primeiro ‘Incidente de Assunção de Competência’, que versava sobre o cabimento da prescrição intercorrente e a eventual imprescindibilidade de intimação prévia do credor, o Ministro Relator Marco Aurélio Bellizze ratificou o referido entendimento pela sua natureza de direito material²⁰.

Colocada, então, a posição majoritária e ao nosso ver mais acertada de que a prescrição intercorrente possui natureza material, na medida em que guarda estreita ligação com o poder punitivo estatal, e considerando que os atos de improbidade administrativa se encontram no campo do Direito Administrativo Sancionador, grande

¹⁶ Orientação nº 12/5ª CCR do Ministério Público Federal.

¹⁷ Idem.

¹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Execução. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 252.

¹⁹ STJ. REsp 149.767/MG, Primeira Turma, Rel. Ministro Milton Luiz Pereira, julgado em 14/12/1999, DJ 08/03/2000.

²⁰ “Destarte, a prescrição intercorrente, tratando-se em seu cerne de prescrição, tem natureza jurídica de direito material e deve observar os prazos previstos em lei substantiva, em especial, no Código Civil, inclusive quanto a seu termo inicial”. (STJ. EREsp nº 1604412/SC, Segunda Seção, Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, julgado em 27/06/2018, DJ 22/08/2018).

parte da doutrina vem defendendo a aplicação retroativa do artigo 23, §8º da Lei de Improbidade, para alcançar processos que já estavam em curso, com base no artigo 5º, XL da Constituição Federal.

O referido dispositivo constitucional prevê, *a contrario sensu*, que a lei penal retroagirá para beneficiar o réu.

Nesse diapasão, merece registro, a bem da discussão, entendimento em sentido contrário capitaneado por Alexander Araujo de Souza e Renata Christino Cossatis²¹, para quem os princípios do direito penal não devem ser aplicados aos atos de improbidade administrativa:

“A Constituição da República de 1988 estabeleceu, em seu art. 5º, XL, que “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”. No mesmo sentido, a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) foi explícita em estabelecer que “ninguém pode ser condenado por ações ou omissões que, no momento em que forem cometidas, não sejam delituosas, de acordo com o direito aplicável. Tampouco se pode impor pena mais grave que a aplicável no momento da perpetração do delito. Se depois da perpetração do delito a lei dispuser a imposição de pena mais leve, o delinquente será por isso beneficiado”. A retroatividade em matéria penal da *lex mitior*, portanto, constitui exceção ao princípio geral da irretroatividade das leis.

Referida exceção encontra sua justificativa no fato de o Direito Penal se consubstanciar na *ultima ratio* em matéria punitiva, o mais potente poder de que dispõe o Estado de limitar a liberdade de seus súditos. Justamente em razão disso, conta este ramo do direito com princípios próprios, cuja aplicação não encontra justificativa em relação aos demais sistemas.

(...)

Assim, a exceção relativa à retroatividade da lei penal mais benéfica ao transgressor não deve ser interpretada extensivamente, mas remanescer nos estritos parâmetros das normas penais repressivas. Isto foi o que almejou explicitamente o constituinte de 1988, pois não estatuiu simplesmente que a “lei” (civil ou administrativa) não retroagirá, salvo para beneficiar o réu; ao contrário, circunscreveu a possibilidade de retroação à “lei penal” mais benéfica. Igualmente o fez a já citada Convenção Americana de Direitos Humanos ao se referir expressamente a condutas “delituosas”.

Como já se assentou, possuindo, portanto, as sanções aos atos de improbidade natureza cível, ainda que se queira, sob a roupagem das expressões direito administrativo “sancionador” ou “disciplinar”, equipará-las às penas criminais, impossível aplicar-se a retroatividade da lei mais benéfica ao ímprobo. A propósito, a própria Lei nº 14.230/21, em seu art. 1º, § 4º, estabeleceu que se aplicam “ao sistema da improbidade disciplinado nesta Lei os princípios constitucionais do direito administrativo sancionador”. Ora, esta regra se refere não aos princípios constitucionais de direito penal, mas expressamente aos princípios do direito administrativo sancionador (como o contraditório e a ampla defesa, assegurados expressamente no art. 5º, LV, da Constituição da República, aos “litigantes, em processo judicial ou administrativo”). E não há a menor sombra de dúvidas de que o princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica (art. 5º, LX) encontra-se constitucionalmente limitado, de maneira estrita, à seara criminal.

²¹ Disponível em: <https://temasjuridicospdf.com/corruptissima-republica-plurimae-leges-retroatividade-da-nova-lei-de-improbidade-administrativa-lei-no-14-230-2021/#_ftn19>. Acesso em 05/06/2022

A título de exemplo, relativamente à prescrição dos atos de improbidade administrativa, com os novos prazos e regras trazidos pela Lei nº 14.230/21, estes decididamente devem reger apenas as situações jurídicas aperfeiçoadas após a sua entrada em vigor, jamais aquelas constituídas sob a égide das disposições vigentes anteriormente.”

Apesar do brilhantismo dos autores, entendemos que, nada obstante não tratarem os atos de improbidade administrativa de ilícitos penais, são enquadrados no campo do Direito Administrativo sancionador, que também decorre do *ius puniendi* estatal. Não há diferença ontológica entre o direito penal e o direito administrativo sancionador, mas apenas distinção de regimes jurídicos²².

No sentido ausência de distinção ontológica, defende Fernando Capez²³:

“A questão que se coloca é sobre a incidência imediata da nova prescrição intercorrente aos casos em andamento, ou seja, se ela retroagirá para alcançar fatos praticados antes de sua entrada em vigor, extinguindo as ações em curso há mais de quatro anos sem decisão condenatória.

Em nossa obra "Limites Constitucionais à Lei de Improbidade", já indagávamos quais os critérios dogmáticos para definir a natureza de um ilícito como penal, civil ou administrativo. Haveria algum método científico para uma distinção ontológica ou mera opção discricionária do legislador, orientado por critérios de política criminal?

A pesquisa doutrinária coletada no livro apontava para a inexistência de critério científico para distinção entre infração penal e ato de improbidade. ‘Na ausência de uma distinção ontológica entre os ilícitos, não há um critério científico a delinear a sua natureza jurídica. Sucede que, num estudo aprofundado da Lei de Improbidade, percebe-se a existência de ilícitos em diplomas extrapenais que, em tese, possuiriam elemento de ilícito penal. Assim, formalmente não são penais, mas sua essência impõe a mesma carga repressiva’.

Muito embora não sejam reportados formalmente como de natureza penal, os ilícitos trazidos na LIA impõem os mesmos gravames aos direitos e garantias individuais. Dessa maneira, ante a inexistência de critérios dogmáticos para estabelecer distinção ontológica entre ato de improbidade administrativa e infração penal, importa verificar qual a intensidade dos efeitos de suas penas sobre a esfera individual do cidadão, para então, assegurar a incidência das mesmas garantias constitucionais.

(...)

A relevância da discussão acerca dos princípios incidentes sobre a Lei nº 8.429/92 não está na natureza dos atos de improbidade (penal ou extrapenal), mas na intensidade de suas sanções, assegurando-se ao cidadão o mesmo círculo de proteção das garantias constitucionais, para sanções com a mesma carga repressiva de crimes.

A título de exemplo, no crime de peculato, CP, artigo 312, caput, a pena mínima cominada é de dois anos de reclusão, o que possibilita a suspensão condicional da pena (CP, artigo 77); substituição por restritiva de direitos (CP,

²² HALPERN, Erick e OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. A retroatividade da lei mais benéfica no Direito Administrativo sancionador e a reforma da Lei de Improbidade pela Lei 14.230/2021, Zênite Fácil, categoria Doutrina, 09 dez. 2021. Disponível em: <http://www.zenitefacil.com.br>. Acesso em: 17/02/2022.

²³ Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-dez-02/controversias-juridicas-retroatividade-in-mellius-prescricao-intercorrente-lei-improbidade>>. Acesso em: 07/06/2022.

artigo 44) ou multa (CP, artigo 44, I), ou ainda regime aberto (CP, artigo 33, § 2º, "c").

Caso seja condenado pelo equivalente ato de improbidade (LIA, artigo 9º), ficará sujeito a sanções igualmente restritivas, como perda de bens e função pública, suspensão dos direitos políticos por até 14 anos, pagamento de multa civil equivalente ao valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o poder público pelo prazo não superior a 14 anos."

Assim é que o Direito Administrativo sancionador também é submetido à observância dos princípios e garantias constitucionais fundamentais²⁴ aplicáveis ao direito penal²⁵, dentre eles: i) legalidade (art. 5º, II e XXXIX; art. 37); ii) irretroatividade (art. 5º, XL); iii) pessoalidade da pena (art. 5º, XLV); iv) individualização da pena (art. 5º, XLVI); e) devido processo legal (art. 5º, LIV); v) contraditório e ampla defesa (art. 5º, LV); vi) razoabilidade e proporcionalidade (art. 1º e art. 5º, LIV).

Em reforço, o próprio artigo 1º, §4º da Lei de Improbidade passou a prescrever a aplicação dos princípios constitucionais do direito administrativo sancionador.

Embora a questão específica acerca da aplicação retroativa das alterações da Lei de Improbidade Administrativa não tenha ainda alcançado os Tribunais Superiores²⁶, eis que recente, a lógica da retroatividade da lei mais benéfica para o direito administrativo sancionador já foi firmada e aplicada algumas vezes pelo Superior Tribunal de Justiça.

No julgamento do Recurso em Mandado de Segurança nº 37.031/SP, por exemplo, a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça afirmou expressamente que "o princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica, insculpido no art. 5º, XL, da Constituição da República, alcança as leis que disciplinam o direito administrativo sancionador²⁷".

²⁴ BINENBOJM, Gustavo. O direito administrativo sancionador e o estatuto constitucional do poder punitivo estatal: possibilidades, limites e aspectos controvertidos da regulação no setor de revenda de combustíveis. Revista de Direito da Procuradoria Geral, Rio de Janeiro, edição especial: Administração Pública, risco e segurança jurídica, 2014, p. 470. E MELO, Rafael Munhoz de. Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador: as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988, São Paulo: Malheiros, 2007, p. 104

²⁵ MEDINA, José Miguel Garcia. Ação Civil Pública – Improbidade administrativa. Revista dos Tribunais, vol. 813, set/2003, p. 126-136 e MEDINA, José Miguel Garcia; GUIMARÃES, Rafael Oliveira. O ônus da prova na ação de improbidade administrativa, Revista dos Tribunais, vol. 867, jan/2008, p. 70/82.

²⁶ O Supremo Tribunal Federal iniciou votação para afetação do tema sob o regime de Repercussão Geral no âmbito do ARE 843989. Até o momento, seis ministros já votaram pela afetação no plenário virtual (Alexandre de Moraes, Rosa Weber, Dias Toffoli, Roberto Barroso, Ricardo Lewandowski e Edson Fachin).

²⁷ STJ. RMS 37.031/SP, PRIMEIRA TURMA, Relatora Ministra Regina Helena Costa, julgado em 08/02/2018, DJe 20/02/2018.

Isso colocado, há forte posição pela aplicação retroativa das normas mais benéficas no campo da improbidade, com fulcro no argumento de que o artigo 5º, XL da CRFV/88 é aplicável ao direito administrativo sancionador²⁸, razão pela qual não haveria de se negar tal retroatividade ao instituto da prescrição intercorrente.

4.4. Consequências processuais para os processos já em curso

Considerando a constitucionalidade e a aplicação retroativa do instituto da prescrição intercorrente no âmbito da improbidade administrativa, passa-se a analisar suas consequências para os processos que já se encontravam em trâmite.

De início, diga-se que, na esteira do artigo 493 do Código de Processo Civil²⁹ e constituindo a Lei 14.230/2021 fato novo que influencia no julgamento do mérito das ações de improbidade administrativa, devem as partes ser intimadas a se manifestar sobre seus impactos no processo em curso. Da mesma forma, o magistrado deve, no momento da sentença, levar em conta seus efeitos. A mesma sistemática também se aplica para os processos que já se encontram em 2ª instância, nos termos do artigo 933 do Código de Processo Civil³⁰.

Rafael Oliveira e Erick Halpern mencionam que, na hipótese de ser reconhecida a prescrição intercorrente, o processo deve ser extinto com resolução de mérito pela impossibilidade jurídica do pedido que, com o advento do Código de Processo Civil de 2015, passou a ser uma questão de mérito e não mais uma condição da ação³¹.

Se, por um lado, acertada a solução pela extinção do processo com resolução de mérito, por outro não parece que o melhor fundamento seja a impossibilidade jurídica do pedido. Isso porque o artigo 487 do Código de Processo Civil, em seu inciso

²⁸ NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Comentários à Reforma da Lei de Improbidade Administrativa. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

²⁹ CPC, Artigo 493: Se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento do mérito, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a decisão. Parágrafo único. Se constatar de ofício o fato novo, o juiz ouvirá as partes sobre ele antes de decidir.

³⁰ CPC, Artigo 933: Se o relator constatar a ocorrência de fato superveniente à decisão recorrida ou a existência de questão apreciável de ofício ainda não examinada que devam ser considerados no julgamento do recurso, intimará as partes para que se manifestem no prazo de 5 (cinco) dias. § 1º Se a constatação ocorrer durante a sessão de julgamento, esse será imediatamente suspenso a fim de que as partes se manifestem especificamente. § 2º Se a constatação se der em vista dos autos, deverá o juiz que a solicitou encaminhá-los ao relator, que tomará as providências previstas no caput e, em seguida, solicitará a inclusão do feito em pauta para prosseguimento do julgamento, com submissão integral da nova questão aos julgadores.

³¹ HALPERN, Erick e OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. A retroatividade da lei mais benéfica no Direito Administrativo sancionador e a reforma da Lei de Improbidade pela Lei 14.230/2021, Zênite Fácil, categoria Doutrina, 09 dez. 2021. Disponível em: <<http://www.zenitefacil.com.br>>. Acesso em: 17/02/2022.

II, prevê a extinção com resolução de mérito pela prescrição, não havendo necessidade de se socorrer de outro instituto, ante a previsão expressa já existente.

Reconhecida, assim, a prescrição intercorrente, aplica-se o artigo 354, CPC/15³², que permitirá o julgamento conforme o estado do processo, sem a necessidade que se estenda por toda a fase instrutória, sendo, desde logo, proferida sentença.

Por fim, mencione-se que há ainda posição doutrinária pela possibilidade de ajuizamento de ação rescisória, dentro do prazo decadencial de 2 (dois) anos, para desconstituir sanções aplicadas antes da vigência das modificações pela Lei 14.230/2021³³.

A referida solução, contudo, depende de um esforço hermenêutico, haja vista que o artigo 966, CPC/15, que elenca as hipóteses taxativas de cabimento da ação rescisória não menciona expressamente a modificação legal – ainda que mais benéfica – em nenhum de seus incisos.

A situação poderia se enquadrar no inciso V do artigo 966, que prevê o cabimento da ação rescisória para as hipóteses em que a decisão violou “manifestamente norma jurídica”. A dificuldade é que, quando proferida a decisão, o parâmetro legal que se diz violado era inexistente.

Trata-se de situação análoga àquela da mudança de orientação dos Tribunais Superiores, contexto no qual o Supremo Tribunal Federal já firmou entendimento, em julgamento com repercussão geral, de que “não cabe ação rescisória quando o julgado estiver em harmonia com o entendimento firmado pelo Plenário do Supremo à época da formalização do acórdão rescindendo, ainda que ocorra posterior superação do precedente.³⁴”, cuja ementa merece ser reproduzida:

“AÇÃO RESCISÓRIA. DIREITO TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS – IPI. CREDITAMENTO. COMPREENSÃO JURISPRUDENCIAL À ÉPOCA DO JULGAMENTO DA DECISÃO RESCINDENDA. SÚMULA 343 DO STF. 1. Não cabe ação rescisória quando o julgado estiver em harmonia com o entendimento

³² CPC/15, Art. 354. Ocorrendo qualquer das hipóteses previstas nos arts. 485 e 487, incisos II e III, o juiz proferirá sentença. Parágrafo único. A decisão a que se refere o caput pode dizer respeito a apenas parcela do processo, caso em que será impugnável por agravo de instrumento.

³³ HALPERN, Erick e OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. A retroatividade da lei mais benéfica no Direito Administrativo sancionador e a reforma da Lei de Improbidade pela Lei 14.230/2021, Zênite Fácil, categoria Doutrina, 09 dez. 2021. Disponível em: <<http://www.zenitefacil.com.br>>. Acesso em: 17/02/2022.

³⁴ STF. AR 2297, Tribunal Pleno, Relator Ministro Edson Fachin, julgado em 03/03/2021, DJe-21/05/2021.

firmado pelo Plenário do Supremo à época da formalização do acórdão rescindendo, ainda que ocorra posterior superação do precedente. Precedente: RE 590.809, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, DJe 24.11.2014. Súmula 343 do STF. 2. **A modificação posterior da diretriz jurisprudencial do STF não autoriza, sob esse fundamento, o ajuizamento de ação rescisória para desfazer acórdão que aplicara a firme jurisprudência até então vigente no próprio Tribunal.** No particular, antes reconhecia e depois veio a negar o direito a crédito de IPI em operações com mercadorias isentas ou com alíquota zero. Precedentes: AR 2.341, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski; AR 2.385, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, DJe 17.12.2015; e AR 2.370, de relatoria do Ministro Teori Zavascki, Tribunal Pleno, DJe 12.11.2015. 3. Ação rescisória não conhecida” (nosso grifo).

Nesse contexto, a *ratio decidendi* do precedente está em consonância com a nova sistemática introduzida pela LINDB em seu art. 22, no sentido de determinar a observância aos princípios da segurança jurídica e legítima confiança nos casos de alteração jurisprudencial, mesmo que decorrente de modificação legislativa. Vejamos o teor do referido dispositivo e de sua regulamentação pelo Decreto n. 9.830/19 (art. 6º), *in verbis*:

“Art. 23. A decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá prever regime de transição quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais.”

Art. 6º. A decisão administrativa que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado e impuser novo dever ou novo condicionamento de direito, preverá regime de transição, quando indispensável para que o novo dever ou o novo condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais.

§ 1º. A instituição do regime de transição será motivada na forma do disposto nos art. 2º, art. 3º ou art. 4º.

§ 2º. A motivação considerará as condições e o tempo necessário para o cumprimento proporcional, equânime e eficiente do novo dever ou do novo condicionamento de direito e os eventuais prejuízos aos interesses gerais.

§ 3º. Considera-se nova interpretação ou nova orientação aquela que altera o entendimento anterior consolidado.”

5. CONCLUSÃO

A Lei 14.230/2021 alterou substancialmente a Lei de Improbidade Administrativa, trazendo à baila novos institutos e redefinindo antigas discussões. Questões que há muito estavam sendo tratadas como pacíficas pela jurisprudência, precisarão, diante do novo cenário, ser revistas.

A indisponibilidade de bens do acusado de praticar ato de improbidade, que há muito vem sendo deferida sem a análise do requisito do *periculum in mora*, ganhou

novos contornos. Antes, diante do silêncio da Lei 8429/92, permitiu-se criar campo para a posição até então dominante de que o *periculum in mora* estaria presumido.

Com a nova redação dada ao artigo 16 e ao seu §3º, não há mais espaço para se falar em *periculum in mora* presumido, eis que o dispositivo é expresso ao determinar que “apenas será deferido mediante a demonstração no caso concreto de perigo de dano irreparável ou de risco ao resultado útil do processo”. Isto é: não basta a existência abstrata de risco de dano, sendo exigido que este seja demonstrado no caso concreto.

E, como visto, essa previsão, por ter índole processual, aplica-se imediatamente, permitindo, diante do caráter precário da tutela de urgência consubstanciada na indisponibilidade de bens, a sua revogação caso não preenchido o requisito legal.

Também de extrema relevância a inclusão, no procedimento de Improbidade Administrativa, do instituto da prescrição intercorrente, a fim de fazer valer a duração razoável do processo, garantia constitucionalmente prevista.

Se, por um lado, muito se fala sobre impunidade e abrandamento das punições com o advento da Lei 14.230/2021, por outro lado é preciso ter em mente que não eram raros os casos que o acusado permanecia por anos a fio submetido a um processo de improbidade, com o gravame da indisponibilidade de seus bens. Como não era exigida a comprovação de *periculum in mora*, a indisponibilidade de bens era concedida logo no início da maioria dos processos de improbidade administrativa que, em seguida, levava anos para ser encerrado.

Nessa linha de raciocínio, as alterações na Lei de Improbidade vieram em boa hora, de modo a equalizar a necessária e relevante apuração e punição dos atos ímprobos com as garantias constitucionais, evitando abusos e conferindo efetividade ao devido processo legal.

Tais alterações, por força do microsistema do direito administrativo sancionador, devem ser aplicadas de forma retroativa, a abranger atos praticados antes da vigência da Lei n. 14.230/2021, aplicando-se as normas do direito penal, especialmente o art. 5º, inciso XL, da CF/88.



REFERÊNCIAS

BINENBOJM, Gustavo. O direito administrativo sancionador e o estatuto constitucional do poder punitivo estatal: possibilidades, limites e aspectos controvertidos da regulação no setor de revenda de combustíveis. Revista de Direito da Procuradoria Geral, Rio de Janeiro, edição especial: Administração Pública, risco e segurança jurídica, 2014.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral – 15. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CABRAL, Antônio do Passo; e CRAMER, Ronaldo (Coord.). Comentários ao Novo Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz; ROQUE, Andre Vasconcelos e OLIVEIRA JR., Zulmar Duarte. Comentários ao Código de Processo Civil. 4ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

HALPERN, Erick e OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. A retroatividade da lei mais benéfica no Direito Administrativo sancionador e a reforma da Lei de Improbidade pela Lei 14.230/2021, Zênite Fácil, categoria Doutrina, 09 dez. 2021. Disponível em: <<http://www.zenitefacil.com.br>>. Acesso em: 17/02/2022.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Execução. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MEDINA, José Miguel Garcia. Ação Civil Pública – Improbidade administrativa. Revista dos Tribunais, vol. 813, set/2003.

MEDINA, José Miguel Garcia; GUIMARÃES, Rafael Oliveira. O ônus da prova na ação de improbidade administrativa, Revista dos Tribunais, vol. 867, jan/2008.

MELO, Rafael Munhoz de. Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador: as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988, São Paulo: Malheiros, 2007.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de processo coletivo: volume único. 3ª ed. Salvador: Ed. Juspodivum, 2016.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Comentários à Reforma da Lei de Improbidade Administrativa. Rio de Janeiro: Forense, 2022.



PINHO, Humberto Dalla Bernardino de. Manual de direito processual civil contemporâneo. São Paulo: Saraiva, 2020.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho. 2. Ed., 8. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 549.

STF. Tribunal Pleno, AR 2297, Relator Ministro Edson Fachin, julgado em 03/03/2021, DJe- 21/05/2021.

STJ, Primeira Seção REsp 1366721/BA, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Rel. para Acórdão Ministro Og Fernandes, julgado em 26/02/2014, DJe 19/09/2014.

_____. Primeira Turma, AgInt no REsp 1872310/PR, Relator Ministro Benedito Gonçalves, julgado em 05/10/2021, DJe 08/10/2021.

_____. Segunda Turma, REsp 1.721.025/SE, Relator Min. Herman Benjamin, DJe 2/8/2018

_____. Primeira Turma. AgInt no AREsp 962.059/PI, Relator Min. Benedito Gonçalves, DJe 29/5/2017.

_____. Primeira Turma, REsp 149.767/MG, Rel. Ministro Milton Luiz Pereira, julgado em 14/12/1999, DJ 08/03/2000.

_____. EREsp nº 1604412/SC, Segunda Seção, Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, julgado em 27/06/2018, DJ 22/08/2018.

_____. RMS 37.031/SP, PRIMEIRA TURMA, Relatora Ministra Regina Helena Costa, julgado em 08/02/2018, DJe 20/02/2018.

TJPR. 6ª Vara Cível de Londrina, Processo nº 24500-77.2017.8.16.0014, juiz Marcos Jose Vieira, proferida em 18/11/2021.

VITORELLI, Edilson (org.), Manual de Direitos Difusos. 2ª ed. Salvador: Juspodivum, 2019.

CONTRAÇÕES PÚBLICAS E A NOVA MODALIDADE DO DIÁLOGO COMPETITIVO

PUBLIC PROCUREMENT AND THE COMPETITIVE DIALOGUE

Mariana Arantes Ribeiro Landin¹

Resumo: O objetivo deste estudo consiste em analisar as normas que regulam o instituto do diálogo competitivo na União Europeia, bem como a experiência de diferentes países com a modalidade, comparando-a com a regulamentação prevista na Lei 14.133/21 e com a realidade brasileira. Diante da experiência com compras públicas obtida no país, nas últimas décadas, percebeu-se que nem sempre a Administração é capaz de definir, ao certo, o objeto de que necessita. Nesse diapasão, o diálogo competitivo se apresenta como uma modalidade licitatória voltada para situações em que a Administração sabe que precisa contratar, mas a necessidade pública é de tal complexidade que ela não consegue definir, por si só, o objeto da contratação. Para a pesquisa, utilizou-se de metodologia qualitativa, do estudo de direito comparado, bem como do método dialético. Ao longo do estudo, constatou-se que, embora alguns aspectos da regulamentação do diálogo na Lei 14.133/21 sejam passíveis de críticas, o saldo se mostra bastante positivo. O procedimento objetiva a transparência e democratização da construção de soluções, o que tem o potencial de diminuir a assimetria de informações entre os setores público e privado, resultando em contratações mais seguras e eficientes. Resta saber se o procedimento será, de fato, adotado, ou se tornará letra morta.

Palavras-Chave: Diálogo competitivo. PL 4.253/20. Licitações. Modalidade licitatória.

Abstract: The purpose of this study is to analyse the norms governing the competitive dialogue in the European Union, as much as the cases of different countries where the method is applied, comparing it with the law 14.133/21 and Brazil's background. Regarding the experience with public procurement in the country, during the course of the last decades, it comes clear that the Administration is often not capable to precisely define their requirements. In that sense, the competitive dialogue is a public bidding method suitable for situations where the Administration knows they need to contract, but the complexity of the requirements are such that they can't establish the object of the contract. In these situations the public agent can determine the intended outcome, however the means to achieve it are not clear. Qualitative methodology was applied in the research for both compared law study and dialectics approach. Throughout this study, the conclusion was that although some aspects of the regulation of the dialogue in the law 14.133/21 may be subject to criticism, the final balance proves itself to be significantly positive. The arising procedure will aim transparency and a more democratic solution building process, potentially reducing the information disparity between the public and private sectors, resulting in safer and more efficient contracts. It remains to be seen whether this procedure will indeed be adopted or will be left aside.

Keywords: Competitive dialogue. PL 4.253/20. Public bidding. Public bidding method.

¹ Especialista em Direito e Advocacia Pública. Artigo adaptado para publicação, derivado de Trabalho de conclusão de curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, em parceria com o Centro de Estudos Jurídicos da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, como requisito parcial para a obtenção do referido título de Especialista. Trabalho Original orientado pelo Professor Doutor Flávio Amaral Garcia.

INTRODUÇÃO

Sabe-se que a Administração Pública tem atuação multifacetária e complexa, tendo por finalidade, sempre, o interesse público. Muitas vezes, sua atividade depende da aquisição de bens e serviços fornecidos por terceiros, razão pela qual necessita firmar as mais diversas espécies de contratos.

As contratações governamentais de bens e serviços são de suma importância, em especial em razão do montante envolvido e da relevância das compras públicas para a economia do país. Isso posto, é primordial que se leve em consideração fatores como tempo, economicidade, qualidade do objeto, além de celeridade, ao se realizar compras públicas².

Como cumpre à Administração manter o equilíbrio social e gerir a máquina pública, os princípios que regem a sua atuação devem ser estritamente observados. Dessa forma, não poderia a lei deixar a critério exclusivo do administrador a escolha daqueles a serem contratados, sob pena de lesão ao interesse coletivo, a que cumpre à Administração Pública resguardar.

A fim de evitar escolhas escusas e impróprias pelo Administrador, o legislador constitucional exigiu que a contratação pública fosse realizada mediante um procedimento licitatório prévio. Nesse sentido, o art. 37, XXI da CRFB³ determina que a contratação de obras, serviços, compras e alienações seja realizada mediante processo de licitação pública, o qual deve assegurar a igualdade de condições a todos os concorrentes.

De modo a regulamentar o procedimento de licitação, cuja competência para legislar sobre normas gerais pertence à União Federal, editou-se a Lei nº 8666/1993⁴, que, por muito tempo, foi o estatuto geral de licitações, no país. Ocorre que a referida norma era extremamente burocratizada, e realizar compras públicas de maneira eficiente, inteligente e sustentável sempre foi um desafio.

Destarte, cabe destacar que, diante da experiência com compras públicas obtida nessas últimas décadas, percebeu-se que nem sempre a Administração é capaz de definir, ao certo, o objeto de que necessita. Assim, algumas inovações

² COSTA, Caio César de Medeiros; TERRA, Antônio Carlos Paim. Compras públicas: para além da economicidade. Brasília: Enap, 2019.

³ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 08 nov. 2020.

⁴ BRASIL. Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm>. Acesso em: 08 nov. 2020.

legislativas se deram, justamente, com o fim de aproximar a Administração Pública e os particulares.

Diante do exposto, cumpre elucidar que, desde 1995, tramitava o PL nº 1.292⁵ que, inicialmente, buscava apenas alterar a Lei nº 8.666/93, mas que, ao final, instituiu uma nova lei geral de licitações. Assim, após diversos substitutivos, foi promulgada a Lei nº 14.133/21, que buscou reformular as normas que regem as contratações públicas, atentando, dentre outros aspectos, justamente para a necessidade de aproximação com setor privado em prol da eficiência das contratações públicas.

Muitas são as mudanças previstas na Lei nº 14.133/21, a qual estabeleceu um maior enfoque na etapa referente ao planejamento das licitações, em especial no que tange a contratações complexas. Nesse sentido, pode-se afirmar que uma das mais importantes modificações nela previstas consiste na instituição de uma modalidade inédita de licitação no direito brasileiro: o diálogo competitivo. Trata-se de um instituto no qual, diante da dificuldade em definir, por si só, a melhor opção para atender à sua demanda, a Administração irá buscar o auxílio do setor privado, a fim de obter soluções para satisfazer suas necessidades. Presente em diversos ordenamentos estrangeiros, em especial, no Continente Europeu, o diálogo competitivo é o objeto de estudo do presente trabalho.

2. O DIÁLOGO COMPETITIVO NO CENÁRIO EUROPEU

2.1. Instituição da modalidade - Diretivas 2004/18/CE e 2014/24/EU

Adotado pelo Reino Unido desde a década de 1990, o diálogo competitivo foi instituído no cenário europeu como um todo pela Diretiva 2004/18/CE⁶, datada de 31 de março de 2004. A referida diretiva voltava-se à necessidade de simplificar e modernizar as contratações públicas, garantindo a transparência e a efetiva concorrência. Consta da sua exposição de motivos que a Diretiva fora produzida tendo

⁵ BRASIL. Projeto de Lei 1292/1995. Estabelece normas gerais de licitação e contratação para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; altera as Leis nºs 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e 11.079, de 30 de dezembro de 2004, e o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); e revoga dispositivos da Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011, e as Leis nºs 8.666, de 21 de junho de 1993, e 10.520, de 17 de julho de 2002. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=16526>>. Acesso em: 08 nov. 2020.

⁶ EUROPA. Parlamento Europeu e Conselho. Diretiva 2004/18/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de março de 2004. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32004L0018>>. Acesso em 05 jan. 2021.

por objetivo atender às necessidades de simplificação e modernização das compras públicas, e é nesse âmbito que o diálogo competitivo se insere⁷.

É possível atestar, ainda, que a preocupação básica do legislador fora enfatizar justamente a transparência e a efetiva concorrência, pois esses dois elementos são repetidamente mencionados no texto legal. Ao mesmo tempo, com a criação do diálogo competitivo, buscou-se flexibilizar os procedimentos de contratação, visando a obtenção de melhores resultados em transações consideradas mais complexas.

Nesse sentido, cumpre transcrever o dispositivo que instituiu o diálogo competitivo na Comunidade Europeia, também chamado diálogo concorrencial, em especial no Direito português:

Artigo 1º, 11. c) Diálogo concorrencial é o procedimento em que qualquer operador econômico pode solicitar participar e em que a entidade adjudicante conduz um diálogo com os candidatos admitidos nesse procedimento, tendo em vista desenvolver uma ou várias soluções aptas a responder às suas necessidades e com base na qual, ou nas quais, os candidatos selecionados serão convidados a apresentar uma proposta.

Trata-se de uma modalidade relativamente nova no cenário europeu, sendo voltada a contratações complexas, como é o caso de projetos de infraestrutura, redes de transportes ou sistemas tecnológicos, por exemplo. São contratos relevantes não apenas pelo nível de recursos a serem despendidos, mas pela importância de assegurar serviços públicos efetivos⁸. Ou seja, o diálogo competitivo é um procedimento a ser utilizado em casos nos quais o poder público necessite do auxílio do setor privado para obter soluções, devido à complexidade técnica, financeira ou jurídica do contrato. Ressalte-se, ainda, que a complexidade deve ser intrínseca ao projeto, e não devido a meras deficiências administrativas⁹.

Cabe destacar que um dos fatores que mais inspiraram a criação da modalidade do diálogo competitivo foi a complexidade jurídica e/ou financeira em contratos firmados a partir de parcerias público-privadas. São hipóteses em que o parceiro privado assume parcela considerável dos riscos, ao mesmo tempo em que a

⁷ NETO, Celso de Almeida Afonso. Diálogo competitivo: um natimorto no direito brasileiro. Limites, p. 349, 2018.

⁸ ARROWSMITH, Sue; TREUMER, Steen (Ed.). Competitive dialogue in EU procurement. Cambridge University Press, 2012.

⁹ LIMA, Cláudia Castello Branco. Uma análise comparativa entre o Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI) e o diálogo competitivo. Diss. 2014.

entidade adjudicante possui um déficit de informação quanto ao que há disponível no mercado para atender às suas necessidades¹⁰.

Nesse sentido, há previsão, no considerando nº 31 da Diretiva, da possibilidade de entidades adjudicantes serem objetivamente incapazes de especificar os meios aptos a satisfazerem suas necessidades; sem que haja quaisquer carências que lhes possam ser imputadas. São hipóteses em que é dificultoso avaliar o que o mercado pode oferecer em termos de soluções técnicas e/ou financeiras/jurídicas, e a própria diretiva cita como exemplos projetos de infraestruturas de transporte integrados em larga escala, grandes redes de informática ou projetos que obriguem a “financiamentos complexos e estruturados”.

Dessa forma, buscou-se instituir um procedimento flexível que garantisse, concomitantemente, a concorrência entre os contendores e a oportunidade de a Administração discutir todos os aspectos do contrato com cada um dos candidatos. Verifica-se, portanto, que o diálogo competitivo veio a lume precisamente com o objetivo de simplificar e modernizar as contratações públicas, sem abster-se da observância dos princípios da isonomia, da transparência e da concorrência¹¹.

Isso posto, cumpre elucidar que a Diretiva supracitada fora revogada pela Diretiva 2014/24/UE¹², do Parlamento Europeu e do Conselho, datada de 26 de fevereiro de 2014, a qual é relativa a contratos públicos. Ressalte-se que a nova diretiva manteve a modalidade do diálogo concorrencial basicamente com a mesma configuração. Todavia, uma grande diferença que se pode destacar é que a modalidade deixou de ser facultativa, passando a ser obrigatória para os Estados-membros da União Europeia¹³.

Outra distinção que é importante salientar é que na Diretiva 2004/18/CE, o diálogo competitivo era utilizado por exclusão, ou seja, nas hipóteses em que não fossem adequadas as espécies de concurso, que são a regra geral. Já a Diretiva 2014/24/EU definiu expressamente, em seu art. 26 quais as hipóteses em que a modalidade do diálogo competitivo são aplicáveis.

¹⁰ OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de. O Diálogo Competitivo do Projeto de Lei de Licitação e Contrato Brasileiro. Disponível em: <www.licitacaocontrato.com.br>. Acesso em: 06 jan. 2021.

¹¹ NETO, Celso de Almeida Afonso. Diálogo competitivo: um natimorto no direito brasileiro. Limites, p. 349, 2018.

¹² EUROPA. Parlamento Europeu e Conselho. Diretiva 2014/24/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:02014L0024-20180101&from=EN>>. Acesso em 06 jan. 2021.

¹³ OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de. O Diálogo Competitivo do Projeto de Lei de Licitação e Contrato Brasileiro. Disponível em: <www.licitacaocontrato.com.br>. Acesso em: 06 jan. 2021.

Nesse sentido, cabe salientar que o procedimento do diálogo competitivo é utilizado apenas para contratações particularmente complexas, o que implica que as modalidades tradicionais não são aplicáveis. Dessa forma, se a autoridade contratante não é capaz de descrever perfeitamente qual será a aquisição, há razões suficientes para iniciar um diálogo com os contendores antes de eles fazerem uma proposta. Assim, durante a fase de diálogo, os candidatos podem ajudar a autoridade contratante a identificar e definir as exigências e requisitos do objeto da licitação¹⁴.

O instituto consiste, portanto, em uma modalidade licitatória voltada para situações em que a administração sabe que precisa contratar, mas a necessidade pública é de tal complexidade que a Administração não consegue definir, por si só, o objeto da contratação. Trata-se de uma modalidade negocial e dialógica, que foge à regra dos procedimentos fechados, burocráticos e por adesão. Tem por finalidade conferir maior flexibilidade à entidade contratante, atentando para o fato de que nem sempre a Administração será capaz de definir, sozinha, as alternativas mais eficientes para satisfazer às suas necessidades, especialmente no que tange a contratações complexas e com objetos inovadores¹⁵.

2.2. Procedimento do diálogo competitivo na União Europeia

Conforme dispõe o art. 30 da Diretiva de 2014, o procedimento do diálogo competitivo, nela denominado diálogo concorrencial, é composto de três fases: a qualificação, o diálogo e o julgamento das propostas. Isso posto, cabe destacar que, retirada a etapa de diálogo, que é o que caracteriza a modalidade, o restante do procedimento é bastante semelhante às demais modalidades licitatórias¹⁶.

Importante esclarecer que o procedimento do diálogo previsto na Diretiva é apenas um procedimento geral. Cada país membro da União Europeia teve de regular adequadamente o procedimento em seu ordenamento jurídico interno, visando uma utilização eficiente do instituto e que atenda às peculiaridades locais¹⁷.

¹⁴ HAUGBØLLE, Kim; PIHL, Daniel; GOTTLIEB, Stefan Christoffer. *Competitive dialogue: Driving innovation through procurement?*. Procedia Economics and Finance, v. 21, p. 555-562, 2015.

¹⁵ COSTA, Renata Rainho. A Aplicação da Modalidade Licitatória Diálogo Competitivo ao Direito Administrativo Brasileiro. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/337146205_A_Aplicacao_da_Modalidade_Licitatoria_Dialogo_Competitivo_ao_Direito_Administrativo_Brasileiro>. Acesso em: 10 jan. 2021.

¹⁶ OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de. O Diálogo Competitivo do Projeto de Lei de Licitação e Contrato Brasileiro. Disponível em: <www.licitacaocontrato.com.br>. Acesso em: 06 jan. 2021.

¹⁷ Op. cit. COSTA, Renata Rainho.

Posto isso, cumpre tratar do rito do diálogo. Como é comum à licitação, antes mesmo da fase de qualificação, há uma fase interna, na qual o gestor público planeja e prepara o procedimento que se irá seguir. É necessário que a entidade, ciente da complexidade do certame, estabeleça prazos a serem seguidos. Ademais, deverá realizar uma consulta preliminar ao mercado, a fim de poder delinear, minimamente, o que irá constar do anúncio de licitação. E, segundo dispõe o World Bank, será necessário preparar o mercado, para estimular a competição¹⁸. Também deverá ser formada uma equipe para gerir o procedimento, podendo, ainda, ser consultados especialistas na matéria, a fim de contribuir com o certame¹⁹.

Após o planejamento, inicia-se a fase externa, com a publicação do anúncio da licitação. De acordo com os itens 1 e 2, do artigo 30º, da Diretiva 2014/24/EU, as autoridades adjudicantes deverão veicular suas necessidades, os requisitos para participar do certame, definir os critérios de adjudicação, bem como estabelecer um calendário a ser seguido. Tais informações poderão estar expressas no próprio anúncio e/ou na memória descritiva²⁰.

Inicia-se, então, a fase de qualificação, com a apresentação dos pedidos de participação, de acordo com o prazo fixado no anúncio, que não poderá ser inferior a 30 (trinta) dias. Ressalte-se que desde o momento da candidatura, os licitantes já deverão demonstrar que preenchem os requisitos necessários para a qualificação.

Cabe destacar que qualquer operador econômico poderá apresentar um pedido de participação em resposta ao anúncio da Administração. Ocorre que, para participar do diálogo, os contendores deverão ser convidados, após análise da autoridade adjudicante das informações por eles prestadas. Além disso, os gestores também poderão limitar o número de candidatos, desde que sejam suficientes para garantir uma concorrência real, não podendo ser inferior a 3 (três), a teor do artigo 65.2.

Cumpre elucidar, ademais, que as normas da União Europeia, no que tange a contratos públicos, permitem que a entidade adjudicante exclua do certame empresas em situação de falência ou liquidação; que tenham cessado suas atividades; que

¹⁸ THE WORLD BANK. Competitive dialogue: how to undertake a competitive dialogue procurement process. Washington: The World Bank, 2017. Disponível em: <<http://pubdocs.worldbank.org/en/412401507743078456/Competitive-Dialogue-Guidance-2017.pdf>> Acesso em: 11 maio 2018.

¹⁹ NETO, Celso de Almeida Afonso. Diálogo competitivo: um natimorto no direito brasileiro. Limites, p. 349, 2018.

²⁰ EUROPA. Parlamento Europeu e Conselho. Diretiva 2014/24/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:02014L0024-20180101&from=EN>>. Acesso em 06 jan. 2021.

estejam sob administração judicial; que tenham cometido falta grave em matéria profissional; que não tenham pago impostos ou contribuições para a segurança social; ou que tenham prestado falsas declarações a uma entidade pública²¹.

Preenchidos todos os requisitos, não havendo motivos para exclusão, os candidatos poderão seguir para a segunda fase do certame, que é a do diálogo propriamente dito. Haverá um debate entre a Administração e cada um dos candidatos, individualmente. Além disso, em regra, os demais licitantes não poderão saber o que a entidade adjudicante trata com seus concorrentes²².

A fase de diálogos terá por objetivo identificar e definir os melhores meios aptos a satisfazer as necessidades da Administração, podendo-se debater todos os aspectos do certame, conforme art. 30.3 da Diretiva²³. Ademais, garante-se a igualdade de tratamento entre os concorrentes, não podendo a entidade fornecer informações que possam conferir vantagens a determinados licitantes.

Durante o diálogo, haverá uma interação entre todas as partes, que irão compartilhar e combinar conhecimento, de modo a encontrar a melhor solução para a demanda pública. Saliente-se, mais uma vez, que os diálogos deverão ser conduzidos separadamente, garantindo-se o sigilo das soluções apresentadas²⁴.

Isso é importante para que os candidatos não se sintam inibidos em apresentar soluções interessantes; caso o sigilo não fosse assegurado, talvez os candidatos ocultassem as melhores soluções, com receio de perder a exclusividade. De toda forma, como se trata de interesse do licitante, é possível que este autorize a entidade adjudicante a revelar pontos específicos da solução por ele apresentada para os demais participantes, conforme dispõe a Diretiva²⁵.

Outro ponto interessante da etapa dialógica é a possibilidade de haver etapas sucessivas, subfases com eliminações de candidatos entre uma e outra. É possível que haja previsão já no anúncio ou na memória descritiva se a fase do diálogo será subdividida em etapas. Havendo tal previsão, deve-se estabelecer, desde então, quais

²¹ NETO, Celso de Almeida Afonso. Diálogo competitivo: um natimorto no direito brasileiro. Limites, p. 349, 2018.

²² OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de. O Diálogo Competitivo do Projeto de Lei de Licitação e Contrato Brasileiro. Disponível em: <www.licitacaoecontrato.com.br>. Acesso em: 06 jan. 2021.

²³ EUROPA. Parlamento Europeu e Conselho. Diretiva 2014/24/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:02014L0024-20180101&from=EN>>. Acesso em 06 jan. 2021.

²⁴ NETO, Celso de Almeida Afonso. Diálogo competitivo: um natimorto no direito brasileiro. Limites, p. 349, 2018.

²⁵ Ibidem.

os critérios de adjudicação serão utilizados para eliminar os licitantes e suas respectivas soluções²⁶.

Cabe apontar que o diálogo competitivo é uma modalidade complexa. Assim, a eliminação de soluções de forma gradativa acaba por simplificar o procedimento e possibilita um enfoque maior nas resoluções restantes, de modo a melhor avaliar aquelas que sejam, de fato, interessantes para a Administração. Acrescente-se, ainda, que, ao final do diálogo, também é possível que a entidade adjudicante eleja mais de uma solução, embora não reste claro se a solução final pode ser uma mescla das soluções apresentadas pelos licitantes²⁷.

O diálogo terá fim quando a Administração for capaz de identificar a melhor solução para satisfazer as suas necessidades. Nesse momento, finda a fase de diálogos, tem início a fase das propostas de fato. Então, a Administração solicitará aos participantes remanescentes que apresentem suas propostas finais, com base nas soluções que foram apresentadas durante o diálogo, conforme o art. 29.6 da Diretiva. A pedido da entidade contratante, as propostas poderão ser clarificadas, especificadas e otimizadas, desde que não sejam alterados os seus elementos fundamentais²⁸.

As propostas apresentadas serão julgadas com fulcro no critério previsto no instrumento de anúncio da seleção. Cumpre destacar que a Diretiva de 2014 previu em seu art. 30º, item 1 c/c art. 67º, item 2, que o critério deverá ser, necessariamente, o da proposta economicamente mais vantajosa, levando em consideração a melhor relação qualidade/preço²⁹. Isso não significa, porém, que não possa haver previsão editalícia de preceitos como acessibilidade, características sociais e ambientais, que também deverão ser levados em consideração para aferição da qualidade.

Cabe destacar que é possível que o vencedor do certame, aquele a quem o contrato será adjudicado, não seja o autor da solução adotada pela Administração, por não ter apresentado a proposta mais vantajosa economicamente. Ocorre que essa situação é bastante desestimulante para os concorrentes, que trabalharam para encontrar uma solução adequada para o Estado. Nesse sentido, a Diretiva previu a

²⁶ Op. cit. OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de.

²⁷ OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de. O Diálogo Competitivo do Projeto de Lei de Licitação e Contrato Brasileiro. Disponível em: <www.licitacaoecontrato.com.br>. Acesso em: 06 jan. 2021.

²⁸ NETO, Celso de Almeida Afonso. Diálogo competitivo: um natimorto no direito brasileiro. Limites, p. 349, 2018.

²⁹ Op. cit. OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de.

possibilidade de previsão de um prêmio ou pagamento para os que participarem do diálogo, de forma a minimizar o risco do autor da solução, ao mesmo tempo em que estimula a busca de um expediente que atenda o interesse público³⁰.

Escolhida a melhor proposta, ainda durante a fase de avaliação, a entidade contratante poderá negociar com o proponente vitorioso, a fim de finalizar os termos do contrato. Não será possível, contudo, alterar os aspectos fundamentais da proposta, que gerem distorções na concorrência, conforme artigo 64.4 da diretiva³¹. Cabe salientar que essa negociação não poderá se dar para alcançar a proposta com melhor relação qualidade/preço, eis que as tratativas só poderão ter início após ser identificado o autor da melhor proposta³².

Dessa forma, as negociações têm por objetivo tentar algum melhoramento na proposta que já fora eleita, a bem do interesse público. Não poderá haver alteração material dos aspectos essenciais da proposta, conforme já aventado, mas poderão ser clarificadas, precisadas e ajustadas, a pedido da autoridade contratante. A finalidade, portanto, é apenas refinar uma proposta já feita com base em negociações pretéritas³³.

Cumpra ressaltar que nessa fase final de complementações não pode haver violação da concorrência e isonomia entre os participantes. Assim, caso surjam questões que não foram debatidas anteriormente e sejam relevantes para o processo, a melhor alternativa seria reabrir o diálogo com todos os participantes sobre aquele tema específico. Posteriormente, a autoridade contratante poderá tomar uma decisão mais bem informada acerca da proposta mais adequada e economicamente vantajosa para atender às suas necessidades³⁴.

2.3. Vantagens do diálogo competitivo

Ao longo de quase duas décadas de utilização do diálogo competitivo na Europa, pode-se afirmar que a modalidade tem se mostrado bem sucedida, em especial para atender às demandas de flexibilidade e eficácia, para a qual foi criada. Uma das principais vantagens do diálogo tem sido a manutenção da competição até

³⁰ Ibidem.

³¹ NETO, Celso de Almeida Afonso. Diálogo competitivo: um natimorto no direito brasileiro. Limites, p. 349, 2018.

³² OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de. O Diálogo Competitivo do Projeto de Lei de Licitação e Contrato Brasileiro. Disponível em: <www.licitacaocontrato.com.br>. Acesso em: 06 jan. 2021.

³³ BOGOSSIAN, Andre Martins. O diálogo concorrencial. Boletim de Direito, 2010.

³⁴ Ibidem.

o momento do envio das propostas finais, o que acarreta um alto grau de certeza de custo para a Administração³⁵.

Isso, porque no procedimento do diálogo há grande participação dos licitantes, que discutem e definem, juntamente com a autoridade adjudicante, todos os elementos da contratação. Assim, acaba-se por diminuir a quantidade de modificações a serem realizadas após a assinatura do contrato, em comparação com outros procedimentos. Ademais, a alocação de riscos é definida pelos participantes do certame conjuntamente com a Administração Pública, havendo uma repartição mais justa³⁶.

Há ainda outras importantes vantagens, como a possibilidade de a entidade contratante adaptar as especificações e buscar, com o auxílio de especialistas, uma solução que atenda suas necessidades específicas - o que garante mais efetividade aos contratos³⁷. No modelo tradicional de adesão, deficiências na contratação são mais recorrentes. Isso se dá porque, muitas vezes, os órgãos públicos não são capazes de definir, com exatidão, o objeto de que necessitam para atender suas demandas, ou mesmo porque não têm a expertise necessária para avaliar as soluções que o mercado coloca à disposição³⁸.

Tais dificuldades ocorrem, primordialmente, em contratos com objetos inovadores ou demasiadamente complexos, como infraestrutura de transporte, redes de informática ou grandes projetos de tecnologia de informação, por exemplo. Para todos esses casos, o direito europeu considera o diálogo competitivo o procedimento mais apropriado³⁹.

Através do diálogo competitivo, o Poder Público tem um procedimento licitatório dialógico e mais flexível do que os tradicionais, no que concerne a todos os aspectos do contrato. Assim, poderá debater com os licitantes e chegar a uma solução conjunta e verdadeiramente adequada antes mesmo de eles apresentarem suas propostas, o que é primordial em contratos complexos⁴⁰. Em contrapartida, a flexibilidade intrínseca

³⁵ NETO, Celso de Almeida Afonso. Diálogo competitivo: um natimorto no direito brasileiro. Limites, p. 349, 2018.

³⁶ Ibidem.

³⁷ Ibidem.

³⁸ MARRARA, Thiago. O “diálogo competitivo” como modalidade licitatória, suas características e seus impactos na lógica da contratação Pública. BLC – Boletim de Licitações e contratos, São Paulo: BDJ, ano 30, n. 5, p. 535-537, jun.2017.

³⁹ Ibidem.

⁴⁰ COSTA, Renata Rainho. A Aplicação da Modalidade Licitatória Diálogo Competitivo ao Direito Administrativo Brasileiro. Disponível em: <<https://www.researchgate.net/publication/337146205>

do procedimento também se mostra um fator de preocupação, o que será melhor explorado mais adiante.

3. LEI Nº 14.133/21 – NOVA LEI DE LICITAÇÕES

Conforme já aventado, a Lei nº 14.133/21 substituiu a Lei nº 8.666/93 como norma geral de licitação, tendo por finalidade condensar, em um único diploma, modalidades e procedimentos previstos em várias leis.

É cediço que a Lei nº 8.666/93 mostrou-se extremamente burocrática, o que era compreensível no momento de sua edição, após o término do período militar e o impeachment do primeiro presidente civil eleito. Todavia, ante o dinamismo do mercado de bens e serviços, logo se tornou obsoleta, sendo patente a necessidade de uma ampla reforma⁴¹. Muitas foram as mudanças da nova lei, dentre elas a previsão de uma nova modalidade licitatória, o diálogo competitivo, cuja análise é o escopo deste trabalho.

3.1. O diálogo competitivo na Lei nº 14.133/21

Conforme define o art. 6º, XLII da Lei nº 14.133/21, o diálogo competitivo consiste em uma modalidade de licitação para a contratação de obras, serviços e compras, nas qual a Administração realizará diálogos com candidatos previamente selecionados por critérios objetivos, com o intuito de desenvolver uma ou mais alternativas capazes de atender às suas necessidades. Finda a fase dialógica, a Administração divulgará a solução escolhida, para a qual os licitantes deverão apresentar sua proposta final. Em relação aos pressupostos para sua aplicação, estes serão analisados detidamente mais adiante.

Não é incomum que a Administração tenha necessidades complexas e, por não ter domínio naquele campo, não conseguir estabelecer, sozinha, uma solução capaz de atender adequadamente às suas demandas. Em tais hipóteses, ante a obrigação de se elaborar a minuta contratual e o edital previamente, já com a definição do objeto a ser contratado, muitas vezes são realizadas contratações inadequadas ou mesmo inexecutáveis, resultando em inúmeros aditivos e aumento de gastos não inicialmente previstos.

⁴¹ A Aplicação da Modalidade Licitatória Diálogo Competitivo ao Direito Administrativo Brasileiro >. Acesso em: 10 jan. 2021.

⁴¹ Ibidem.

Diferentemente das demais modalidades, para o início do diálogo, basta que sejam definidas as necessidades e algumas exigências de contratação, não todo o objeto contratual. Dessa forma, poderá haver uma pré-seleção dos licitantes, com os quais a etapa do diálogo propriamente dito terá início, havendo uma série de discussões voltadas para a identificação da melhor solução para a Administração⁴².

Segundo estabelece o art. 32 da Lei, o diálogo competitivo é modalidade excepcional, eis que restrita a hipóteses taxativamente elencadas. Nesse sentido, cumpre transcrever os cenários para os quais estão previstos a utilização do diálogo:

- I – vise a contratar objeto que envolva as seguintes condições:
 - a) inovação tecnológica ou técnica;
 - b) impossibilidade de o órgão ou entidade ter sua necessidade satisfeita sem a adaptação de soluções disponíveis no mercado; e
 - c) impossibilidade de as especificações técnicas serem definidas com precisão suficiente pela Administração;
- II – verifique a necessidade de definir e identificar os meios e as alternativas que possam satisfazer suas necessidades, com destaque para os seguintes aspectos:
 - a) a solução técnica mais adequada;
 - b) os requisitos técnicos aptos a concretizar a solução já definida;
 - c) a estrutura jurídica ou financeira do contrato;⁴³

Isso posto, importante ressaltar que as hipóteses dos incisos I e II são semelhantes às previsões de utilização do diálogo na Europa, eis que dizem respeito à definição da solução quanto a aspectos técnicos, jurídicos e financeiros. Ou seja, são previstos para situações em que se mostra adequado um procedimento no qual há uma fase diálogo, em que a Administração possa definir, juntamente com os licitantes pré-selecionados, termos relacionados ao próprio objeto a ser contratado⁴⁴.

Em relação ao inciso I, verifica-se que a conjunção “e” precede a alínea c), evidenciando que se tratam de exigências cumulativas. Ou seja, para ser cabível a modalidade do diálogo competitivo, é necessária a presença concomitante dos três

⁴² ROCHA, Marcelo Dantas. Anotações sobre o PLC 6.814/2017: principais aspectos da proposta da nova Lei Geral de Licitações. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, ano 16, n. 190, p. 54-60, out. 2017.

⁴³ BRASIL. Lei nº 14.133 de 1º de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14133.htm>. Acesso em: 08 abril 2020.

⁴⁴ OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de. O Diálogo Competitivo do Projeto de Lei de Licitação e Contrato Brasileiro. Disponível em: <www.licitacaocontrato.com.br>. Acesso em: 06 jan. 2021.

requisitos enumerados nas alíneas do inciso I, devidamente comprovados nos autos do respectivo processo administrativo⁴⁵.

Quanto ao inciso II, este restringe a modalidade às hipóteses em que se identifique ser essencial a identificação de meios e alternativas capazes de satisfazer as necessidades da Administração. Nesse sentido, há destaque nas alíneas para a “solução técnica mais adequada; os requisitos técnicos aptos a concretizar a solução já definida; a estrutura jurídica ou financeira do contrato”⁴⁶.

O diálogo competitivo é uma modalidade voltada para contratações verdadeiramente complexas, em que a Administração necessite do auxílio do setor. Tal necessidade deve ser inerente ao projeto, não estando relacionada a deficiências administrativas ou mesmo ao valor absoluto da contratação.

Assim, é possível que mesmo em contratações de grande vulto, a Administração não tenha quaisquer dificuldades em encontrar soluções e definir o objeto a ser contratado. Da mesma maneira, pode haver projetos cujo valor estimado não seja tão alto, mas para os quais a entidade contratante tenha dificuldade em precisar a melhor alternativa para atendê-la.

3.2. Procedimento do diálogo competitivo no PL 4.253/2020

Primeiramente, cumpre revisar a definição da modalidade, fundamental para a compreensão do rito do instituto. Segundo dispõe o art. 6º, XLII da Lei nº 14.133/21:

Diálogo competitivo: modalidade de licitação para contratação de obras, serviços e compras em que a Administração Pública realiza diálogos com licitantes previamente selecionados mediante critérios objetivos, com o intuito de desenvolver uma ou mais alternativas capazes de atender às suas necessidades, devendo os licitantes apresentar proposta final após o encerramento dos diálogos;

Consta da própria definição, que os licitantes deverão ser previamente selecionados para participar do certame. Nesse diapasão, cabe elucidar que essa pré-seleção corresponde à etapa de qualificação do procedimento do diálogo previsto na Diretiva 2014/24/EU, já abordada quando tratamos do trâmite da modalidade na União Europeia.

⁴⁵ PEREIRA JUNIOR, Jesse Torres. Modalidades de Licitação. Disponível em: <<http://www.novaleilicitacao.com.br/2019/12/12/modalidades-de-licitacao>>. Acesso em: 11 jan. 2021.

⁴⁶ Ibidem.

A fim de selecionar os contendores para o diálogo, a Administração deverá publicar um edital, no qual divulgará suas necessidades e exigências e estabelecerá o prazo mínimo de 25 (vinte e cinco) dias úteis para que os candidatos manifestem interesse em participar da licitação. Serão admitidos todos os interessados que preencham os requisitos objetivos estabelecidos no edital (art. 32, §1º, incisos I e II da Lei nº 14.133/21)⁴⁷.

Dessa forma, diferentemente da Diretiva 2014/24/UE, na Lei nº 14.133/21, não há previsão de se limitar o número de participantes. Também não se estabeleceu um número mínimo de candidatos a participar do certame, como ocorre na União Europeia, que exige ao menos 3 licitantes para garantir uma concorrência real. Não nos parece razoável, contudo, que a Administração possa proceder ao diálogo sem um número mínimo de contendores a oferecer soluções; andou mal o legislador brasileiro, nesse ponto.

Acerca da pré-seleção dos candidatos para participar do diálogo competitivo, cumpre acentuar que não há detalhes quanto ao rito a ser adotado. Dessa forma, a pré-seleção pode acabar sendo confundida com a fase de habilitação⁴⁸. Tal ponto ainda necessita de melhores esclarecimentos, o que deverá ser feito pela doutrina especializada, ante a ausência de previsão em lei; o que é outro ponto que merece críticas.

Já em relação à condução do procedimento, este ficará sob responsabilidade de 3 (três) servidores efetivos ou empregados públicos pertencentes aos quadros permanentes da Administração. Admite-se, também, a contratação de profissionais para assessoramento técnico da comissão de licitação, o que se mostra benéfico, eis que o diálogo é voltado para a contratação de objetos complexos e, muitas vezes, não há servidores com a expertise necessária (Art. 32, §1º, XI).

Após a pré-seleção dos candidatos, terá início a fase dos diálogos propriamente dita. Durante os diálogos, a Administração irá debater com os candidatos possíveis soluções para atender às suas necessidades. As discussões se darão individualmente, com cada um dos contendores, e terão por objetivo encontrar o melhor meio de atender às demandas da entidade contratante.

⁴⁷ OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de. O Diálogo Competitivo do Projeto de Lei de Licitação e Contrato Brasileiro. Disponível em: <www.licitacaoecontrato.com.br>. Acesso em: 06 jan. 2021.

⁴⁸ Ibidem.

Ressalte-se que os licitantes deverão ser tratados de maneira isonômica durante todo o procedimento, de modo a preservar a concorrência. Veda-se, assim, a divulgação de quaisquer informações discriminatórias que possam implicar em vantagem para algum dos concorrentes. Ademais, todas as discussões travadas na fase de diálogo que digam respeito a possíveis soluções serão sigilosas, e só poderão ser relevadas aos demais licitantes caso haja consentimento do proponente, assim como previsto na Diretiva 2014.

Além disso, conforme dispõe o inciso V do art. 32, a fase de diálogo poderá ser mantida até que a Administração identifique “a solução ou as soluções que atendam a suas necessidades”. Resta claro, portanto, a possibilidade de adoção de mais de uma solução, tendo sido modificado o texto constante da versão anterior do projeto, no qual constava apenas que a Administração deveria identificar “a solução”. Dessa forma, com a mudança redacional, o legislador brasileiro acabou por acompanhar o dispôs o legislador europeu quanto ao instituto.

Não há previsão, contudo, do que ficou conhecido na Europa como “cherry picking”, que consiste em pegar parte de diversas soluções apresentadas para se chegar à solução final. Assim, a princípio, na versão do diálogo a ser adotada no ordenamento brasileiro, não seria possível a junção de várias hipóteses propostas para formar uma nova e inédita solução⁴⁹.

Outro ponto importante a se abordar diz respeito à possibilidade de a Administração limitar os candidatos que serão admitidos para as fases subsequentes do diálogo. Consta, apenas, do inciso VII do art. 32 da Lei, a previsão da realização de fases sucessivas, com a possibilidade de restringir as soluções ou propostas a serem discutidas, assim como ocorre na Diretiva 2014/24/UE; conforme já tratado em capítulo anterior. Ressalte-se que diálogo é um procedimento bastante complexo e custoso para a Administração, de modo que a eliminação de soluções em fases sucessivas tem se mostrado bastante proveitosa na União Europeia⁵⁰.

Não foram previstos, todavia, quais critérios serão utilizados para eliminar as propostas, o que deverá ser especificado pela Administração desde a divulgação do

⁴⁹ COSTA, Renata Rainho. A Aplicação da Modalidade Licitatória Diálogo Competitivo ao Direito Administrativo Brasileiro. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/337146205_A_Aplicacao_da_Modalidade_Licitatoria_Dialogo_Competitivo_ao_Direito_Administrativo_Brasileiro>. Acesso em: 10 jan. 2021.

⁵⁰ OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de. O Diálogo Competitivo do Projeto de Lei de Licitação e Contrato Brasileiro. Disponível em: <www.licitacaocontrato.com.br>. Acesso em: 06 jan. 2021.

instrumento convocatório. Ademais, quando da sua definição, devem ser observados atentamente todos os princípios que regem os procedimentos licitatórios, em especial porque no projeto não há regras relativas aos critérios de seleção e ao número mínimo ou máximo de candidatos.

Outra disposição que ficou faltando no projeto foi quanto à possibilidade de se eliminar os próprios licitantes durante as fases dos diálogos. Ao serem dispensadas soluções, seus respectivos proponentes também serão eliminados? Por certo que a eliminação de licitantes, juntamente com as soluções não acatadas, diminui os custos de transação para todas as partes envolvidas. Ao mesmo tempo, haveria menos competição na fase posterior ao diálogo, de oferecimento das propostas, o que seria desfavorável ao interesse público⁵¹.

Ainda em relação ao procedimento da fase de diálogos, para garantir sua lisura, há a previsão de registro em ata e gravação em áudio e vídeo de todas as reuniões com os licitantes pré-selecionados (art. 32, VI da Lei nº 14.133/21). Assim, após o término da fase dialógica, a Administração deverá juntar aos autos do processo licitatório os registros e as gravações das tratativas (Art. 32, VII da Lei nº 14.133/21). Embora tal providência represente aumento dos custos de transação, mostra-se consentânea com os princípios que regem a atuação da Administração Pública⁵², em especial com os princípios da publicidade e da transparência.

Eleita a solução ou as soluções pela entidade contratante, terá início, então, a fase das propostas, para posterior adjudicação. Para iniciar a fase de competição, a Administração deverá divulgar um novo edital contendo a especificação do expediente ou expedientes que atendam às suas necessidades, bem como os critérios objetivos que serão utilizados para a seleção da proposta mais vantajosa. Nesse momento, os licitantes deverão apresentar suas propostas - em prazo não inferior a 60 (sessenta) dias -, as quais deverão conter todos os elementos necessários para a realização do projeto (Art. 32, VIII Lei nº 14.133/21).

Conforme estipula o inciso IX do art. 32 da Lei, a Administração poderá solicitar esclarecimentos ou ajustes às propostas apresentadas, com a condição de que isso não implique em discriminação ou distorça a concorrência entre as propostas.

⁵¹ COSTA, Renata Rainho. A Aplicação da Modalidade Licitatória Diálogo Competitivo ao Direito Administrativo Brasileiro. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/337146205_A_Aplicacao_da_Modalidade_Licitatoria_Dialogo_Competitivo_ao_Direito_Administrativo_Brasileiro>. Acesso em: 10 jan. 2021

⁵² Ibidem.

Diferentemente da Diretiva 2014 (art. 29º, itens 6 e 7), a Lei nº 14.133/21 não detalha o momento em que isso pode ocorrer, se antes de escolhida a melhor proposta, ou se também poderá ser depois⁵³.

Como a redação do dispositivo prevê que sejam solicitados “esclarecimentos ou ajustes às propostas apresentadas”, parece que esse pedido só poderá ser feito quando as propostas ainda estão em julgamento. Todavia, consta da Diretiva europeia a possibilidade de esclarecimentos ou mesmo negociações inclusive após eleito o vencedor do contrato, o que se mostra extremamente benéfico para a Administração. Por óbvio que não será possível realizar alterações materiais essenciais na proposta, sob pena de violar o princípio da concorrência, mas é possível que, a bem do interesse público, se tente algum melhoramento para a Administração em relação àquela proposta que já se mostrou superior⁵⁴.

Mais um aspecto que se encontra em dissonância com o modelo europeu diz respeito ao critério de julgamento das propostas no diálogo competitivo. Estabelece a Diretiva de 2014, que rege o diálogo competitivo na União Europeia, que o critério legal obrigatório de julgamento das propostas deverá ser o da proposta mais economicamente vantajosa, com base em uma relação qualidade/preço. A Lei nº 14.133/21, por sua vez, silencia quanto ao critério a ser adotado para aferir as propostas apresentadas, de modo que poderá ser utilizado quaisquer dos critérios do art. 33 que lhe sejam compatíveis, quais sejam: menor preço; maior desconto; melhor técnica; técnica e preço; ou maior retorno econômico⁵⁵.

Havia ainda, no projeto de Lei, a previsão de que o órgão de controle externo, pudesse acompanhar e monitorar os diálogos competitivos. Dessa forma, antes mesmo da celebração do contrato, o órgão fiscalizador poderia opinar, no prazo máximo de 40 (quarenta) dias úteis, sobre a legalidade, a legitimidade e economicidade da licitação⁵⁶.

Como o Brasil é um país com um forte histórico de corrupção, principalmente em contratações públicas, procedimentos flexíveis sempre foram vistos sempre com muitas ressalvas. Nesse sentido, tal dispositivo demonstrava uma preocupação do

⁵³ OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de. O Diálogo Competitivo do Projeto de Lei de Licitação e Contrato Brasileiro. Disponível em: <www.licitacaocontrato.com.br>. Acesso em: 06 jan. 2021.

⁵⁴ Ibidem.

⁵⁵ Ibidem.

⁵⁶ (Art. 32, XII do PL 4.253/2020)

legislador com o mau uso do instituto⁵⁷. Ocorre que o inciso XII do art. 32 do PL 4.253/2020 foi vetado e não se encontra na lei promulgada.

Conforme vem sendo noticiado, nos últimos anos, diversas autoridades públicas que ocupavam cargos estratégicos na Administração do país estão sendo processadas e, muitas vezes, presas, por envolvimento em corrupção relacionada a contratos públicos. O mesmo se dá em relação a executivos de grandes empresas privadas que outrora detinham posição de destaque no cenário nacional. Em razão disso, é possível que ocorra, no Brasil, o mesmo que aconteceu em diversos países da Europa, no qual o diálogo foi positivado no ordenamento jurídico, mas não foi utilizado⁵⁸.

Nos primeiros cinco anos após a publicação da Diretiva 2004/18/CE, que instituiu a modalidade na União Europeia, verificou-se que a utilização do diálogo dentre os membros do bloco era bastante desigual. Mais de 80% dos casos nos quais foi adotado o instituto dividiam-se em apenas dois integrantes: França e Reino Unido. Outros três países, Alemanha, Polônia e Holanda, foram os responsáveis por pouco mais de 9% dos registros de contratações através da modalidade. Já os 10% restantes, dividiram-se entre os demais Estados-nações e outros organismos, incluindo instituições e agências da União Europeia⁵⁹.

Isso posto, uma das razões que se pode apontar para a pouca utilização do diálogo é justamente o seu rito. Procedimentos dotados de flexibilidade são mais propensos a serem aplicados e terem sucesso em locais nos quais os gestores públicos estão acostumados a agir com discricionariedade, como é o caso da Inglaterra e da França. Ocorre que, no Brasil, os administradores públicos não estão habituados a lidar com um alto grau de discricionariedade.

Em verdade, no país, praticamente não há espaço para discricionariedade no que tange à licitação. Isso, porque as normas que regulam os procedimentos licitatórios, tradicionalmente, detalham cada aspecto em minúcias, de modo que o gestor público atua com pouquíssimo espaço de liberdade. Ademais, há forte atuação

⁵⁷ OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de. O Diálogo Competitivo do Projeto de Lei de Licitação e Contrato Brasileiro. Disponível em: <www.licitacaoecontrato.com.br>. Acesso em: 06 jan. 2021.

⁵⁸ Ibidem.

⁵⁹ HAUGBØLLE, Kim; PIHL, Daniel; GOTTLIEB, Stefan Christoffer. *Competitive dialogue: Driving innovation through procurement?*. *Procedia Economics and Finance*, v. 21, p. 555-562, 2015.

dos órgãos de controle na fiscalização e na própria interpretação das normas, juntamente com a consultoria jurídica dos órgãos públicos⁶⁰.

Nesse sentido, constata-se que embora o diálogo competitivo se mostre adequado para a realização de contratações mais complexas, justamente em razão de sua flexibilidade e dialeticidade, são essas mesmas características que podem levar a modalidade a ser pouco utilizada. Assim, entende-se que a eficácia do procedimento, no Brasil, dependerá do empenho do Estado na qualificação e capacitação dos gestores públicos que atuem com licitações, pois atuar com flexibilidade requer capacidade de administração e governança⁶¹.

4. CONCLUSÃO

Conforme o disposto, o diálogo competitivo foi inserido na União Europeia através da Diretiva 2004/18/CE. Trata-se de modalidade que tem por objetivo suprir a lacuna que existia em relação às hipóteses em que o poder público, diante da complexidade da contratação, não conseguia definir o objeto da licitação; necessitando do auxílio do setor privado para encontrar soluções.

Já no Brasil, não havia nenhuma modalidade semelhante na legislação até a edição da Lei nº 14.133/21. Como se sabe, o estatuto licitatório brasileiro foi, por muitos anos, a Lei 8.666/93, complementadas por algumas lei esparsas. Importante destacar, ainda, que o legislador da Lei nº 8.666/93 partiu de uma premissa de desconfiança, de modo que a norma limita ao máximo a discricionariedade do administrador, a fim de evitar a corrupção. Sucede que a burocracia implementada foi tanta que, frente às complexidades do mercado, acabou levando a uma recorrente fuga do procedimento. Assim, a lógica burocrática da lei terminou por se mostrar incapaz de coibir as práticas imorais a que pretendia evitar⁶².

Além disso, é possível afirmar que a sistemática burocrática da legislação é responsável, também, por significativa parcela das falhas nas contratações públicas, especialmente em razão da assimetria de informação entre os setores público e privado. Isso se revela, em especial, em relação a falhas de descrição de objetos a

⁶⁰ OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de. O Diálogo Competitivo do Projeto de Lei de Licitação e Contrato Brasileiro. Disponível em: <www.licitacaoecontrato.com.br>. Acesso em: 06 jan. 2021.

⁶¹ Ibidem.

⁶² MARTINS, Ricardo Marcondes. Reforma da Lei de Licitações: como podemos piorar? Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/ricardo-marcondes-martins/reforma-da-lei-de-licitacoes-como-podemos-piorar>>. Acesso em: 05 jan. 2021.

serem contratados; à falta de informações adequadas ao setor público quando à capacidade operacional das empresas do mercado; bem como quanto à estrutura de custos da empresa vencedora da licitação⁶³.

Nesse sentido, constata-se que a edição de um novo estatuto de licitações, unificando as diversas leis existentes e simplificando os procedimentos, se mostra extremamente benéfica para a Administração. Outrossim, o instituto do diálogo competitivo, de origem europeia, chega para suprir a importante lacuna existente em relação a contratações complexas.

Diante de todo o exposto, constata-se que a modalidade do diálogo veio em boa hora, dando destaque ao modelo gerencial, a fim de assegurar o melhor resultado para a Administração no que tange a contratações complexas. Ademais, no procedimento do diálogo, o planejamento adquire importância primordial e, por conta da complexidade das aquisições, o legislador previu construções participativas com a iniciativa privada⁶⁴.

Embora alguns aspectos da disciplina do diálogo sejam passíveis de críticas, as quais já foram devidamente explicitadas, o saldo mostra-se bastante positivo. Infere-se que a transparência adotada no procedimento e a democratização do planejamento e da construção das soluções terão a aptidão de diminuir a assimetria de informações entre os setores público e privado. Assim, ter-se-á contratações mais seguras e eficientes⁶⁵.

Resta saber se o procedimento será, de fato, adotado, ou se ocorrerá como em alguns países da Europa, em que se tornou letra morta. Isso, porque, conforme já apontado, o administrador brasileiro não está acostumado a lidar com procedimentos com alto grau de discricionariedade. Dessa forma, não se mostra improvável que os gestores prefiram utilizar procedimentos que se mostrem menos adequados ao caso concreto apenas por se sentirem mais confortáveis. É o caso da concorrência, indicada para contratos de maior vulto econômico, mas que deveria ceder espaço para

⁶³ DIAS, Maria Tereza Fonseca. Os problemas da contratação pública brasileira sob a Análise Econômica do Direito (Law and Economics): em busca de propostas legislativas para sua superação. Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, Belo Horizonte, ano 15, n. 57, p. 85-111, abr./jun. 2017 apud ROCHA, Marcelo Dantas. Anotações sobre o PLC 6.814/2017: principais aspectos da proposta da nova Lei Geral de Licitações. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, ano 16, n. 190, p. 54-60, out. 2017.

⁶⁴ ROCHA, Marcelo Dantas. Anotações sobre o PLC 6.814/2017: principais aspectos da proposta da nova Lei Geral de Licitações. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, ano 16, n. 190, p. 54-60, out. 2017.

⁶⁵ Ibidem.



o diálogo competitivo em contratações mais complexas. Assim, primordial que o Estado invista na capacitação dos gestores públicos, de modo a torná-los aptos a lidar com o procedimento do diálogo competitivo de maneira eficiente.



REFERÊNCIAS

ARROWSMITH, Sue; TREUMER, Steen (Ed.). *Competitive dialogue in EU procurement*. Cambridge University Press, 2012.

BICALHO, Alécia Paolucci Nogueira; PEREIRA, Flávio Henrique Unes. Comentários ao PLS nº 559/2013. Modernização e atualização da Lei de Licitações e Contratos. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, ano 16, n. 181, p. 9-23, jan. 2017.

BOGOSSIAN, Andre Martins. O diálogo concorrencial. Boletim de Direito, 2010.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 08 nov. 2020.

BRASIL. Lei nº 14.133 de 1º de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14133.htm>. Acesso em: 08 abril 2020.

BRASIL. Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm>. Acesso em: 08 nov. 2020.

BRASIL. Projeto de Lei 1292/1995. Estabelece normas gerais de licitação e contratação para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; altera as Leis nºs 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e 11.079, de 30 de dezembro de 2004, e o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); e revoga dispositivos da Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011, e as Leis nºs 8.666, de 21 de junho de 1993, e 10.520, de 17 de julho de 2002. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=16526>>. Acesso em: 08 nov. 2020.

CÓRCOLES, Isabel Gallego. *El diálogo competitivo*. Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas, n. 156, p. 54-60, 2018.

COSTA, Caio César de Medeiros; TERRA, Antônio Carlos Paim. Compras públicas: para além da economicidade. Brasília: Enap, 2019.



COSTA, Renata Rainho. A Aplicação da Modalidade Licitatória Diálogo Competitivo ao Direito Administrativo Brasileiro. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/337146205_A_Aplicacao_da_Modalidade_Licitatoria_Dialogo_Competitivo_ao_Direito_Administrativo_Brasileiro>. Acesso em: 10 jan. 2021.

ESCOBAR, José Luis Nores. *La novedad del diálogo competitivo en el Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público*. Reflexiones: Revista de Obras Públicas, Transporte y Ordenación Territorial, v. 2, n. 2, p. 3-9, 2007.

GARCIA, Flavio Amaral; MOREIRA; Egon Bockmann. “O projeto da nova lei de licitações brasileira e alguns de seus desafios”. Revista de contratos Públicos. Edição CEDIPRE, nº 21, setembro/2019, p. 13-53.

HAUGBØLLE, Kim; PIHL, Daniel; GOTTLIEB, Stefan Christoffer. *Competitive dialogue: Driving innovation through procurement?*. Procedia Economics and Finance, v. 21, p. 555-562, 2015.

LIMA, Cláudia Castello Branco. Uma análise comparativa entre o Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI) e o diálogo competitivo. 2014. Tese de Doutorado.

MARRARA, Thiago. O “diálogo competitivo” como modalidade licitatória, suas características e seus impactos na lógica da contratação Pública. BLC – Boletim de Licitações e contratos, São Paulo: BDJ, ano 30, n. 5, p. 535-537, jun.2017.

NETO, Celso de Almeida Afonso. Diálogo competitivo: um natimorto no direito brasileiro. Limites, p. 349, 2018.

OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de. O Diálogo Competitivo do Projeto de Lei de Licitação e Contrato Brasileiro. Disponível em: <www.licitacaocontrato.com.br>. Acesso em: 06 jan. 2021.

PEREIRA JUNIOR, Jesse Torres. Modalidades de Licitação. Disponível em: <<http://www.novaleilicitacao.com.br/2019/12/12/modalidades-de-licitacao>>. Acesso em: 11 jan. 2021.

REISDORFER, Guilherme Fredherico Dias. A contratação integrada no Regime Diferenciado de Contratação (Lei 12.462/2011). Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, Curitiba, n. 55, 2011.

ROCHA, Marcelo Dantas. Anotações sobre o PLC 6.814/2017: principais aspectos da proposta da nova Lei Geral de Licitações. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, ano 16, n. 190, p. 54-60, out. 2017.



SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho et al. Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI): solicitação e apresentação de estudos e projetos para a estruturação de concessões comuns e parcerias público-privadas. 2013.

THE WORLD BANK. *Competitive dialogue: how to undertake a competitive dialogue procurement process*. Washington: The World Bank, 2017. Disponível em: <<http://pubdocs.worldbank.org/en/412401507743078456/Competitive-Dialogue-Guidance-2017.pdf>> Acesso em: 11 maio 2018.

TOURINHO, Rita. A evolução do processo licitatório no ordenamento jurídico brasileiro e expectativas na tramitação do Projeto de Lei nº 599/13. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, ano 16, n. 186, p. 43-52, jun. 2017.



DESIGUALDADE RACIAL NO BRASIL E A IMPORTÂNCIA DAS POLÍTICAS PÚBLICAS PARA GARANTIA DA IGUALDADE DE OPORTUNIDADES
RACIAL INEQUALITY IN BRAZIL AND THE IMPORTANCE OF PUBLIC POLICIES TO ENSURE EQUAL OPPORTUNITIES

Verônica Aparecida da Costa¹

Resumo: A desigualdade racial no Brasil é reflexo de graves violações aos direitos humanos em decorrência do período escravocrata, que deixou graves consequências sociais. Nesse cenário, surge a importância das políticas públicas, destinadas ao combate à discriminação racial e à promoção da igualdade. Medidas especiais que visam garantir a igualdade e inclusão de grupos étnicos ou raciais, proporcionando igualdade de oportunidades e direito à participação na vida comunitária, especialmente nas atividades políticas, econômicas, sociais, religiosas e culturais, preservando a dignidade desses grupos.

Palavras-Chave: Desigualdade Racial. Igualdade De Oportunidades. Políticas Públicas. Ações Afirmativas. Negros.

Abstract: The racial inequality in Brazil is the reflection of serious violations of human rights as a result of the slavery period, that left serious social consequences. In this context, the importance of public policies emerges, which aim to combat racial discrimination and aim to promote equality. Special measures that aim to guarantee equality and inclusion of ethnic or racial groups, providing equal opportunities and providing the right to take part in community life, especially at political, economic, social, religious and cultural activities, preserving the dignity of these groups.

Keywords: Racial inequality. Equality of opportunities. Public policies. Affirmative action policies. Black people.

INTRODUÇÃO

Em 1888 a Princesa Imperial Regente Isabel, filha do Imperador D. Pedro II, sancionava a Lei Áurea (Lei nº 3.353, de 13 de maio de 1888), ato normativo que declarou extinta a escravidão no Império do Brasil, que vigorou por cerca de três séculos, desde o início da colonização.

Há mais de 135 anos da abolição da escravidão no país, perduram ainda no seio da sociedade brasileira os impactos desse sistema inescrupuloso, que deixou consequências profundas e duradouras.

A desigualdade racial que afeta os negros no Brasil é reflexo de graves violações aos direitos humanos em decorrência do período escravocrata, que deixou

¹ Bacharel em Direito pela Universidade Paulista - UNIP. Pós-graduada em Direitos Humanos e Questões Étnicas Raciais pela Faculdade Facuminas de Pós-Graduação. E-mail: verocosta7@yahoo.com.br.

como “herança”: discriminação, preconceitos, pobreza, marginalização, desigualdade de oportunidades e de riquezas.

Nesse contexto surge a importância das políticas públicas inclusivas, voltadas a minorar os efeitos deletérios deixados por cerca de três séculos do período escravocrata no Brasil.

As políticas públicas inclusivas são de extrema importância para efetivação dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, expressos no art. 4º da Constituição Federal – CF/88, buscando a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a erradicação da pobreza e da marginalização, a redução das desigualdades sociais e regionais, bem como a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Desta forma, um dos objetivos deste artigo é tratar sobre o problema da desigualdade racial no Brasil e discutir a importância das políticas públicas, que buscam promover igualdade e inclusão de grupos étnicos ou raciais, proporcionando igualdade de oportunidades.

2. ORIGENS HISTÓRICAS DA DESIGUALDADE RACIAL NO BRASIL

A desigualdade racial no Brasil iniciou-se com o período colonial, período em que Portugal dominou e explorou o Brasil. A economia do período Brasil Colônia consistia na exploração de riquezas do país, como o ouro e a cana de açúcar, para atendimento da demanda dos portugueses.

Os portugueses utilizavam basicamente a mão de obra escrava, que se iniciou com a escravidão indígena e, posteriormente, com a escravidão dos negros africanos. Assim, o tráfico negreiro - migração forçada de negros africanos ao Brasil - iniciou-se por volta da década de 1550 e se tornou uma atividade muito lucrativa e rentável no Brasil Colônia, encerrando-se somente com a decretação da Lei Eusébio de Queirós, em 1850.

Estima-se que “o Brasil recebeu, aproximadamente, 4,8 milhões de africanos escravizados durante três séculos de tráfico” (DANIEL NEVES SILVA, 2023).

Os escravos eram obrigados a trabalhos forçados nas diversas atividades econômicas, em condições desumanas e cruéis.

O sistema escravocrata teve continuidade no período imperial, instaurado a partir de 07 de setembro de 1822 (data da independência do Brasil). Durante todo o



período houve movimentos de resistência, gerando conflitos entre senhores e escravos, bem como movimentos políticos e sociais na busca do abolicionismo.

Somente com a sanção da Lei Áurea (Lei nº 3.353, de 13 de maio de 1888), pela Princesa Imperial Regente Isabel, filha do Imperador D. Pedro II, declarou-se extinta a escravidão no Brasil.

A abolição da escravidão veio sem o estabelecimento de políticas públicas de inclusão social ou qualquer tipo de reparação por anos de perversa desumanidade, o que impediu esse grupo marginalizado de ter acesso à educação, à propriedade, à saúde, ao trabalho e às oportunidades econômicas.

Os “libertos” continuaram “escravos” da sociedade uma vez que foram abandonados à própria sorte, sem poder para o exercício pleno da cidadania e sem participação ativa como indivíduos membros de uma sociedade.

A sociedade brasileira se desenvolveu alicerçada em uma hierarquia social baseada na raça, onde os negros e índios foram colocados na base da pirâmide social e os brancos ocupando o topo dessa organização social de estrutura rígida.

3. LEGADO DA ESCRAVIDÃO NO BRASIL

O legado deixado pela escravidão é intensamente sentido em vários segmentos da sociedade brasileira contemporânea. As estruturas de poder e hierarquia sociais foram organizadas baseadas na raça.

Os brancos, antigos senhores de escravos, mantiveram a hegemonia do poderio econômico, político, militar e cultural, conservando um desequilíbrio de forças.

A riqueza e o poder se concentraram nas mãos dos brancos, que mantinham relações de trabalho precárias e desiguais com os negros.

A população negra continuou a enfrentar discriminação, racismo, pobreza e exclusão social, tendo acesso limitado à educação, saúde, trabalho, oportunidades econômicas e outros.

O governo brasileiro criou políticas discriminatórias, que reforçaram a desigualdade racial, entre elas podemos citar as políticas favorecidas para os imigrantes europeus. A política de “branqueamento” da população incentivou a discriminação e segregação dos negros no ambiente de trabalho. Ramos (2019) afirma:



Vale lembrar também que, após a abolição da escravidão no Brasil (1888), muitos fazendeiros não quiseram empregar e pagar salários aos ex-escravos, preferindo assim o imigrante europeu como mão de obra. Neste contexto, o governo brasileiro incentivou e chegou a criar campanhas para trazer imigrantes europeus para o Brasil.

Aos negros libertos restaram pequenos serviços urbanos e a dedicação à economia de subsistência, não sendo disponibilizadas melhores condições de trabalho e qualificação profissional. Explica Mário Theodoro (2008, p. 25):

O perfil de ocupação da força de trabalho assumirá, então, nova conformação. Enquanto a mão-de-obra imigrante chega e ocupa-se cada vez mais da produção de café, uma parte crescente da população de escravos então liberados, vai se juntar ao contingente de homens livres e libertos, a maioria dos quais se dedicava seja à economia de subsistência, seja a alguns ramos ligados aos pequenos serviços urbanos. Não houve a valorização dos antigos escravos ou mesmo dos livres e libertos com alguma qualificação. O nascimento do mercado de trabalho ou, dito de outra forma, a ascensão do trabalho livre como base da economia foi acompanhada pela entrada crescente de uma população trabalhadora no setor de subsistência e em atividades mal remuneradas. Esse processo vai dar origem ao que, algumas décadas mais tarde, viria a ser denominado “setor informal”, no Brasil.

No campo da educação também há notícias de políticas segregacionistas e discriminatórias, que limitavam ou por vezes negavam o acesso dos negros à educação. Iolanda Oliveira evidencia:

A despeito do mencionado direito que limita, mas não impede totalmente o acesso do negro à escola, em 1937, “o presidente da província do Rio de Janeiro, Paulino José de Souza, sancionou no mesmo ano, a Lei nº 1 que faz a determinação seguinte para a instrução primária: Art. 3º. São proibidas de freqüentar as escolas públicas: 1º “todas as pessoas que padecerem de moléstias contagiosas. 2º Os escravos e os pretos africanos ainda que sejam livres ou libertos. Portanto retira do negro, toda e qualquer possibilidade de freqüentar a escola pública nesta província.

VAZ, Livia Sant’Anna (2022, p. 25), faz uma análise histórica sobre as proibições e restrições legais para acesso à educação formal, enfrentadas por pessoas negras e escravizadas. Segundo a autora, houve estagnação histórica imposta à população negra, senão vejamos:

A análise da questão educacional no Brasil revela um cenário de desigualdades historicamente determinadas que ainda produzem seus deletérios efeitos, gerando uma espécie de concentração do conhecimento formal. Assim, os altos níveis de escolaridade se mantêm ao longo dos séculos como acúmulo de privilégios hereditariamente transmitidos no interior do mesmo grupo étnico-racial, em detrimento da estagnação imposta aos grupos raciais vulnerabilizados, notadamente a população negra.



Recorrer ao mérito, como resposta pré-concebida para explicar essa realidade, alimenta estereótipos que atribuem às pessoas capacidades intelectuais conforme a raça, perpetuando, ainda que inconscientemente ou não declaradamente, teses defendidas pelo racismo científico.

Nesse sentido, os ex-escravos foram colocados à margem da sociedade. Os negros não tiveram acesso à terra e à propriedade privada. Restaram aos negros, como consequências das políticas discriminatórias, os piores postos de trabalhos, salários baixos, desempregos, obscurantismo, pobreza e marginalização.

O fim do regime escravocrata garantiu a igualdade formal entre brancos e negros. A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891 assegurou a todos os brasileiros a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, bem como enfatizou a igualdade de todos perante a lei (art. 72 e seu § 2º).

Contudo, apesar do grande avanço histórico, verifica-se a existência apenas de uma igualdade formal, carecendo de concretização do direito material (igualdade material) entre brancos e negros. No mesmo sentido, pontua Mário Theodoro (2008, p. 33):

A abolição da escravidão colocou a população negra em uma situação de igualdade política e civil em relação aos demais cidadãos. Contudo, como a literatura tem constantemente reafirmado, as possibilidades de inclusão socioeconômica dessa população eram extremamente limitadas. Como será visto a seguir, medidas anteriores ao fim da escravidão haviam colocado a população livre e pobre em uma situação de completa exclusão em termos de acesso à terra. Por sua vez, o acesso à instrução também não fora garantido por políticas públicas, não sendo sequer acolhido como objetivo ou garantia de direitos na Constituição Republicana de 1891. No mercado de trabalho, a entrada massiva de imigrantes europeus deslocava a população negra livre para colocações subalternas.

Esse processo foi marcado tanto por uma ausência de políticas públicas em favor dos ex-escravos e à população negra livre, como pela implementação de iniciativas que contribuíram para que o horizonte de integração dos ex-escravos ficasse restrito às posições subalternas da sociedade.

As consequências da escravidão inspiraram o início de movimentos sociais de resistência. Apesar da opressão, surgiram movimentos negros por luta pela igualdade e justiça social.

Esses movimentos negros tiveram importantes conquistas durante os anos, com significativos avanços em diversas áreas. Porém foi apenas o início de um longo processo de luta para efetivação da igualdade social e busca por dignidade, direitos e inclusão.

A população negra enfrenta ainda disparidades em indicadores sociais, como acesso à educação de qualidade, à postos de trabalhos com funções de diretoria, coordenação e supervisão, aos melhores salários e à representação política.

As pessoas de cor preta e parda ocupam as posições menos favorecidas na sociedade.

O Estudo “Desigualdades Sociais por Cor ou Raça no Brasil” (IBGE, 2022), realizado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, demonstra que os indicadores socioeconômicos da população preta e parda possuem taxas médias bem aquém das taxas médias relativas aos brancos:

- mercado de trabalho e distribuição de renda – ocupação de cargos gerenciais (2021): 69,0% ocupados por brancos; 29,5% ocupados por pretos ou pardos.
- pessoas abaixo das linhas de pobreza (2021) – inferior a US\$ 5,50/dia: pessoas brancas: 18,6%; pessoas pretas: 34,5%; pessoas pardas: 38,4%.
- condições de moradia e patrimônio – proprietários de grandes estabelecimentos agropecuários (2021): pessoas brancas: 79,1%; pessoas pretas ou pardas: 19,0%.
- Violência – taxa de homicídios, por 100 mil pessoas (2020): pessoas brancas: 11,5%; pessoas pretas: 21,9%; pessoas pardas: 34,1%.
- participação e gestão – candidatos(as) a prefeito(a) com receita de campanha acima de R\$ 1 milhão (2020): pessoas brancas: 67,5%; pessoas pretas: 6,8%; pessoas pardas: 25,7%.
- taxa de desocupação (2021): pessoas brancas: 11,3%; pessoas pretas: 16,5%; pessoas pardas: 16,2%.

Os negros foram libertos da escravidão, porém foram historicamente privados de direitos sociais, não possuindo direito a terra, trabalho ou educação. Essa privação histórica os impediu de obter progresso social.

Pessoas pretas e pardas no Brasil, mesmo após mais de um século do fim da escravidão, não concorrem em igualdade de condições com os brancos.

O combate à desigualdade racial é um processo contínuo e requer ações políticas constantes, com vistas ao alcance da tão almejada igualdade material.

4. IGUALDADE NA LEI E IGUALDADE PERANTE A LEI

A Constituição Federal prescreve em seu art. 5º, caput, o princípio da isonomia, nos seguintes termos:

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: (...)

O princípio da isonomia garante tratamento igualitário perante a lei. No Brasil vislumbramos importantes instrumentos normativos destinados ao combate à discriminação racial e a promoção da igualdade, sendo todos instrumentos necessários para garantir formalmente os direitos de igualdade e dignidade, inerentes a todos os seres humanos.

Contundo, o princípio da igualdade atua em duas vertentes: “igualdade perante a lei” e “igualdade na lei”, sendo de extrema importância diferenciar as duas expressões.

“Igualdade perante a lei”: Trata-se da igualdade formal - Termo utilizado no artigo 5º da CF/88. Significa: “na aplicação da lei”, ou seja, o dever de aplicar a lei ao caso concreto. Volta-se principalmente ao aplicador da lei – executivo, judiciário ou legislativo, este último no exercício de função atípica. Devendo o intérprete aplicar os atos normativos de maneira a prestigiar o princípio da igualdade.

“Igualdade na lei”: Trata-se da igualdade material - Significa: “igualdade no conteúdo da lei”, “igualdade na criação do direito”, ou seja, dever prestigiar o princípio da igualdade no exercício de uma função normativa – executivo, judiciário ou legislativo, os dois primeiros no exercício de sua função atípica.

Veja trecho da ementa do acórdão proferido no mandado de injunção nº 58:

“O princípio da isonomia, que se reveste de auto-aplicabilidade, não é – enquanto postulado fundamental de nossa ordem político-jurídica – suscetível de regulamentação ou de complementação normativa. Esse princípio – cuja observância vincula, incondicionalmente, todas as manifestações do Poder Público – deve ser considerado, em sua precípua função de obstar discriminações e de extinguir privilégios (RDA 55/114), sob duplo aspecto: (a) o da igualdade na lei; e (b) o da igualdade perante a lei. A igualdade na lei – que opera numa fase de generalidade puramente abstrata – constitui exigência destinada ao legislador que, no processo de sua formação, nela não poderá incluir fatores de discriminação, responsáveis pela ruptura da ordem isonômica. A igualdade perante a lei, contudo, pressupondo lei já elaborada, traduz imposição destinada aos demais poderes estatais, que, na aplicação da norma legal, não poderão subordiná-la a critérios que ensejem tratamento seletivo ou discriminatório. A eventual inobservância desse postulado pelo legislador imporá ao ato estatal por ele elaborado e produzido a eiva de inconstitucionalidade.” (MI 58, Rel. p/ o ac. Min. Celso de Mello, julgamento em 14-12-1990, Plenário, DJ de 19-4-1991.)

Nessa linha de inteligência, a igualdade formal (perante a lei) garante o tratamento igualitário em situações iguais, sem discriminações arbitrárias. Dessa maneira, garante-se uma igualdade de tratamento sem distinção de qualquer natureza.

Entretanto, somente a igualdade formal não é suficiente para a efetivação da justiça social, visto que consideraria todos iguais perante a lei, mas sem levar em consideração suas diferenças.

A ideia de igualdade material (igualdade na lei), também chamada de “igualdade Aristotélica”, é resumida pela expressão “devemos tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade”. A igualdade material preconiza a concretização da igualdade real e efetiva.

5. MEDIDAS ESPECIAIS DESTINADAS AO COMBATE À DISCRIMINAÇÃO E À PROMOÇÃO DA IGUALDADE RACIAL

A República Federativa do Brasil firmou compromissos internacionais e fundamentais nacionais de erradicação do racismo e da discriminação racial. Dessa forma, para combater a exclusão e a marginalização baseado na raça, o estado deve adotar medidas nacionais e regionais para promoção da igualdade e da não discriminação entre seres humanos.

Medidas estas que são necessárias para incentivar o respeito e a observância dos direitos humanos e das liberdades fundamentais dos afrodescendentes, povos indígenas, grupos e minorias raciais e étnicas.

Possuem o intuito de alcançar os objetivos fundamentais do Brasil (art. 3º da CF/88): construção de uma sociedade livre, justa e solidária, com erradicação da marginalização e redução das desigualdades sociais sem preconceitos de qualquer natureza.

Nesse sentido surgem as políticas públicas. Tratam-se de medidas especiais ou ações afirmativas, implementadas pelo governo, com a finalidade de assegurar o gozo e exercício dos direitos humanos e liberdades fundamentais em condições de igualdade.

As políticas públicas podem ser realizadas em vários segmentos sociais, especialmente nas atividades políticas, educacionais, econômicas, empresariais, culturais e esportivas.

Entre as medidas importantes para concretização da igualdade material racial, podemos citar, entre outras, as seguintes:

- a) medidas legislativas com a finalidade primordial de combate ao racismo, à discriminação racial e às formas correlatas de intolerância;
- b) produção de normas que buscam reduzir e minimizar a desigualdade racial;

- c) implementação de políticas públicas com o propósito de proporcionar tratamento equitativo e geração de igualdade de oportunidades;
- d) desenvolvimento de sistemas políticos, jurídicos e administrativos que reflitam de forma proporcional, em sua composição, a diversidade racial presente em nossa sociedade;
- e) adoção de ações afirmativas.

6. POLÍTICAS PÚBLICAS E AÇÕES AFIRMATIVAS - MEIOS DE REALIZAÇÃO DA IGUALDADE DE OPORTUNIDADES

Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância dispõe que os Estados partes se comprometem a adotar políticas especiais e ações afirmativas necessárias para assegurar o gozo ou exercício dos direitos e liberdades fundamentais das pessoas ou grupos sujeitos ao racismo, à discriminação racial e formas correlatas de intolerância. Veja conceito previsto no artigo 6:

Artigo 6. Os Estados Partes comprometem-se a formular e implementar políticas cujo propósito seja proporcionar tratamento equitativo e gerar igualdade de oportunidades para todas as pessoas, em conformidade com o alcance desta Convenção; entre elas políticas de caráter educacional, medidas trabalhistas ou sociais, ou qualquer outro tipo de política promocional, e a divulgação da legislação sobre o assunto por todos os meios possíveis, inclusive pelos meios de comunicação de massa e pela internet.

De acordo com o artigo 1º, parágrafo único, incisos V, do Estatuto da igualdade Racial, políticas públicas “são as ações, iniciativas e programas adotados pelo Estado no cumprimento de suas atribuições institucionais”;

As políticas públicas são verdadeiros mecanismos de implementação de mudanças na sociedade, usadas com o objetivo de melhora progressiva e paulatina, por meio do estabelecimento de diretrizes, objetivos, metas e ações.

A participação da população negra em condição de igualdade de oportunidade será promovida prioritariamente por políticas públicas; ações afirmativas; promoção de ajustes normativos e eliminação de obstáculos que impedem a representação da diversidade étnica, conforme previsão do art. 4º da lei nº 12.288/2010 (Estatuto da igualdade Racial), *in verbis*:

Art. 4º. A participação da população negra, em condição de igualdade de oportunidade, na vida econômica, social, política e cultural do País será promovida, prioritariamente, por meio de:

I - inclusão nas políticas públicas de desenvolvimento econômico e social;

II - adoção de medidas, programas e políticas de ação afirmativa;

III - modificação das estruturas institucionais do Estado para o adequado enfrentamento e a superação das desigualdades étnicas decorrentes do preconceito e da discriminação étnica;

IV - promoção de ajustes normativos para aperfeiçoar o combate à discriminação étnica e às desigualdades étnicas em todas as suas manifestações individuais, institucionais e estruturais;

V - eliminação dos obstáculos históricos, socioculturais e institucionais que impedem a representação da diversidade étnica nas esferas pública e privada;

VI - estímulo, apoio e fortalecimento de iniciativas oriundas da sociedade civil direcionadas à promoção da igualdade de oportunidades e ao combate às desigualdades étnicas, inclusive mediante a implementação de incentivos e critérios de condicionamento e prioridade no acesso aos recursos públicos;

VII - implementação de programas de ação afirmativa destinados ao enfrentamento das desigualdades étnicas no tocante à educação, cultura, esporte e lazer, saúde, segurança, trabalho, moradia, meios de comunicação de massa, financiamentos públicos, acesso à terra, à Justiça, e outros.

Parágrafo único. Os programas de ação afirmativa constituir-se-ão em políticas públicas destinadas a reparar as distorções e desigualdades sociais e demais práticas discriminatórias adotadas, nas esferas pública e privada, durante o processo de formação social do País.

Entre as ações de políticas públicas podemos citar as ações afirmativas: que são “os programas e medidas especiais adotados pelo Estado e pela iniciativa privada para a correção das desigualdades raciais e para a promoção da igualdade de oportunidades” (art. 1º do Estatuto da Igualdade Racial - Lei nº 12.288/2010).

Segundo Lordelo (2022, p. 643):

Ações afirmativas consistem em políticas públicas ou privadas implementadas por meio de medidas positivas concretas com o objetivo de aumentar a representação de grupos minoritários historicamente excluídos de áreas como o emprego, a educação e a cultura.

As ações afirmativas consistem em verdadeiras ações (estatal e privadas), temporárias, com vistas a concretização do princípio constitucional da igualdade material. Trata-se de instrumento necessário à reparação ou compensação dos fatores de desigualdade existentes em uma sociedade, manifestados por persistente quadro de exclusão social, que prevalece por séculos de dominação e discriminações generalizadas.

Podem ser sintetizadas como discriminação reversa legítima e medidas compensatórias em favor dos grupos raciais menos favorecidos. De forma alguma

podem ser consideradas discriminatórias, não se confundindo com benesses em prol de determinado grupo social.

Não se trata de benefícios ou privilégios. Trata-se de verdadeiro meio de efetivação de direitos fundamentais, permitindo o alcance de posições de destaque, no meio econômico, político e social, às populações negras.

Para que não ocorra o desvirtuamento dos objetivos de justiça social, as medidas afirmativas não podem se constituir em medidas permanentes, não podendo se estender além de um período de tempo razoável e suficiente para proporcionar equilíbrio nas relações sociais.

Ressalta-se o alerta previsto no art. 2º, item 2, da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial:

Essas medidas não deverão, em caso algum, ter a finalidade de manter direitos desiguais ou distintos para os diversos grupos raciais, depois de alcançados os objetivos em razão dos quais foram tomadas.

Nesse sentido, destaco trecho do voto do E. Ministro Ricardo Lewandowski (relator) no julgamento do ADPF 186/DF, que indicou a natureza transitória das ações afirmativas, segundo o qual:

É importante ressaltar a natureza transitória das políticas de ação afirmativa, já que as desigualdades entre negros e brancos não resultam, como é evidente, de uma desvalia natural ou genética, mas decorrem de uma acentuada inferioridade em que aqueles foram posicionados nos planos econômico, social e político em razão de séculos de dominação dos primeiros pelos segundos.

Assim, na medida em que essas distorções históricas forem corrigidas e a representação dos negros e demais excluídos nas esferas públicas e privadas de poder atenda ao que se contém no princípio constitucional da isonomia, não haverá mais qualquer razão para a subsistência dos programas de reserva de vagas nas universidades públicas, pois o seu objetivo já terá sido alcançado.

Assim, as medidas afirmativas devem possuir natureza transitória (não permanente), uma vez que, alcançados seus objetivos, não há mais razão para manutenção das políticas de ações afirmativas, devendo-se eliminar as medidas compensatórias.

Dentre as principais ações afirmativas previstas no Brasil, podemos citar:

a) reserva de vagas para pessoas autodeclaradas pretos, pardos, indígenas e quilombolas no ensino superior – A Lei nº 12.711/2012 garante o preenchimento, em

instituição federal de ensino superior, por autodeclarados pretos, pardos, indígenas e quilombolas, em proporção ao total de vagas no mínimo igual à proporção respectiva de pretos, pardos, indígenas e quilombolas na população da unidade da Federação onde está instalada a instituição, segundo o último censo da Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE);

b) reserva de vagas para negros nos cargos públicos – Lei nº 12.990/2014 garante a reserva aos negros de 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União;

c) reserva de vagas para pessoas negras, de percentual mínimo de cargos em comissão e funções de confiança no âmbito da administração pública federal – Decreto nº 11.443/2023;

d) diversos normativos distritais, estaduais e municipais de políticas de cotas para negros, para ingresso nos cargos efetivos e empregos públicos, no âmbito da administração pública, com exemplos citamos: i) Lei Distrital nº 6.321/2019; ii) Lei nº 15.939/2013 do Município de São Paulo; iii) Lei nº 9.852/2022 do Estado do Rio de Janeiro; iv) Lei nº 8.733/2022 do Estado de Alagoas; Lei nº 14.274/2003 do Estado do Paraná; entre outras inúmeras leis.

As ações afirmativas são um importante passo para a reparação das distorções históricas e desigualdades existentes no seio da sociedade brasileira.

Destaca-se que o Poder Executivo possui papel essencial na promoção da igualdade de oportunidades, sendo responsável por coordenar a formulação e implementação de políticas públicas, bem como a implementação de ações afirmativas.

A implementação dessas ações é necessária para a ampliação dos debates públicos, com vistas a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º da CF/88), garantindo à participação na vida comunitária, especialmente nas atividades políticas, econômicas, sociais, religiosas e culturais, preservando a dignidade desses grupos.

A vista de todo explanado, as políticas públicas e ações afirmativas, destinadas ao combate à discriminação racial e à promoção da igualdade, objetivam promover representação social adequada de negros, indígenas e grupos étnicos



desfavorecidos, alcançando a tão almejada igualdade material e, como consequência, garantindo igualdade de oportunidades.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A desigualdade racial no Brasil é reflexo de graves violações aos direitos humanos em decorrência do período escravocrata, que deixou como “herança”: discriminação, preconceitos, pobreza, marginalização, desigualdade de oportunidades e de riquezas.

Os negros foram libertos da escravidão, porém foram historicamente privados de direitos sociais, não possuindo direito a terra, trabalho ou educação. Essa privação histórica os impediu de obter progresso social.

Os resultados das pesquisas demonstram, de forma clara e cristalina, que o Brasil é um país marcado por condutas racistas. A sociedade brasileira se desenvolveu alicerçada em uma hierarquia social baseada na raça, onde os negros e índios foram colocados na base da pirâmide social.

A pessoas de cor preta e parda ocupam as posições menos favorecidas na sociedade, restando aos brancos os melhores postos de trabalho, melhores salários e posições privilegiadas em todos os seguimentos: sociais, econômicos, culturais e políticos.

A igualdade formal (perante a lei) é importante instrumento para garantia tratamento igualitário. Entretanto, somente a igualdade formal não é suficiente para a efetivação da justiça social. Devemos buscar a igualdade material (igualdade na lei), que preconiza a concretização da igualdade real e efetiva.

A República Federativa do Brasil firmou compromissos internacionais e fundamentais nacionais de erradicação do racismo, da discriminação racial e de todas as formas de intolerância.

Para combater a exclusão e a marginalização baseado na raça, o estado deve adotar medidas nacionais e regionais para promoção da igualdade e da não discriminação entre seres humanos.

Entre as medidas importantes para concretização da igualdade material, podemos citar, entre outras, medidas legislativas, implementação de políticas públicas e adoção de ações afirmativas.

As políticas públicas e ações afirmativas, destinadas ao combate à discriminação racial e à promoção da igualdade, objetivam promover representação



social adequada de negros, indígenas e grupos étnicos desfavorecidos, alcançando a tão almejada igualdade material e, como consequência, garantindo igualdade de oportunidades.



REFERÊNCIAS

ALAGOAS. Lei nº 8.733, de 27 de julho de 2022. Dispõe sobre a reserva de vagas para negros, índios e quilombolas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos. Disponível em: <https://sapl.al.al.leg.br/media/sapl/public/normajuridica/2022/2349/lei_no_8.733_de_27_de_julho_de_2022.pdf>. Acesso em: 28 de março de 2024.

BRASIL. Constituição da república dos estados unidos do brasil de 1891. Disponível em: Constituição91 (<planalto.gov.br>). Acesso em: 11 outubro de 2023.

BRASIL. Constituição da república federativa do brasil de 1988. Disponível em: Constituição (<planalto.gov.br>). Acesso em: 11 de outubro de 2023.

BRASIL. Desigualdades Sociais por Cor ou Raça no Brasil. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. IBGE, 2022. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101972_informativo.pdf>. Acesso em: 25/03/2024.

BRASIL. Decreto nº 11.443, de 21 de março de 2023. Dispõe sobre o preenchimento por pessoas negras de percentual mínimo de cargos em comissão e funções de confiança no âmbito da administração pública federal. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/decreto/d11443.htm>. Acesso em: 28 de março de 2024.

BRASIL. Lei nº 3.353, de 13 de Maio de 1988. Declara extinta a escravidão no Brasil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim3353.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%203.353%2C%20DE%2013,extinta%20a%20escravid%C3%A3o%20no%20Brasil>. Acesso em: 28 de março de 2024.

BRASIL. Lei nº 12.288, de 20 de Julho de 2010. Institui o Estatuto da Igualdade Racial. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12288.htm>. Acesso em: 24 de fevereiro de 2024.

BRASIL. Lei nº 12.711, de 29 de agosto de 2012. Dispõe sobre o ingresso nas universidades federais e nas instituições federais de ensino técnico de nível médio e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12711.htm>. Acesso em: 28 de março de 2024.



BRASIL. Lei nº 12.990, de 09 de junho de 2014. Reserva aos negros 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12990.htm>. Acesso em: 28 de março de 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 186/DF. Relator: MIN. RICARDO LEWANDOWSKI. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6984693>>. Acesso em: 21/03/2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI 58. Relator: MIN. CARLOS VELLOSO. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81737>>. Acesso em: 24/02/2024.

DISTRITO FEDERAL. Lei nº 6.321, de 10 de julho de 2019. Reserva, aos negros e negras, 20% das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos, no âmbito da administração pública. Disponível em: <https://www.sinj.df.gov.br/sinj/Norma/cba3dbf79f7e4ae488b20d0a5335b3ab/Lei_63_21_2019.html>. Acesso em: 28 de março de 2024.

LORDELO, João Paulo. Noções Gerais de Direito e Formação Humanística. 6ª edição. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022.

MAZZUOLI, Valerio (org.). Vade Mecum Internacional: CONVENÇÃO INTERAMERICANA CONTRA O RACISMO, A DISCRIMINAÇÃO RACIAL E FORMAS CORRELATAS DE INTOLERÂNCIA (2013). 17ª edição. Rio de Janeiro: Método, 2023.

MAZZUOLI, Valerio (org.). Vade Mecum Internacional: CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE A ELIMINAÇÃO DE TODAS AS FORMAS DE DISCRIMINAÇÃO RACIAL. 17ª edição. Rio de Janeiro: Método, 2023.

OLIVEIRA, Iolanda. O NEGRO NO SISTEMA EDUCACIONAL BRASILEIRO: alguns aspectos históricos e contemporâneos. Disponível em: <https://www.mprj.mp.br/documents/20184/167086/apresentacao_iolanda_oliveira.pdf>. Acesso em 03 de outubro de 2023.

PARANÁ. Lei nº 14.274, de 24 de dezembro de 2003. Reserva vagas a afrodescendentes em concursos públicos, conforme especifica. Disponível em: <<https://leisestaduais.com.br/pr/lei-ordinaria-n-14274-2003-parana-reserva-vagas-a-afro->>. Acesso em: 28 de março de 2024.



RAMOS, Jefferson Evandro Machado. História da Imigração no Brasil. Disponível em: <https://www.historiadobrasil.net/imigracao/>. Acesso em 03 de outubro de 2023.

RIO DE JANEIRO. Lei nº 9.852, de 14 de setembro de 2022. Prorroga a vigência da ação afirmativa instituída pela Lei 6.067, de 25 de outubro de 2011, e dá outras providências. Disponível em: <<https://leisestaduais.com.br/rj/lei-ordinaria-n-9852-2022-rio-de-janeiro-prorroga-a-vigencia-da-acao-afirmativa-instituida-pela-lei-6-067-de-25-de-outubro-de-2011-e-da-outras-providencias>>. Acesso em: 28 de março de 2024.

THEODORO, Mário (org.). JACCOUD, Luciana. OSÓRIO, Rafael. SOARES, Sergei. As políticas públicas e a desigualdade racial no Brasil 120 anos após a abolição: “A FORMAÇÃO DO MERCADO DE TRABALHO E A QUESTÃO RACIAL NO BRASIL”. 1ª edição. Brasília: Ipea, 2008.

SÃO PAULO. Lei nº 15.939, de 23 de dezembro de 2013. Dispõe sobre o estabelecimento de cotas raciais para o ingresso de negros e negras no serviço público municipal em cargos efetivos e comissionados. Disponível em: <<https://leismunicipais.com.br/a/sp/s/sao-paulo/lei-ordinaria/2013/1594/15939/lei-ordinaria-n-15939-2013-dispoe-sobre-o-estabelecimento-de-cotas-raciais-para-o-ingresso-de-negros-e-negras-no-servico-publico-municipal-em-cargos-efetivos-e-comissionados>>. Acesso em: 28 de março de 2024.

SILVA, Daniel Neves. "Tráfico negreiro"; Brasil Escola. Disponível em: <https://brasilecola.uol.com.br/historiab/trafico-negreiro.htm>. Acesso em 19 de agosto de 2023.

VAZ, Livia Sant'Anna. Cotas Raciais (Feminismos Plurais / coordenação de Djamila Ribeiro). 1ª edição. São Paulo: Editora Jandaíra, 2022.



PRIVATIZAÇÃO: ERROS E ACERTOS NA PRIVATIZAÇÃO DOS CARTÓRIOS EXTRAJUDICIAIS NO ESTADO DA BAHIA

PRIVATIZATION: ERRORS AND HITS ON THE PRIVATIZATION OF EXTRAJUDICIAL OFFICES IN THE STATE OF BAHIA

Elizabete Oliveira Rangel da Silva¹

Jorlanio Lino Santos²

Noely Dias de Carvalho³

Rodrigo Pereira Alves⁴

Sérgio Lopes Júnior⁵

Resumo: Com o objetivo de analisar o processo de privatização dos cartórios extrajudiciais no Estado da Bahia, este artigo busca evidenciar os aspectos formal e prático a estrutura e prestação dos serviços a partir do marco regulatório, Lei Estadual 12352/2011, seu funcionamento, a desjudicialização de atos, os custos, arrecadação, partilha, competências, enfim, as mudanças proporcionadas com o novo modelo de se praticar atos antes inerentes ao Estado. Embora delegadas várias competências originalmente do Poder Judiciário, com o objetivo detornar mais célere a resolução de demandas pelo cidadão, a falta de treinamento de pessoal e o alto valor das custas, ainda são fatores que impedem sua efetividade. Objetiva-se verificar as vantagens e desvantagens desta privatização e como ela interfere na vida dos cidadãos, além de abordar que, embora, seu maior propósito seja a celeridade e desjudicialização das demandas, vê-se claramente que a redução do acúmulo de demandas dos cartórios extrajudiciais não foi plenamente atingido, visto que a privatização dos cartórios extrajudiciais trouxe ao jurisdicionado apenas mais uma opção na resolução de demandas, sem, contudo, tirar-lhes o direito/possibilidade de usar o judiciário. Tal abordagem não se limita à tardia privatização dos cartórios extrajudiciais da Bahia, mas também traz um comparativo com os sistemas de outros estados, procurando estabelecer diferenças e possibilidades gestoras de maior eficácia.

Palavras-Chave: Privatização; Desjudicialização; Cartórios; Extrajudiciais.

¹ Graduada em Secretariado Executivo (1990) e Direito (2018), ambas pela Universidade Católica do Salvador (UCSal). Técnico Judiciário do Tribunal de Justiça da Bahia desde janeiro de 2000.

² Graduado em Ciências Econômicas (1992) pela Universidade Católica do Salvador (UCSal) e Direito (2011) pelo Instituto de Educação Superior UNYHANA de Salvador. Técnico Judiciário do Tribunal de Justiça da Bahia, desde outubro de 1987.

³ Graduada em Letras Vernáculas (2005) pela Universidade Federal da Bahia - UFBA e Direito (2013) pela Universidade Salgado de Oliveira - UNIVERSO. Técnica Judiciária do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, desde janeiro de 1998.

⁴ Graduado em Direito (2016) pela Centro Universitário UNIJORGE. Técnico Judiciário do Tribunal de Justiça da Bahia, desde fevereiro de 2011.

⁵ Graduado em Arquitetura e Urbanismo (2007) pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS e Mestre em Urbanismo, História e Arquitetura da Cidade (2011) pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC. Analista Judiciário - Arquitetura do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, desde outubro de 2015.

Abstract: With the objective of analyzing the privatization process of extrajudicial notary offices in the State of Bahia, this article seeks to highlight the formal and practical aspects of the structure and provision of services based on the regulatory framework, State Law 12352/2011, its operation, the dejudicialization of acts, costs, collection, sharing, competencies, in short, the changes provided with the new model of performing acts previously inherent to the State. Although delegated various powers originally from the judiciary, with the aim of speeding up the resolution of demands by the citizen, the lack of staff training and the high value of costs, are still factors that hinder their effectiveness. The objective is to verify the advantages and disadvantages of this privatization and how it interferes in the lives of citizens, besides addressing that, although its main purpose is the speed and de-judicialization of demands, it is clearly seen that the reduction of the accumulation of demands of the notary's offices Extrajudicial cases have not been fully achieved, as the privatization of extrajudicial notaries has given the court only one more option in settling claims, but without depriving them of the right / possibility to use the judiciary. Such an approach is not limited to the late privatization of Bahia's out-of-court registry, but also compares with the systems of other states, seeking to establish differences and management possibilities of greater effectiveness.

Keywords: Privatization; Dejudicialization; Notary publics; Extrajudicial.

INTRODUÇÃO

Embora a Constituição Federal de 1988 estabelecesse novo regramento às atividades notariais e registrais, somente em 2011 o processo de privatização dos cartórios extrajudiciais teve início no Estado da Bahia. A Carta Magna trouxe grandes mudanças para o regime jurídico aplicável a tais atividades.

Assim, com foco nas transformações implantadas de forma tardia no Estado da Bahia em comparação às demais unidades da federação, objetiva, de forma geral, o presente artigo a análise acerca das inovações trazidas nos sistemas notariais e registrais, com ênfase na qualidade dos serviços prestados à população baiana, sem descontextualizar historicamente sua existência.

Busca-se no presente artigo, discutir no que tange aos serviços notariais e de registros, o caráter democrático existente na Constituição Federal de 1988 quando procurou atender de forma mais célere os anseios dos jurisdicionados, procurando, ainda, de forma específica analisar as mudanças proporcionadas com a privatização no atendimento das demandas no território do Estado da Bahia, pormenorizando aspectos sociais, financeiros e espaciais dos serviços extrajudiciais aos jurisdicionados.

O tema possui relevância desde que diversos serviços necessários têm suas ofertas modificadas para a população no contexto financeiro e de qualidade, porém, sem, contudo, perder seu caráter de essencialidade.

2. REFERENCIAL TEÓRICO

2.1. Contextualização histórica do serviço notarial e registral no Estado da Bahia

No decorrer dos anos seguintes à abertura política e o retorno da democracia no Brasil, a partir da década de 1990, a administração pública iniciou uma série de reformas com o objetivo de modificar a gestão pública partindo de um modelo burocrático para um modelo de gestão gerencial, intensificou-se nesta época as privatizações de empresas e serviços públicos no país.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 já havia incorporado o viés da privatização do Estado e em seu Art. 236º assim consignou: “Os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público”. Neste momento o Estado Brasileiro indica a intenção pela privatização dos serviços cartoriais, mas ainda serão necessários mais seis (6) anos para a regulamentação constitucional, que ocorre com a Lei Federal 8.935 de 1994, a Lei dos Cartórios.

A nova legislação em consonância com o modelo de gestão pública gerencial acertadamente define a necessidade de habilitação do delegatário em concurso público de provas e títulos (Art. 14º) como um dos requisitos necessários à delegação dos serviços. Também, a mesma norma (Art. 47º) assegura aos notários e oficiais de registro nomeados antes da constituição de 1988 a delegação constitucional permitindo que parte dos cartórios existentes permaneça delegado a servidores sem que estes sejam escolhidos por concurso público. Em que pese a determinação de privatização ser uma determinação constitucional que data de 1988, o Estado da Bahia, só editou lei sobre a matéria em 2011, sendo, portanto, a última unidade da federação a cumprir com o mandamento constitucional.

Em direcionamento contrário aos demais estados federados e a ao modelo de gestão público gerencial a Bahia resistiu à privatização dos cartórios por longos 23 anos mesmo após a autorização constitucional, embora sem condições gerais para funcionar adequadamente, o que levou a Ministra Eliana Calmon, à época, a declarar em entrevista à Agência de Notícias do CNJ que “a situação dos cartórios extrajudiciais é caótica e a Corregedoria está envidando esforços para minorar os problemas.”

O modelo de gestão adotado nos cartórios antes da privatização não contribuía para uma prestação de serviços satisfatória junto à população. Os servidores públicos que atuavam nos respectivos cartórios detinham conhecimento prático-técnico para

desenvolvimento das atividades nas unidades. Em que pese o conhecimento do negócio existente entre os servidores, a falta de modernização, de treinamento, de equipamentos necessários e as instalações físicas inadequadas, eram determinantes para a péssima prestação dos serviços.

As situações de descaso e o atendimento precário são assim descritas:

Em algumas serventias, caso alguém pretendesse uma simples autenticação de um documento, deveria chegar ao cartório antes do expediente para esperar na fila pela distribuição de senhas de atendimento. Muitas vezes era comum que o usuário chegasse no início da manhã para conseguir ser atendido apenas na parte da tarde. Inúmeros cidadãos deixavam de ser atendidos no dia. (CARDOSO, 2012, p. 127).

Após anos de debates, as reiteradas e severas críticas que tais serviços sofriam por parte de usuários, pela mídia e de entidades ligadas ao poder judiciário, finalmente no ano de 2011, o Estado da Bahia editou a Lei 12.352, passando à iniciativa privada a administração dos serviços prestados pelos cartórios extrajudiciais, sendo o último estado da federação a proceder à privatização. Com o advento da lei passaram para a iniciativa privada por via de delegação do poder público, os tabelionatos de notas; os tabelionatos de protestos; os tabelionatos e registro de contratos marítimos; registro de imóveis; registro de títulos e documentos, registro civil de pessoa jurídica, registro civil de pessoas naturais e registro de distribuição.

Apesar da ampla discussão, o processo de privatização não foi precedido do necessário planejamento pelo poder público. A privatização dos serviços notariais realizada em consonância a Lei Federal 8935 de 1994 facultou, em seu Art. 2º, aos serventuários dos cartórios públicos a continuidade de suas atividades em caráter privado, nesta ocasião, 145 serventuários optaram por assumir a delegação de seus cartórios. Esta ação resultou em que apenas cerca de 10% de todos os cartórios existentes no Estado da Bahia se tornassem privados sendo que estes representavam à época 60% de toda a arrecadação das taxas cartorárias extrajudiciais. (TRINDADE, 2013)

Segundo TRINDADE (2013), esta prerrogativa da lei criou um legado de mais de 1400 cartórios que representavam os demais 40% de arrecadação de taxas cartorárias, fato que evidencia um provável desinteresse a exploração econômica destas serventias.

A operação dos cartórios em caráter privado requer mais do que o conhecimento das práticas cartorárias, requer uma gestão empresarial com base em metas de eficiência, na satisfação dos usuários e funcionários e na sua rentabilidade, rentabilidade esta que deve ser considerada como uma



meta alcançada quando da realização do real propósito da existência de um cartório, que é a prestação de um serviço de qualidade à população. (TRINDADE, 2013)

Utilizando este ponto de vista como referência, podemos apontar que a simples delegação dos cartórios para os servidores titulares das serventias, facultada pela lei, não seria, garantia de melhoria na eficiência de atendimento nos cartórios, pois embora os servidores titulares destas serventias devessem possuir plenos conhecimentos das operações cartorárias, muito provavelmente, grande parte deles não deviam possuir conhecimentos de gestão empresarial e talvez tampouco os conhecimentos necessários à modernização dos sistemas.

Embora se indique, do ponto de vista do discurso, que essas privatizações persigam o modelo de gestão gerencial pode-se perceber claramente, nesta prerrogativa da lei, a manutenção do modelo de gestão pública patrimonialista que tanto a Constituição de 1988 quanto a reforma administrativa do Estado Brasileiro de 1995 procuravam combater.

Segundo TRINDADE (2013), como resultado a maior parte dos cerca de 10% de cartórios que foram privatizados utilizando-se da possibilidade de delegação para os servidores públicos titulares continuou com ineficiência e morosidade no atendimento. Sua profissionalização não era vista como necessária pois não havia concorrência e a fiscalização judiciária era deficitária.

Portanto, o modelo de gestão adotado nos cartórios antes da privatização não contribuía para uma prestação de serviços satisfatória junto à população. Os servidores públicos que atuavam nos respectivos cartórios detinham conhecimento prático-técnico para desenvolvimento das atividades nas unidades, porém, em que pese o conhecimento do negócio existente entre os servidores, a falta de modernização, de treinamento, de equipamentos necessários e as instalações físicas inadequadas, contribuía para a péssima prestação dos serviços.

2.2. Os Cartórios Extrajudiciais

Cada serventia em consonância com o objeto de destinação, tem sua atribuição definida e se restringe ao território de sua criação, embora, municípios de pequeno porte que não possuam condições de manter o cartório, podem se juntar para fazer jus a uma única serventia.

Segundo a Associação dos Notários e Registradores da Bahia - ANOREG, em seu sítio da internet, na Capital do Estado, existem ao todo 39 serventias extrajudiciais. Os cartórios extrajudiciais prestam os serviços de autenticação, lavra de atas notariais, lavratura de escrituras, procurações, testamentos públicos, reconhecimentos de firmas, aprovação de testamentos cerrados, processamento de protestos, processar transações com embarcações, registro de todo e qualquer documento, matrícula de jornais, oficinas impressoras, registro de atos de constituição de sociedade civil, registro de nascimento, casamento, óbito, emancipações, interdições, tutelas, averbações, divórcio, etc.

A lei federal 11.441/2007 deu aos cartórios extrajudiciais, visando desobstruir a via judicial, a incumbência de dirimir demandas relativas a divórcios, onde não figurem menores interessados e ainda do mesmo modo as questões relativas a inventários e partilhas, diminuindo assim o custo financeiro e temporal do processamento da questão, desafogando o Poder Judiciário nas longas lides a esse respeito. Nesta mesma esteira, a Lei Federal 13645/2017 proporcionou aos cartórios extrajudiciais proceder usucapião.

A lei estadual 12.352/2011, não tão somente se limitou a determinar a privatização dos cartórios extrajudiciais e sua regularização, como trouxe peculiaridades não antes vistas nos demais estados da federação, como a possibilidade de servidores públicos investidos na titularidade das serventias, poderem passar à condição de delegatários dos serviços ora privatizados.

A lei trouxe ainda, a possibilidade de o delegatário, ex-servidor, não necessitar possuir o bacharelado em Direito, desde que contasse com 10 (dez) anos de efetivo exercício nos serviços notariais ou de registros.

Ao Tribunal de Justiça da Bahia coube, legalmente fixar emolumentos referentes a todos os serviços extrajudiciais privatizados e foi criado, ainda o Fundo Especial de Compensação – FECOM, de caráter privado, conforme o artigo 16 da lei estadual 12352/2011 com finalidade prevista no mesmo diploma legal;

Art. 16 - Fica instituído o Fundo Especial de Compensação - FECOM, de caráter privado, destinado ao provimento da gratuidade dos atos praticados pelos registradores civis de pessoas naturais, bem como a promover compensação financeira às serventias notariais e de registro privatizadas que não atingirem arrecadação necessária ao funcionamento e renda mínima do delegatário.

§ 1º - Constitui recurso do Fundo Especial de Compensação o percentual correspondente a 23% (vinte e três por cento) do que for cobrado a título de emolumentos.

§ 2º - Fica assegurada às serventias notariais e de registro privatizadas que não atingirem a arrecadação mínima para a garantia de seu funcionamento a complementação financeira em montante a ser definido pelo Conselho Gestor do Fundo Especial de Compensação, respeitado o saldo financeiro, cujo repasse será realizado pelo FECOM, independentemente do ressarcimento dos atos gratuitos praticados por cada serventia.

§3º - A compensação financeira de que trata o caput será fixada pelo Conselho Gestor do FECOM.

A criação do FECOM proporcionou a viabilidade financeira das serventias que privatizadas não arrecadariam o necessário para a sua manutenção, atentando para a hipossuficiência financeira de cartórios de registros civis, devido à gratuidade da maioria dos serviços.

O texto constitucional, por diversas vezes, utiliza a palavra "gratuito" e suas derivações, principalmente ao referir-se aos registros públicos. Isso tem o condão de garantir acessibilidade a direitos básicos concernentes à cidadania e dignidade da pessoa humana.

A privatização dos cartórios entrega sua gestão à iniciativa privada de caráter mercantil, o que em tese, desobriga o fornecimento gratuito de serviços, visto que o objetivo deixa de ser social e passa a ser o lucro, porém, a privatização não retirou dos cartórios algumas características de direito público, daí que legalmente se previu o custeio de serviços eminentemente gratuitos.

“Serviço público é toda atividade de fornecimento de utilidade ou comodidade material destinada à fruição da comunidade em geral, mas fluível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça à vezes, sob um regime de Direito Público – portanto, consagrador de prerrogativas e de restrições especiais-, instituídos em favor de interesses definidos como públicos no sistema normativo.” (MELLO, 2006)

De acordo com BRAVO (2018), um primeiro ponto é que os delegatários não ofertam um produto, mas um serviço jurídico que é materializado em certidões.

A delegação dos cartórios extrajudiciais ao poder privado, não isentou o Estado de proporcionar ao cidadão direitos básicos, nem deixou este de promover rigorosa fiscalização acerca dos serviços prestados, visto que a passagem dos serviços antes judiciais para a iniciativa privada apenas veio a facilitar o acesso, diminuindo as demandas judiciais, mas não as evitando totalmente, já que, o serviço prestado eivado de vícios continua desaguando na judicialização.

Isso impôs ao Estado zelar por bons serviços nos cartórios extrajudiciais e exercer seu dever social de garantias mínimas à população em geral.

O poder de taxar não pode chegar à desmedida do poder de destruir, uma vez que aquele somente pode ser exercido dentro dos limites que o tornem compatível com a liberdade de trabalho, de comércio e da indústria e com o direito de propriedade. É um poder, cujo exercício não deve ir até o abuso, o excesso, o desvio, sendo aplicável, ainda aqui, a doutrina fecunda do 'détournement de pouvoir'. Não há que estranhar a invocação dessa doutrina ao propósito da inconstitucionalidade, quando os julgados têm proclamado que o conflito entre a norma comum e o preceito da Lei Maior pode se acender não somente considerando a letra do texto, como também, e principalmente, o espírito do dispositivo invocado. (RE 18.331, Rel. Min. Orozimbo Nonato, RF, 145/164 e s., 1953).

A desigualdade entre as serventias levava ao desinteresse em determinadas delegações de cunho social, como as de registros de pessoas naturais, o que fez com que o Poder Público procurasse meios de torná-las sustentáveis do ponto de vista financeiro, criando um fundo compensador – o FECOM.

Um dos aspectos previstos no processo de desestatização é a criação de mecanismos que possibilitem aos cartórios, dentro do possível, suprir eventuais desigualdades ou situações que coloquem em risco o exercício de suas atividades como é o caso atualmente dos registradores civis. Pois com a instituição da gratuidade dos registros de óbito e nascimento, bem como os demais atos para os conhecidos como hipossuficientes, no art. 5º, LXXVI, "a" e "c" c/c art. 1º, VI da Lei 9265/96, art. 30, caput, §§1º e 2º da Lei 6015/73 e art. 45 da Lei 8935/94, a situação dos registradores civis que já era crítica, tornou-se insustentável. No entanto a solução encontrada, em boa parte dos Estados brasileiros, foi a criação de fundos próprios capazes de devolver a esses cartórios condições mínimas de sobrevivência, inclusive pelo importante papel social prestado a toda comunidade e ao próprio Governo Federal, atuando como verdadeiros fiscais do estado reduzindo ou até mesmo impedindo desvios de recursos públicos. (ANOREG, 2008)

O FECOM tem a função precípua de complementar renda mínima de todos delegatários e atos gratuitos do Registro Civil de Pessoas Naturais - RCPN.

Aponta-se que, com a implementação da lei estadual 12.352/2011, as mudanças positivas nos serviços dos cartórios extrajudiciais são notórias, tornando a prestação de serviço mais célere. A figura do Despachante, já não é tão presente como outrora, conquanto não se pode desconsiderar a ausência de despachantes nas unidades cartorárias como antigamente.

A privatização dos cartórios trouxe uma visão privada para o empreendimento, onde ao invés do servidor público titular, a administração é feita pelo delegatário visando o lucro e, portanto, querendo melhor atender o cliente/jurisdicionado. Além

disso, como o rendimento é partilhado entre delegatários e poder público, a Corregedoria e o setor de fiscalização do Tribunal de Justiça da Bahia se responsabilizam pela fiscalização dos serviços.

A arrecadação produzida pelos cartórios extrajudiciais é dividida entre os notariais (48,3%), FECOM (13,2%), Defensoria Pública (1,28%), Taxa de Fiscalização Judiciária (34,3%), Fundo de Modernização da Procuradoria Geral do Estado (1,92%) e Ministério Público (1,0%).

A entrega da administração dos cartórios extrajudiciais ao poder privado não apenas contribui para uma melhor prestação de serviços destes, como também das serventias judiciais, visto que o aproveitamento dos servidores públicos estabeleceu novo quantitativo nos serviços judiciais colaborando para a melhoria dos serviços em geral.

Com um serviço de melhor qualidade para a população do estado da Bahia, a privatização não só gerou lucros aos delegatários, mas também gerou emprego, visto que com a saída dos servidores concursados pelo aproveitamento, os delegatários foram obrigados a contratar pelo regime celetista funcionários para preencherem as vagas deixadas por tais servidores, além do mais os custos diminuíram consideravelmente para o TJBA, em relação a despesas com imóveis, equipamentos e manutenção destes.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 236, reconheceu a importância dos serviços extrajudiciais para a formalização e efetivação dos atos jurídicos necessários a diversos atos e fatos jurídicos. Daí a necessidade de que tais serviços fossem realizados por profissionais qualificados e/ou atuantes nas práticas notariais, com a devida estrutura física, equipamentos adequados à realidade atual de atualização legislativa e tecnológica.

Tais características corroboram com a celeridade dos serviços, com a desnecessidade de intermediação e mais ainda, com o desafogamento do sistema judiciário. O processualista italiano Francesco Carnelutti ensina que “tanto più notaio, tanto meno giudice”, ou seja, “quanto mais notário, menos juiz”.

A dificuldade da população em registrar atos simples nos cartórios extrajudiciais era fator de informalidade e de pagamentos extras tanto para despachantes, como para servidores corruptos. As filas facilitavam influências diversas e todo tipo de “jeitinho”. A privatização tornou tais práticas desconexas da realidade, extirpando-as do mundo extrajudicial no que tange ao acesso e celeridade.

Para além da percepção social da existência da cobrança de propinas nos cartórios extrajudiciais antes da privatização, a Juíza Corregedora do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia à época, Maria Helena Lordelo, assim consignou em entrevista dada ao Jornal Correio da Bahia em 29/08/2011: “A cobrança de propina nos cartórios é um problema cultural”.

Na mesma entrevista, quanto a alguns dos fatores responsáveis pela corrupção, a Magistrada Corregedora, explica que a quantidade reduzida de servidores nos cartórios é, também, facilitadora da corrupção.

De acordo com LORDELO (2011), nos trâmites com documentos é necessário que a pessoa vá aos cartórios duas ou três vezes. A burocracia é necessária para dar veracidade aos papéis. Precisa-se chegar muita coisa para emitir determinados documentos. Fazer isso em 24 horas, em alguns casos é colocar em dúvida a veracidade disso.

Ressalta-se que com o advento da privatização cartorária no Estado da Bahia, para além da melhora na prestação jurisdicional, gerou efeito positivo na nefasta prática corrupta, conforme trechos da entrevista acima citada, a ausência de servidores, que por consequência gerava morosidade na resposta aos serviços solicitados, levava o cidadão a pagar propina para driblar a morosidade que superava a burocracia.

2.3. A Corregedoria do TJBA e os Cartórios Extrajudiciais

Com objetivos específicos de orientar, dar apoio, correicionar e definir os procedimentos internos, a Corregedoria do Tribunal de Justiça é o órgão judiciário responsável pela fiscalização e regulamentação do funcionamento dos cartórios extrajudiciais. De acordo com FRANCO (2019), as fiscalizações dos cartórios extrajudiciais privatizados são denominadas correições anuais, entre outras questões são analisados nestas fiscalizações as ações, obrigações trabalhistas, repasses de emolumentos, pagamentos de impostos de renda e outros tributos como ISS.

Segundo o TJBA, tais intervenções são responsáveis pelo excelente desempenho do ramo, assim, demonstra ter atingido as metas impostas pelo Conselho Nacional de Justiça, com apenas duas pendências, conforme exposto em seu sítio de internet, são elas:

Instituir equipe responsável pelos assuntos extrajudiciais; Criar um ciclo de correições anual; Realizar fiscalização contábil, financeira, trabalhista e tributária nos serviços extrajudiciais; Fiscalizar o fornecimento de informações do Sistema Nacional de Informações de Registro Civil (SIRC); Fiscalizar os serviços prestados de forma eletrônica pelos cartórios; Fiscalizar o sistema Justiça Aberta; Desenvolver e implantar selo digital com QR Code; Disponibilizar uma página no site do Tribunal de Justiça com informações exclusivas sobre o serviço extrajudicial; Entabular com a ouvidoria dos tribunais reclamações sobre os serviços extrajudiciais; Fomentar atividades de ofícios da cidadania; Desenvolver estudo para reestruturação dos serviços extrajudiciais; Promover concurso para provimento e remoção dos serviços vagos há mais de seis meses (pendente); Fiscalizar cumprimento do teto remuneratório dos interinos; Intervir nas demandas sobre teto remuneratório; Realizar levantamento da existência de nepotismo em nomeação de interinos; Fiscalizar o cumprimento da Resolução CNJ 80; Fiscalizar o cumprimento para que sejam declarados nulos e ineficazes os atos que tenham por objeto a ocupação, domínio e posse de terras indígenas; Determinar que sejam cancelados os registros e matrículas de imóveis rurais nos termos da Lei nº 6.739/1979; Determinar e fiscalizar o encerramento das transcrições com a consequente abertura da matrícula de imóveis; Regulamentar e encaminhar proposta de lei sobre atuação e remuneração do juiz de paz (pendente). (TJBA, 2019)

Os cartórios extrajudiciais contam também com centrais eletrônicas onde os cidadãos podem solicitar diversos serviços, via internet, sem filas ou burocracias. Os serviços englobam registro civil, títulos e documentos de pessoas jurídicas, tabelionato de protestos e registros de imóveis. Além de tudo isso, conta com uma central de notarial de serviços eletrônicos compartilhados.

Mesmo com todo avanço, não é possível se fazer um comparativo com a situação anterior, visto que, como os cartórios extrajudiciais da Bahia foram os últimos a privatizar, por muitos anos, não se viu obrigado a atingir metas ou prestar contas de seus atendimentos à sociedade, inexistindo, desta forma, estatísticas para identificar diferenças, ao menos de forma pública. Diferenças essas, visíveis aos usuários, portanto.

Em que pese uma melhor prestação de serviços originada na privatização dos cartórios, é necessário abordar alguns aspectos da acessibilidade aos serviços prestados pelas unidades após a privatização.

Em 2018 o país alcançou recorde de pessoas vivendo em situação de pobreza, segundo dados divulgados pelo IBGE através da Síntese de Indicadores Sociais divulgado no ano de 2019. Os números divulgados indicam que o Estado da Bahia é a unidade da federação que possui o maior contingente de pessoas vivendo abaixo da linha da pobreza.



Diante do quadro, a lei 14.025/18 corrobora com uma possibilidade mais remota de acesso aos serviços cartorários por parte da população baiana de baixa renda, visto que, a lei anterior 13.600/16, taxava atos com valor financeiro até R\$ 3.200,00 (três mil e duzentos reais) em R\$ 213,65 (duzentos e treze reais e sessenta e cinco centavos), com a nova legislação reduz-se o limite para R\$ 1.600,00 (um mil e seiscentos reais) e a taxa aumenta para R\$ 228,96 (duzentos e vinte e oito reais e noventa e seis centavos); uma autenticação simples que antes custava R\$ 1,20 (um real e vinte centavos), passa com a nova legislação a custar R\$ 5,00 (cinco reais).

Por todos estes motivos, evidencia-se que, os serviços cartorários privatizados, embora eficiente, trouxe consigo um dificultador de acesso quando levado em consideração o poder aquisitivo de parte considerável da população baiana.

O serviço de qualidade traz em seu corpo, a cobrança de taxas condizentes com a execução deste, com presteza e conforto, porém torna alguns serviços inacessíveis à população de baixa renda, o que o torna ainda um entrave a ser resolvido.

Do ponto de vista da cobrança de taxas cartorárias cada estado possui sua própria regulamentação e parece não haver uma uniformidade nos modelos adotados.

Por exemplo, estados da federação tão diferentes como Bahia e São Paulo possuem números semelhantes de cartórios. Segundo informações do Corregedor Geral de Justiça do estado de São Paulo, Geraldo Francisco Pinheiro Franco, o Estado de São Paulo conta com 1545 cartórios extrajudiciais em funcionamento. Um número bem similar ao que ocorre no Estado da Bahia, embora a população dos estados, segundo estimativas do IBGE divulgadas em 2019, sejam bem distintas tendo a Bahia em torno de 14 milhões habitantes enquanto o estado de São Paulo possui cerca de 46 milhões.

Com relação aos percentuais de repasse das taxas cartoriais ambos estados diferem sobremaneira, enquanto no estado de São Paulo as receitas dos cartórios extra judiciais privatizados são de 62,5% para os delegatários e cerca de 21% são para o Estado a título de processamento da arrecadação (17,7%) e de fiscalização dos serviços (3,29%) (Art. 19 da Lei 11.331/2002 SP), os percentuais definidos no Estado da Bahia são de 47,8% para os delegatários e 34,30% a título de taxa de fiscalização para o Estado. Outra diferença é que os cartórios de Registro Civil de pessoas naturais tem um percentual maior de arrecadação para os delegatários de



cerca de 83% sendo o restante repassado à Previdência das Serventias não oficializadas do Estado de São Paulo e nenhum percentual para o Poder Judiciário

Já o Estado de Minas Gerais adota taxas progressivas, por exemplo, as taxas percentuais relativas à fiscalização do Estado são definidas diferentemente com base nos tipos de atos podendo variar de 23% para o caso de uma simples autenticação de cópia para de 27% a 44% para uma Escritura Pública conforme Tabela 1 da Lei 15.424/2004.

3. REFERENCIAL METODOLÓGICO

O método de pesquisa utilizado foi a pesquisa bibliográfica, onde foram usadas as técnicas de leitura de artigos e coleta de dados. Foram utilizados dados constantes no sítio do Tribunal de Justiça da Bahia, dados do IBGE, da ANOREG, buscando sempre munir o trabalho de relatos e dados que levassem a conclusões acerca dos benefícios e malefícios da privatização dos cartórios extrajudiciais da Bahia. Os principais autores que contribuíram com o trabalho foram: Leonice Salgado (2017) e Cardoso (2012). A pesquisa bibliográfica permite que o tema seja analisado sob novo enfoque ou abordagem, produzindo novas conclusões. Além disso, permite a cobertura de uma gama de informações muito mais ampla, principalmente quando o problema da pesquisa requer a coleta de dados e análises.

4. ANÁLISE DE DADOS

A análise da distribuição da arrecadação, aos levantamentos feitos pelo IBGE e até mesmos ao atendimento à Constituição Federal ao acesso à justiça e as diversas leituras demonstram que a privatização dos cartórios, diante de um cenário de extrema ineficiência dos serviços notariais, era necessária, porém a realizada ainda dista da ideal. Isso se deve a falta de estudos aprofundados do sistema e a ausência de políticas que busquem a inclusão das classes menos favorecidas no acesso aos serviços extrajudiciais

5. CONCLUSÃO

Mesmo que ainda repleto de problemas que demandam ações efetivas por parte do poder público, principalmente no que diz respeito à democratização dos serviços notariais, a privatização dos cartórios extrajudiciais trouxe avanços na prestação de serviços aos cidadãos baianos. Facilitou o acesso ao divórcio, ao

inventário, ao usucapião, propiciando uma melhor regularização de imóveis e de situações pessoais.

Proporcionou ao Estado melhorar sua arrecadação e fiscalizar seus serviços ofertados por uma iniciativa privada habituada a concorrência e ao desejo de melhor servir para mais lucrar.

Além do mais, segundo dados do Tribunal de Justiça, embora não haja dados anteriores que possibilitem comparação, o número de reclamações, até meados de 2018 foi muito baixa e, ainda, boa parte, com solução rápida e informal:

SOLICITAÇÃO/ANO	SOLICITANTE	TIPO DE SOLICITAÇÃO	DATA DE ABERTURA	DATA ÚLTIMA MOVIMENTAÇÃO	ÚLTIMA MOVIMENTAÇÃO
2787/2018	ALBERICO DE SOUZA ALMEIDA	RECLAMAÇÃO(EXTRAJUDICIAL)	29/05/18	29/05/18	ABERTURA E ENCAMINHADO A UNIDADE
2789/2018	ALBERITO DA SILVA ANDRADE	RECLAMAÇÃO(EXTRAJUDICIAL)	29/05/18	29/05/18	ABERTURA E ENCAMINHADO A UNIDADE
2790/2018	FERNANDA SOUZA SILVA	RECLAMAÇÃO(EXTRAJUDICIAL)	29/05/18	29/05/18	ABERTURA E ENCAMINHADO A UNIDADE
2806/2018	FLÁVIA	RECLAMAÇÃO(EXTRAJUDICIAL)	30/05/18	30/05/18	ABERTURA E ENCAMINHADO A UNIDADE
2898/2018	KARILLA DA CUNHA FRAGOSO DE ANDRADE	RECLAMAÇÃO(EXTRAJUDICIAL)	06/06/18	06/06/18	RESPOSTA ACEITA - SOLICITAÇÃO ARQUIVADA
2900/2018	DELMIRO ARAUJO FILHO	RECLAMAÇÃO(EXTRAJUDICIAL)	06/06/18	06/06/18	RESPOSTA ACEITA - SOLICITAÇÃO ARQUIVADA
2902/2018	ENINO FRANCLIN RODRIGUES DE SOUZA	RECLAMAÇÃO(EXTRAJUDICIAL)	06/06/18	06/06/18	RESPOSTA ACEITA - SOLICITAÇÃO ARQUIVADA
2903/2018	ANTONIO EDMILSON LEÃO	RECLAMAÇÃO(EXTRAJUDICIAL)	06/06/18	06/06/18	RESPOSTA ACEITA - SOLICITAÇÃO ARQUIVADA
2959/2018	FREDERICO SAULO MOREIRA MORAES DO VALE	RECLAMAÇÃO(EXTRAJUDICIAL)	08/06/18	08/06/18	ABERTURA E ENCAMINHADO A UNIDADE
2960/2018	FREDERICO SAULO MOREIRA MORAES DO VALE	RECLAMAÇÃO(EXTRAJUDICIAL)	08/06/18	08/06/18	ABERTURA E ENCAMINHADO A UNIDADE
3010/2018	CLELIO MIRANDA SANTOS	RECLAMAÇÃO(EXTRAJUDICIAL)	12/06/18	12/06/18	ABERTURA E ENCAMINHADO A UNIDADE
3089/2018	TIAGO DA SILVA SANTANA	RECLAMAÇÃO(EXTRAJUDICIAL)	15/06/18	15/06/18	RESPOSTA ACEITA - SOLICITAÇÃO ARQUIVADA
3114/2018	RAIMUNDO DE CAMPOS VIEIRA FILHO	RECLAMAÇÃO(EXTRAJUDICIAL)	18/06/18	18/06/18	ABERTURA E ENCAMINHADO A UNIDADE
3116/2018	YGOR SILVA ALMEIDA	RECLAMAÇÃO(EXTRAJUDICIAL)	18/06/18	18/06/18	ABERTURA E ENCAMINHADO A UNIDADE
3119/2018	ED CARLOS SILVA	RECLAMAÇÃO(EXTRAJUDICIAL)	18/06/18	18/06/18	ABERTURA E ENCAMINHADO A UNIDADE
3120/2018	MARIA DAS GRAÇAS SOUZA SANTOS	RECLAMAÇÃO(EXTRAJUDICIAL)	18/06/18	18/06/18	ABERTURA E ENCAMINHADO A UNIDADE
3123/2018	EDMARIA SANTOS DE ALMEIDA DA PALMA	RECLAMAÇÃO(EXTRAJUDICIAL)	18/06/18	18/06/18	ABERTURA E ENCAMINHADO A UNIDADE
3128/2018	ED CARLOS SILVA	RECLAMAÇÃO(EXTRAJUDICIAL)	18/06/18	18/06/18	ABERTURA E ENCAMINHADO A UNIDADE
3155/2018	DIEGENES RODRIGUES MONTEIRO	RECLAMAÇÃO(EXTRAJUDICIAL)	18/06/18	18/06/18	ABERTURA E ENCAMINHADO A UNIDADE
3157/2018	JEFFERSON BARBOSA	RECLAMAÇÃO(EXTRAJUDICIAL)	18/06/18	18/06/18	ABERTURA E ENCAMINHADO A UNIDADE
3159/2018	TIAGO DA SILVA SANTANA	RECLAMAÇÃO(EXTRAJUDICIAL)	18/06/18	18/06/18	RESPOSTA ACEITA - SOLICITAÇÃO ARQUIVADA
3160/2018	CLODOALDO LEAL DOS SANTOS	RECLAMAÇÃO(EXTRAJUDICIAL)	18/06/18	18/06/18	RESPOSTA ACEITA - SOLICITAÇÃO ARQUIVADA
3183/2018	LUANA CAL OLIVEIRA	RECLAMAÇÃO(EXTRAJUDICIAL)	20/06/18	20/06/18	RESPOSTA ACEITA - SOLICITAÇÃO ARQUIVADA
3188/2018	LETICIA MARIA DOS SANTOS	RECLAMAÇÃO(EXTRAJUDICIAL)	20/06/18	20/06/18	RESPOSTA ACEITA - SOLICITAÇÃO ARQUIVADA
3343/2018	UELTON SILVA SANTOS	RECLAMAÇÃO(EXTRAJUDICIAL)	04/07/18	04/07/18	ABERTURA E ENCAMINHADO A UNIDADE
3344/2018	UELTON SILVA SANTOS	RECLAMAÇÃO(EXTRAJUDICIAL)	04/07/18	04/07/18	ABERTURA E ENCAMINHADO A UNIDADE
3346/2018	ELEANDRO NOVAIS BARROSO	RECLAMAÇÃO(EXTRAJUDICIAL)	04/07/18	04/07/18	ABERTURA E ENCAMINHADO A UNIDADE
3347/2018	RAPHAELLA DE VASCONCELOS	RECLAMAÇÃO(EXTRAJUDICIAL)	04/07/18	04/07/18	RESPOSTA ACEITA - SOLICITAÇÃO ARQUIVADA
3438/2018	JOSILENE FELIX DE SANTANA	RECLAMAÇÃO(EXTRAJUDICIAL)	06/07/18	06/07/18	ABERTURA E ENCAMINHADO A UNIDADE
3439/2018	ADEMILTON SOUSA DE MACEDO	RECLAMAÇÃO(EXTRAJUDICIAL)	06/07/18	06/07/18	RESPOSTA ACEITA - SOLICITAÇÃO ARQUIVADA

Quadro 1: Registro de reclamações de atendimento dos cartórios extrajudiciais TJBA (2018)

A desnecessidade do Poder Público de gerir os cartórios extrajudiciais proporcionou melhoria nos serviços e o reaproveitamento do efetivo de servidores nas varas judiciais, provocando também mais celeridade nos serviços judiciários, o que pode ser comprovado através do “Justiça em Números do CNJ”, onde se vê claramente, a significativa mudança de desempenho do Tribunal de Justiça da Bahia que saltou dos últimos lugares em desempenho para os primeiros.

A desigualdade arrecadacional dentre os cartórios vem sendo suprida pelo FECOM e fazendo com que seja mantido o acesso básico da população mais carente aos serviços essenciais.

A desjudicialização de muitos serviços também faz com que diminua o abarrotamento do judiciário, não na proporção que se deseja, mas de forma a minorar o sofrimento daqueles que dependem da justiça para ver suas querelas dirimidas.



REFERÊNCIAS

ANOREG-BA. Sítio institucional. Disponível em: <<https://www.anoregba.com.br/sobre.php>>. Acesso em 11 de novembro de 2019.

BRAVO, Ricardo. Legitimidade, viabilização e eficiência das serventias extrajudiciais: o caso da gratuidade., 2018. Artigo. Instituto Brasiliense de Direito Público Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional. Disponível em: <http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/2409/Disserta%c3%a7%c3%a3o_Ricardo%20Bravo_DIREITO%20CONSTITUCIONAL_2018.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 17 de novembro de 2019.

CARDOSO, A. P. A Privatização dos Cartórios. In: Informativo Migalhas, publicado em mar. de 2012. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI152397,21048-a+privatizacao+dos+cartorios>>. Acesso em 11 de novembro de 2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Corregedoria investiga irregularidades em cartórios da Bahia. Publicado em 5 de agosto de 2011. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/corregedoria-investiga-irregularidades-em-cartorios-da-bahia/>>. Acesso em 9 de novembro de 2019.

FRANCO, G. F. P. Fiscalização é constantemente aprimorada pelo Tribunal de Justiça. In.: DCI - Diário Comércio, Indústria e Serviços, publicado em abr. de 2019. Entrevista com o Corregedor Geral do Tribunal de Justiça de São Paulo. Disponível em <<https://www.dci.com.br/politica/fiscalizac-o-e-constantemente-aprimorada-pelo-tribunal-de-justica-1.794400>>. Acesso em 11 de nov. de 2019.

LORDELO, Maria Helena. Tribunal de Justiça vai apurar esquema em cartório. Correio da Bahia. Disponível em: <<https://www.correio24horas.com.br/noticia/nid/tribunal-de-justica-vai-apurar-esquema-em-cartorio/>>. Acesso em 11 de novembro de 2019.

IBGE. Uma análise das condições de vida da população brasileira. Disponível em: <<https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/populacao/9221-sintese-de-indicadores-sociais.html?edicao=25875&t=sobre>>. Acesso em 18 de novembro de 2019.

Lei 8.935/1995 da República Federativa do Brasil. Regulamenta o art. 236 da Constituição Federal, dispondo sobre serviços notariais e de registro. (Lei dos cartórios). Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8935.htm>. Acesso em 17 de novembro de 2019.



Lei 15.424/2004 do Estado de Minas Gerais. Dispõe sobre a fixação, a contagem, a cobrança e o pagamento de emolumentos relativos aos atos praticados pelos serviços notariais e de registro, o recolhimento da Taxa de Fiscalização Judiciária e a compensação dos atos sujeitos à gratuidade estabelecida em lei federal e dá outras providências. Disponível em <http://www.fazenda.mg.gov.br/empresas/legislacao_tributaria/leis/l15424_2004.ht>. Acesso em 01 de nov. de 2019.

Lei 12.352/2011 do Estado da Bahia. Dispõe sobre a outorga, mediante delegação a particulares, dos serviços notariais e de registros no Estado da Bahia e dá outras providências. Disponível em <<http://www.legislabahia.ba.gov.br/documentos/lei-no-12352-de-08-de-setembro-de-2011>>. Acesso em 01 de nov. de 2019.

Lei 13.600/2016 do Estado da Bahia. Altera a Lei nº 12.373, de 23 de dezembro de 2011, que dispõe sobre a fixação, a contagem, a cobrança e o pagamento dos emolumentos relativos aos atos praticados pelos serviços notariais e de registro, da Taxa de Prestação de Serviços na área do Poder Judiciário e da Taxa de Fiscalização Judiciária, e dá outras providências. Disponível em <<https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=333649>>. Acesso em 01 de nov. de 2019.

Lei 11.331/2002 do Estado de São Paulo. Dispõe sobre os emolumentos relativos aos atos praticados pelos serviços notariais e de registro, em face das disposições da Lei federal n. 10.169, de 29 de dezembro de 2000. Disponível em <<https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/2002/lei-11331-26.12.2002.html#>>. Acesso em 01 de nov. de 2019.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

Notai nel Mondo. Disponível em: <http://www.notaio.org/funzione_notarile2.htm#V7HpuPkrKHs>. Acesso em 10 de novembro de 2019.

SALGADO, Leonice S. Privatização dos Serviços Notariais e de Registro do Estado da Bahia e a Eficiência do Trabalho da Justiça. 2017. Monografia. (Programa de Pós Graduação em Direito e Magistratura da Escola de Magistrados da Bahia - EMAB e Universidade Federal Da Bahia - UFBA, Salvador, 2017, 68 p.) Documento digitalizado.

TJBA. Sítio institucional. Disponível em: <<http://www5.tjba.jus.br/extrajudicial/institucional/>>. Acesso em 17 de nov. de 2019.

_____. Núcleo de arrecadação e fiscalização. Disponível em: <<http://www5.tjba.jus.br/porta1/tjba-implanta-nucleo-de-arrecadacao-e-fiscalizacao/>>. Acesso em 17 de novembro de 2019.



_____. Central de custas judiciais e sistema de custas remanescentes favorecem arrecadação de cerca de 1 milhão. Disponível em: <<http://www5.tjba.jus.br/portal/central-de-custas-judiciais-e-sistema-de-custas-remanescentes-favorecem-arrecadacao-de-cerca-de-r-1-milhao/>>. Acesso em 17 de novembro de 2019.

TRINDADE, G. F. S. da. O planejamento necessário do processo de privatização dos serviços notariais e de registro do Estado da Bahia. In: Jus.com.br, publicado em dez. de 2013. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/26263/o-planejamento-necessario-do-processo-de-privatizacao-dos-servicos-notariais-e-de-registro-do-estado-da-bahia/3>>. Acesso em 10 de novembro de 2019.

**FORO PRIVILEGIADO: À LUZ DA AÇÃO PENAL 937**

PRIVILEGED FORUM: IN THE LIGHT OF CRIMINAL ACTION 937

Rubens Torres Deolindo¹

Resumo: Na República Federativa do Brasil o foro por prerrogativa de função está disciplinado pelo texto constitucional. A indagação acadêmica terá a finalidade de discorrer sobre o foro de prerrogativa da função, ou simplesmente conhecido como foro privilegiado, enquanto razões e contrapostas ao direito fundamental da isonomia. Visou estabelecer alguns relatos e deformidades que justifiquem as restrições a tal instituto, que observou desde a evolução constitucional até os dias atuais. As abordagens do conteúdo jurídico foram fundamentais para analisar o enfrentamento do problema e a possível resolução do tema da questão levantada. Para tanto, o objetivo primordial ao provocar o foro privilegiado foi a insatisfação do interesse geral, a qual não enxerga efetividade da vinculação da pessoa a função pública a que é submetido a competência do processamento e julgamento processual ao caso concreto.

Palavras-Chave: Ação Penal 937. Competência. Foro privilegiado.

Abstract: In the Federative Republic of Brazil, the forum by prerogative of function is governed by the constitutional text. The purpose of the academic inquiry will be to discuss the forum of prerogative of the function, or simply known as privileged forum, as reasons and counterposed to the fundamental right of isonomy. It aimed to establish some reports and deformities that justify the restrictions to such an institute, which it observed from the constitutional evolution to the present day. The approaches to the legal content were fundamental to analyze the confrontation of the problem and the possible resolution of the issue raised. To this end, the primary objective in provoking the privileged forum was the dissatisfaction of the general interest, which does not see the effectiveness of the person's attachment to the public function to which the competence of processing and procedural judgment is submitted to the specific case.

Keywords: Criminal Action 937. Competence. Privileged forum.

INTRODUÇÃO

O tema abordado no presente trabalho acadêmico visa apresentar, entender e questionar o instituto jurídico descrito no art. 101 da Constituição Brasileira de 1988, que se trata da regalia que resguarda autoridades brasileiras, em razão de sua personalidade pública ou jurídica, quanto a competência de quem irá processá-los e julgá-los caso haja o cometimento de infrações e crimes comuns e/ou de responsabilidade.

¹ Graduado em Educação Física(2002) UCB; Direito (2019), faculdade Anhanguera; pós graduação em Direito Público (2021) Constitucional e Administrativo (2023) Processual civil e Processo civil (2024); Policial Civil do Distrito Federal desde 2006..

Desde antes da conceituação da República, os governantes e autoridades, tiveram nobre desempenho na estruturação do Estado, o que não significa, por esta razão, que os mesmos, caso cometessem indícios de irregularidades, infrações ou até na forma mais grave, crimes descritos na legislação vigente, o que de alguma forma, deveriam responder pelos seus atos e danos causados.

Na visão do parlamento, por serem agentes que operam a máquina pública, deveriam receber tratamento diferenciado ao dispensado aos outros cidadãos, e por isso, já na Constituição de 1824, foi concedido foros especiais aos mais altos cargos da República. Esta concessão perdura até os dias de hoje, e tem as regalias da investidura nos cargos: Presidente e vice-presidente da República; presidente do Senado e o da Câmara dos Deputados; ministros de Estado; ministros do STF, STJ, do STM, TSE, TST e do TCU; procurador-geral da República; Senadores; deputados federais; governadores; deputados estaduais; desembargadores; juízes dos Tribunais de Alçada, dos Tribunais Regionais do Trabalho e dos Tribunais de Contas dos Estados e Distrito Federal; embaixador do país e, por lei ou tratado, concede idêntica prerrogativa ao agente diplomático do Brasil.

O vasto rol de autoridade ganha blindagem especial, é o que habitualmente chama-se de foro privilegiado e formalmente conceituado como foro especial por prerrogativa da função, isto quer dizer que, processos que tiverem envolvidos (algum dos citados no parágrafo anterior), serão processados e julgados por instâncias superiores, sem passar pelo juízo de primeiro grau.

Acontece que diante de 55 mil pessoas com foro privilegiado², 2017, o número de ações penais e inquéritos aumentaram de forma significativa nos Tribunais de Segunda Instância, o que tem causado morosidade judicial o retardamento, proposital, do andamento processual a fim dos envolvidos escaparem das condenações.

Diante do exposto, visto a necessidade de reavaliar a quantidade de cargos que recebem privilégios, algumas propostas estão em tramitação no Congresso Nacional para restringir a abundância alcançada deste instituto e perfazer a razoável duração processual.

² AGÊNCIA DO SENADO. Dados fornecidos pelo Núcleo de Estudos e Pesquisas do Senado Federal em 2017. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2017/04/26/fim-do-foro-privilegiado-e-aprovado-em-primeiro-turno-por-unanimidade>>. Acesso em 14 março de 2022, às 18:45 h.

Até a conclusão desta pesquisa, a maior relevância alcançada sobre o tema foi o julgamento da Ação Penal 937, em que o relator, conseguiu a maioria dos votos no plenário do Supremo Tribunal Federal para restringir o foro de prerrogativa apenas aos crimes cometidos durante o exercício do cargo ou em funções dele e que a competência de julgamento das ações penais não seja afetada em razão de o agente público vir a ocupar ou deixar o cargo que ocupa, por qualquer que seja o motivo.

As demais restrições, que ainda causam afronta à celeridade judicial, não foram apreciadas pelo parlamento ou pelos Ministros, que podem através do ativismo judicial modificar e atingir os fins desejados.

2. FORO PRIVILEGIADO

2.1 Conceito

Antes de discursar sobre o tema, é importante conceituá-lo com as mais diferentes e relevantes opiniões do mundo jurídico.

O foro privilegiado, também conhecido como foro por prerrogativa de função ou ainda foro especial, foi conceituado por diversos autores e juristas. Observa-se que todos levam em conta, que este instituto seja determinado em razão da pessoa (*ratione personae*), tendo em vista a atividade desempenhada.

Segundo Mirabete (2006), o foro de prerrogativas é para “pessoas que exercem cargos e funções de especial relevância para o Estado e em atenção a eles é necessário que sejam processados por órgãos superiores, de instância mais elevada”.

Já para Plácido e Silva (2009), conceituam o foro privilegiado como sendo —aquele que se atribui competente para certas espécies de questões ou ações ou em que são processadas e julgadas certas pessoas de relevante estima.

Os mais antigos conceitos, como por exemplo, de Pontes de Miranda (1981), o mesmo afirma que o foro privilegiado é “aquele que cabe a alguém, como direito seu (elemento subjetivo, pessoal, assaz, expressivo); portanto, o foro do juízo que não é comum”.

Para Tourinho Filho (1990), a competência por prerrogativa de função (*ratione personae*) é:

Poder que se concede a certos órgãos superiores do Poder Judiciário de processarem e julgarem determinadas pessoas, em decorrência das funções que exercem. As pessoas que ocupam cargos de especial relevância no Estado, e em atenção a tais cargos ou funções exercidos no seu cenário jurídico-político, concedeu-lhe o direito de não serem processadas e julgadas

pelos órgãos inferiores do poder jurisdicional, e sim pelos seus órgãos mais elevados, em atenção à majestade do cargo ou função.

Em 1987, Christovão Malta e Júlia Lefèvre, já defendia que o foro privilegiado é:

Único foro em que podem ser ajuizadas certas demandas contra determinadas pessoas, em virtude do alto cargo que ocupam na organização do Estado. O Presidente da República e os Ministros do Supremo Tribunal Federal, entre outras autoridades, por exemplo, gozam de foro privilegiado em matéria criminal.

Em um conceito mais contemporâneo, ao tratar sobre a matéria, Maria Helena Diniz (2005) discorre sobre o assunto afirmando que a:

(...) regalia concedida legalmente aos que exercem altas funções públicas para serem julgados em foro especial ou serem inquiridos, na qualidade de testemunhas, em sua residência ou onde exercem sua função. Dentre eles podemos citar: presidente e vice-presidente da República; presidente do Senado e o da Câmara dos Deputados; ministros de Estado; ministros do STF, STJ, do STM, TSE, TST e do TCU; procurador-geral da República; senadores; deputados federais; governadores; deputados estaduais; desembargadores; juízes dos Tribunais de Alçada, dos Tribunais Regionais do Trabalho e dos Tribunais de Contas dos Estados e Distrito Federal; embaixador do país e, por lei ou tratado, concede idêntica prerrogativa ao agente diplomático do Brasil.

Para o ex-Ministro do Superior Tribunal de Justiça, José Augusto Delgado (2010), o foro é determinado em razão da pessoa (*ratione personae*), tendo em vista a nobreza da atividade desempenhada. Por esta razão, é chamado, também, de foro por prerrogativa de função.

2.2 Origem

Não é de hoje que autoridades e governantes desobedecem à legislação de seus países, a origem desse quadro é facilmente encontrada desde a antiguidade, ainda nos tempos de Faraó, em que tudo podia e não precisava seguir as leis. Não restam dúvidas de que durante séculos esta situação se perpetuou ao longo do tempo, o que resultou, hoje, em escândalos de crimes cometidos por políticos, conhecidos pelos famosos crimes de colarinho branco.

De modo geral, Guilherme de Sousa Nucci (2008) afirma que o foro privilegiado foi criado para que autoridades fossem responsabilizadas e julgadas por seus atos em desacordo com a lei, para dar relevo ao cargo ocupado pelo agente do delito, sem estabelecer aos cidadãos a desigualdade.

A origem do foro privilegiado não é muito estudada pela doutrina, mas dados históricos registram seu surgimento por volta do século V, no fim do Império Romano, onde os Senadores seriam processados e julgados por seus iguais, bem como os eclesiásticos teriam seus crimes julgados por aqueles que possuíam nível hierárquico maior. Além disso, em meados do século XII, por não concordarem com a influência que a Igreja Católica tinha sobre os julgamentos de altas autoridades, reis começaram a brigar para que foros especiais fossem estabelecidos de acordo com qualidade das pessoas acusadas, sempre em favor dos mais altos cargos. Era de se esperar que aqueles que tinham algum poder e não cumpriam a lei, lutassem para obter benefícios e se perpetuarem no poder. (DELGADO 2003, p 329-30, apud SEIGNEUR, 2005).

Em Portugal, do século XII ao XV, ficou evidenciado que o foro privilegiado estendia-se até mesmo às esposas e viúvas de escrivães da Real Câmara, desde que conservasse honrada a viuvez. O contexto histórico aponta que além destas, outras pessoas tinham o privilégio de terem suas prisões relaxadas quando pronunciadas, como, por exemplo, os desembargadores, cavaleiros, doutores, deputados da Real junta do Comércio e da Companhia Geral da Agricultura das vinhas do Alto Doiro, dentre outros do alto escalão (DELGADO, 2003, apud TAVARES FILHO, 2016).

2.3 Foro Privilegiado Nas Constituições Brasileiras

2.3.1 Constituição de 1824

Declarada a independência do Brasil em 1822, surge a necessidade de uma Constituição que pudesse controlar toda a nação pela nova Coroa. No entanto, como era permitida a criação de um poder centralizador, foi assim que agiu o Imperador D. Pedro I ao inaugurar os trabalhos na Assembleia Nacional Constituinte em 1823 e que foi anulada no mesmo ano por não atender aos interesses deste, ao passo em que o mesmo passou a redigir a primeira Constituição do Brasil. Desta forma, a primeira Constituição, promulgada em 1824, o país inicia a trajetória de concessão foros especiais aos mais altos cargos da república (SEIGNEUR, 2005).

Alguns trechos desta constituição merecem destaque pela relevância e pelos poderes concedidos à pessoa do Imperador:

Art. 47. É da atribuição exclusiva do Senado
I. conhecer dos delictos individuaes, commettidos pelos Membros da Familia Imperial, Ministros de Estado, Conselheiros de Estado, e Senadores; e dos delictos dos Deputados, durante o periodo da Legislatura.

II. conhecer da responsabilidade dos Secretários, e Conselheiros de Estado. (BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2018).

Já o artigo 99 da mesma Carta deixava poderes absolutos ao imperador já que sua pessoa era inviolável “A Pessoa do Imperador é inviolável, e Sagrada: Ele não está sujeito a responsabilidade alguma”.

Conforme Pimenta Bueno (2005), a inviolabilidade do imperador se fazia necessária, pois:

A qualidade de imperante é inseparável da pessoa que a exerce; a inviolabilidade ou há de ser geral ou inútil, não há meio termo, monarca ou há de ser monarca ou deixar de sê-lo; um facioso não deve ter o arbítrio de acusá-lo por título algum. o que seria uma cora chamada aos tribunais?”

2.3.2 Constituição de 1891

A Constituição de 1891 muda completamente a estrutura política do país, sai o Império e o Estado Unitário, entram a República e o Estado Federado, extingue-se o Poder Moderador, que dava amplos poderes ao Imperador, o Império do Brasil passa a se chamar Estados Unidos do Brasil e o Supremo Tribunal de Justiça torna-se o Supremo Tribunal Federal.

Com relação à responsabilidade dos governantes, esta nova constituição passou a separar os crimes comuns dos crimes de responsabilidade, atribuindo ao Senado o julgamento político de alguns funcionários, enquanto o Supremo Tribunal Federal era responsável pelos julgamentos de crimes comuns e, alguns casos, os crimes de responsabilidade (SEIGNEUR, 2005).

Da leitura do artigo 29, competia à Câmara declarar a procedência ou improcedência da acusação contra o Presidente da República, e do artigo 33 e parágrafos, a competência do Senado para julgar o Presidente, sendo que quando este deliberasse como Tribunal de Justiça, deveria ser presidido pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal, proferindo sentença condenatória por não menos do que 2/3 dos presentes e não impondo outras penas além de perda do cargo e a incapacidade de exercer qualquer outro cargo sem prejuízo da ação da Justiça ordinária contra o condenado. (CF/1891, BRASIL).

Diferentemente do Imperador, o Presidente da República não era mais inviolável, devendo responder por seus atos, seja nos crimes comuns ao Supremo Tribunal Federal, seja nos crimes de responsabilidade. Tanto em um como no outro,

competia à Câmara declarar a procedência da acusação. Para João Barbalho Uchôa Cavalcanti, a explicação para isso estava nas:

Altas razões de ordem política e para maior resguardo da autoridade do primeiro magistrado da nação, (...), assim remover-se-ão denúncias caluniosas, evitar-se-á ao Chefe do Estado o encommodo da posição de processado antes por vindicta e proposito hostil. (UCHÔA CAVALCANTI, 2002, p. 236, apud SEIGNEUR, 2005, p. 29).

2.3.3 Constituição de 1934

Quanto à Constituição de 1934, pela sua pouca duração (pouco mais de três anos), é mais usada pelas inovações legislativas do que pela aplicabilidade das mesmas, até porque julgamentos de altas autoridades foram inexistentes.

As diferenças da constituição anterior são substanciais. Uma das poucas semelhanças reside no fato dos crimes comuns estarem separados dos crimes de responsabilidades. No entanto, julgar o Presidente por crime de responsabilidade já não competia mais ao Senado, mas a um Tribunal Especial composto por três senadores, três deputados e três Ministros da Corte Suprema, órgão que substituiu o Supremo Tribunal Federal. (NOGUEIRA, 1947, p. 83, apud SEIGNEUR, 2005, p. 36).

Não só o Presidente, como também os Ministros de Estado, em crime conexo praticado com o Presidente, e os Ministros da Corte Suprema, em crimes de responsabilidade. Entretanto, a retirada da competência do Senado para julgar e a criação de um Tribunal Especial foi motivo de críticas, pois suas decisões poderiam ser intensamente partidárias contra ou a favor do Presidente da República. (NOGUEIRA, 1947, p. 83, apud SEIGNEUR, 2005, p. 36).

Mesmo mantida a competência da Corte Suprema para julgar o Presidente da República e os ministros de Estado em seus crimes comuns, foi na constituição de 34 que a competência foi alargada, alcançando autoridades que ainda não possuíam prerrogativa de foro pelos cargos que ocupavam. É o que se depreende da leitura do artigo 76:

Art. 76 - A Corte Suprema compete:

1) processar e julgar originariamente:

- a) o Presidente da República e os Ministros da Corte Suprema, nos crimes comuns;
- b) os Ministros de Estado, o Procurador-Geral da República, os Juízes dos Tribunais federais e bem assim os das Cortes de Apelação dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, os Ministros do Tribunal de Contas e os Embaixadores e Ministros diplomáticos nos crimes comuns e nos de responsabilidade, salvo, quanto aos Ministros de Estado, o disposto no final do 1º do art. 61;

c) os Juízes federais e os seus substitutos, nos crimes de responsabilidade; (CF, 1934, BRASIL).

2.3.4 Constituição de 1937

Temendo uma revolta popular, e com apoio do Ministro de Guerra, Getúlio Vargas dá mais um golpe e estabelece um Estado Novo, em 10 de novembro de 1937. Com um novo governo, uma nova constituição é outorgada focada em dar enormes poderes ao Presidente da República.

Ocorre que, conforme Seigneur (2005), afirma mesmo mantendo a semelhança das constituições anteriores no tocante ao recebimento da acusação pela Câmara dos Deputados e do julgamento pelo Conselho Federal, este substituiu o Senado, com a entrada em vigor da nova constituição o Congresso Nacional foi dissolvido, com previsão de novas eleições que nunca se realizaram.

Durante a vigência da Carta de 1937, não havia um mecanismo sequer que pudesse responsabilizar o Presidente da República em crimes de responsabilidade. Além disso, por determinação constitucional bem diferente do que previa as constituições anteriores, esta não entregou ao Supremo Tribunal Federal, que voltou ao nome antigo após a Carta de 1934, a competência para julgar o Presidente em crimes comuns, muito embora mantivesse esta competência para julgar outras autoridades do governo. Sendo assim, o Presidente não poderia ser responsabilizado por atos estranhos ao exercício de suas funções, tal como um imperador. (SEIGNEUR, 2005).

2.3.5 Constituição de 1946

José Afonso Silva (2008) ensina que com o fim da Segunda Grande Guerra o Brasil se vê na necessidade de promulgar uma nova constituição. Mesmo com Getúlio Vargas expedindo uma Lei Constitucional, estabelecendo eleições diretas para presidente e para o parlamento, este é deposto de seu cargo pelas Forças Armadas que temiam mais um golpe do atual presidente.

Mantendo o modelo norte-americano em que a Câmara era competente para receber a acusação e o Senado para julgar o Presidente nos crimes de responsabilidade, a carta de 1946 trouxe de volta a possibilidade de o Presidente ser responsabilizado por seus atos. (SILVA, 2008).

Além disso, a Constituição de 1946 firmou o extenso rol de competência penal originária do Supremo Tribunal Federal, que antes elencado no artigo 168 e atualmente no artigo 101 da atual Constituição da República:

Art. 101 - Ao Supremo Tribunal Federal compete:
I - processar e julgar originariamente:
a) o Presidente da República nos crimes comuns;
b) os seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República nos crimes comuns;
c) os Ministros de Estado, os juízes dos Tribunais Superiores Federais, dos Tribunais Regionais do Trabalho, dos Tribunais de Justiça dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, os Ministros do Tribunal de Contas e os Chefes de missão diplomática de caráter permanente, assim nos crimes comuns como nos de responsabilidade, ressalvado, quanto aos Ministros de Estado, o disposto no final do artigo 92. (CF/1946, BRASIL)

2.3.6 Constituição de 1967

No que se refere ao foro por prerrogativa de função, a Constituição de 1967 não alterou de forma drástica o que já dispunha na Carta de 1946 e nas anteriores. Porém, foi a Carta de 67 que conferiu foro especial aos Deputados e Senadores, bem como o Vice-Presidente da República. A competência para processá-los, em crimes comuns, foi reservada ao Supremo Tribunal Federal. (SEIGNEUR, 2005).

A Câmara dos Deputados passou a ser competente para acusar os Ministros de Estado, além do Presidente da República, bem como o Senado continuou competente para julgar os Ministros do Supremo Tribunal Federal, e os Ministros de Estados nos crimes conexos com o Presidente da República e o Procurador Geral da República. (BRASIL).

Algo que mudou significativamente na Constituição de 1967, nos comentários à Constituição feitos por Pontes de Miranda em 1967, foi a reestruturação do STF, quando o artigo 118 determinou que o Supremo Tribunal Federal contasse com onze ministros, e não mais dezesseis como determinara a antiga constituição.

2.3.7 Constituição de 1988

Promulgada em 05 de outubro de 1988, a sétima constituição brasileira, conhecida como constituição cidadã, manteve, quase que inalterada, o disposto na Emenda Constitucional nº 1, de 1969, no que se refere ao julgamento pelo Presidente por seus crimes de responsabilidade. Dispõe o artigo 86:

Art. 86. Admitida a acusação contra o Presidente da República, por dois terços da Câmara dos Deputados, será ele submetido a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal, nas infrações penais comuns, ou perante o Senado Federal, nos crimes de responsabilidade.

§ 1º O Presidente ficará suspenso de suas funções:

I - nas infrações penais comuns, se recebida a denúncia ou queixa-crime pelo Supremo Tribunal Federal;

II - nos crimes de responsabilidade, após a instauração do processo pelo Senado Federal.

§ 2º Se, decorrido o prazo de cento e oitenta dias, o julgamento não estiver concluído, cessará o afastamento do Presidente, sem prejuízo do regular prosseguimento do processo.

§ 3º Enquanto não sobrevier sentença condenatória, nas infrações comuns, o Presidente da República não estará sujeito a prisão.

§ 4º O Presidente da República, na vigência de seu mandato, não pode ser responsabilizado por atos estranhos ao exercício de suas funções (BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2018).

Já a redação do artigo 51, I, estabelece a competência da Câmara dos Deputados para acusar não só o Presidente, como também o Vice-Presidente da República e os Ministros de Estado, mas sempre sob a necessidade de aprovação de 2/3 dos membros da Casa:

Art. 51. Compete privativamente à Câmara dos Deputados:

I - autorizar, por dois terços de seus membros, a instauração de processo contra o Presidente e o Vice-Presidente da República e os Ministros de Estado (BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2018).

No caso de recebimento da denúncia pelo Senado Federal, fica o presidente afastado de suas funções por 180 dias, prazo este que o Senado tem para decidir sobre a condenação ou não. Ao optar pela condenação, fica o Presidente da República inabilitado de assumir outros cargos públicos por oito anos e não mais cinco como previam as constituições anteriores. (BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2018).

Até aqui nada muito diferente das constituições passadas, os Deputados e Senadores, por exemplo, só ganharam um foro especial para julgamento de seus atos na constituição de 1967. Mas foi na constituição de 1988 que houve um aumento substancial das autoridades que passaram a usufruir de um julgamento diferenciado do restante da população.

O capítulo III da Carta de 88 é que dispõe sobre a organização e competência do Poder Judiciário, a começar pelo Supremo Tribunal Federal, na redação do artigo 102, I, alíneas b e c:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

(...)

b) nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República;

c) nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no art. 52, I, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente (BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2018).

Há uma inovação na Constituição de 1988, que é a criação do Superior Tribunal de Justiça, tribunal que até então não existia, nem nada parecido. A ele foi concedida competência penal originária, conforme artigo 105, I, a:

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

I - processar e julgar, originariamente:

a) nos crimes comuns, os Governadores dos Estados e do Distrito Federal, e, nestes e nos de responsabilidade, os desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, os membros dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, os dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais Eleitorais e do Trabalho, os membros dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios e os do Ministério Público da União que oficiem perante tribunais (BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2018).

Aos Tribunais Regionais Federais, além de servir como tribunal de apelação para causas federais, foi-lhe distribuída competência penal originária, de acordo com o artigo 108, I, a:

Art. 108. Compete aos Tribunais Regionais Federais:

I - processar e julgar, originariamente:

a) os juízes federais da área de sua jurisdição, incluídos os da Justiça Militar e da Justiça do Trabalho, nos crimes comuns e de responsabilidade, e os membros do Ministério Público da União, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral (BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2018).

Como se pode ver, o número de autoridades que receberam uma atenção especial no julgamento de suas ações excede a mais de vinte grupos, incluindo o Advogado-Geral da União e o Presidente do Banco Central do Brasil, pois estes receberam status de Ministro de Estado e, portanto, o foro competente para julgá-los é perante o Supremo Tribunal Federal (SEIGNEUR, 2005).

2.3.8 A Emenda Constitucional 35 de 2001

Uma relevante redação na alteração do art. 53 da Constituição Federal deu novo sentido ao foro privilegiado no Brasil em relação aos parlamentares, estes, ganharam inviolabilidade, civil e penal no uso das suas atribuições, conforme se lê:

Art. 53. Os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos.

§1º Os Deputados e Senadores, desde a expedição do diploma, serão submetidos a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal.

§ 2º Desde a expedição do diploma, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável. Neste caso, os autos serão remetidos dentro de vinte e quatro horas à Casa respectiva, para que, pelo voto da maioria de seus membros, resolva sobre a prisão.

§3º Recebida a denúncia contra o Senador ou Deputado, por crime ocorrido após a diplomação, o Supremo Tribunal Federal dará ciência à Casa respectiva, que por iniciativa de partido político nela representado e pelo voto da maioria de seus membros, poderá, até a decisão final, sustar o andamento da ação.

(...).

§8º As imunidades de Deputados ou Senadores subsistirão durante o estado de sítio só podendo ser suspensas mediante o voto de dois terços dos membros da Casa respectiva, nos casos de atos praticados fora do recinto do Congresso Nacional, que sejam incompatíveis com a execução medida. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2018).

2.4 O Texto Constitucional na Compreensão Atual e o Direito Comparado

Na Constituição Federal de 1988, em suas determinações legais, é fácil encontrar o amplo conjunto de agentes públicos que respondem por crimes comuns nos tribunais, conforme o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça.

No STF, antes da AP 937 (votada em 2017), mais de 800 agentes públicos tinham como prerrogativa serem processados e julgados pela Corte, dentre os quais estão o Presidente da República, o Vice-Presidente, 513 Deputados Federais, 81 Senadores, os atuais 31 Ministros de Estado. Esta competência abrange ainda, 3 Comandantes militares, 90 Ministros de tribunais superiores, 9 Membros dos Tribunais de contas da União e 138 chefes de missão diplomática de caráter permanente (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2018).

O STJ tem a responsabilidade de julgar 2,7 mil autoridades, incluindo governadores, conselheiros dos tribunais de contas estaduais e municipais e membros dos TJs, TRFs, TRTs e TREs. Neste sentido há mais de 30 mil possuidores de foro por prerrogativa nos Tribunais Federais e Tribunais de Justiça. (BARROSO, 2018.)

Nem no direito comparado, nem na história constitucional brasileira, nunca se viu tamanha extensão quanto ao foro de prerrogativa de função. Mesmo que essa

garantia tenha sido prevista em todas as constituições acima citadas, nenhuma trouxe números tão expressivos de beneficiados, tendo sido essa prerrogativa ampliada até chegar ao rol atual.

O foro de prerrogativa das funções para os membros do Congresso Nacional, só fora concedido, curiosamente, durante a ditadura militar, com a promulgação da Carta de 1969 (EC 1), onde se passou a compensar a irrelevância política com as prerrogativas processuais.

Enfrentando o Direito comparado, não há sequer qualquer democracia consolidada que consagre a prerrogativa da função com a abrangência igual ao do Brasil.

Países como o Reino Unido, Alemanha, Estados Unidos e Canadá sequer existe o instituto da prerrogativa da função. Na Itália a prerrogativa do foro se aplica apenas ao Presidente da República. Na França, o foro especial é apenas para os membros do governo (Ministros e Secretários de Estados). Em Portugal são três as autoridades que alcançam o foro especial: o Presidente da República, o Presidente da Assembleia da República e o Primeiro Ministro. (BARROSO, 2018).

Talvez a Espanha seja o único exemplo de país com democracia consolidada que instituiu um número maior de hipóteses de foro privilegiado. Há previsão constitucional para o Presidente da República e demais membros do Governo (Ministros), estes são julgados pelo perante o Supremo Tribunal, porém há na determinação legal na Lei Orgânica do Poder Judiciário 6/1985 quanto à responsabilização de várias autoridades perante o Supremo, e ainda assim, as autoridades abrangidas pelo foro de prerrogativa das funções, são bem mais restritos que o brasileiro. (BARROSO, 2018).

Nos países que não há a previsão de prerrogativa da função por foro privilegiado há peculiaridades em relação às competências, por exemplo, na Alemanha a Constituição de 1949 atribuiu ao Tribunal Federal Constitucional a competência para julgar o impeachment do Presidente federal (art.61), não podendo confundir esta capacidade com o foro privilegiado.

Já nos Estados Unidos, é a Suprema Corte que processa os representantes diplomáticos (art. 3º, seção 2, cláusula 1ª, Constituição dos Estados Unidos).

Na Itália, o Presidente da República é julgado apenas por crimes cometidos fora dos exercícios das funções presidenciais perante o Tribunal Constitucional. O art. 90 discorre sobre a responsabilidade do Presidente da República:



O Presidente da República não é responsável pelos atos praticados no exercício de suas funções, salvo por alta traição ou por atentado à Constituição. Em tais casos, ele será acusado pelo Parlamento em sessão conjunta, pela maioria de seus membros. (SENATTO DELLA REPUBBLICA ITALIANA, 2022);

A Constituição Italiana, no art. 90, diz respeito à irresponsabilidade do Presidente da República pelos atos praticados no exercício da função. Comparado a Constituição Federal Brasileira, é visivelmente contrário ao que art. 86 § 4º dispõe, onde a irresponsabilidade do Presidente da República é por atos estranhos aos de ofício. (CERETI apud SEIGNEUR, 2005).

A irresponsabilidade descrita ao Presidente da República alcança o meio político, penal e civil, onde só será afastado, nos casos previstos na Constituição, não podendo ser deposto ou convidado a deixar o cargo, por um voto contrário do Parlamento, devendo, portanto, evitar manifestações sobre decisões que envolvam sua pessoa. (CERETI apud SEIGNEUR, 2005).

Cessado o mandato do Presidente da República, é importante ressaltar que o mesmo passa adquirir a imunidade parlamentar, tanto formal, quanto material, tendo em vista que a Constituição Italiana, no art. 59 prevê que os ex-Presidentes da República ganham a posse como Senadores vitalícios.

Não há dúvidas que o Presidente da República Italiana, no que tange aos atos praticados fora das suas funções, é punido como qualquer cidadão comum. (CRISAFULLI e PALADIN apud SEIGNEUR, 2005).

Diferentemente do impeachment, onde o agente político é afastado por atos contrários à norma, ou pela prática de ilícitos penais, a Constituição italiana prevê a responsabilidade política parlamentar, mais especificadamente italiana, há a possibilidade do agente político ser afastado por oportunidade e por conveniência do parlamento, que pelo próprio entendimento entende não ser membro competente. (CERETI apud SEIGNEUR, 2005).

A maioria da doutrina italiana perante a autonomia constitucional entende que pelo Presidente da República assumir uma posição institucional especial, não há que se falar no princípio da legalidade, pois se torna impossível tipificar tais condutas penais, por tratar-se de evidências de responsabilidade penal e também política. A pena não poderá ultrapassar o máximo previsto na lei penal vigente na data do fato, para o crime comum praticado. (CRISAFULLI, e PALADIN apud SEIGNEUR, 2005)

No art. 130, da Constituição da República de Portugal, e o DL nº 78/1987, art. 11 determina que “Compete ao pleno das secções criminais do Supremo Tribunal de Justiça, em matéria penal: a) julgar o Presidente da República, o Presidente da Assembleia da República e o Primeiro Ministro pelos crimes praticados no exercício das suas funções” (GOVERNO DA REPÚBLICA DE PORTUGAL, 2022).

No Brasil, a extensão de foro de prerrogativa não decorre exclusivamente do número de autoridades, mas também dos ilícitos abrangidos. Diante da compreensão atual, um acusado ou réu que ocupe determinado cargo (e.g. Deputado Federal) será processado e julgado, originalmente, por um juízo de instância superior (e.g. STF), mesmo que o crime não tenha nenhuma conexão com as funções desempenhadas (e.g. crimes de homicídios da esposa ou corrupção praticada ao ocupar cargo diverso) (BARROSO, 2018).

Se levarmos ao Direito comparado, qualquer outro país que instituem a prerrogativa da função, em regra, o fazem apenas quanto aos ilícitos praticados pelas autoridades “no exercício das suas funções”, como é o caso de Portugal, França e Holanda. Colocando no desenho sistêmico normativo e observado os diversos países, é possível identificar com clareza as inconstâncias na esfera nacional.

2.5 Competências Constitucionais

Diante das competências extraídas do texto constitucional quanto às instâncias competentes para processar e julgar originariamente as infrações penais comuns e os crimes de responsabilidade o Supremo Tribunal Federal ganha destaque por julgar os atos cometidos pelo Presidente o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República, além dos mandados de segurança e de habeas data contra o Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal (BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2018).

A Corte ainda é competente para processar e julgar originariamente as infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica (...) os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente, além de habeas corpus em que for paciente qualquer das pessoas referidas (BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2018).

Além das autoridades acima, os de habeas corpus, quando o coator for Tribunal Superior ou quando o coator ou o paciente for autoridade ou funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do Supremo Tribunal Federal, ou se trate de crime sujeito à mesma jurisdição em uma única instância; de revisão criminal e de ação rescisória de seus julgados (BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2018)

O Superior Tribunal de Justiça ficou na incumbência originária de processar e julgar nos crimes comuns, de Governadores dos Estados e do Distrito Federal, nos crimes de responsabilidade, os desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, os membros dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, os dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais Eleitorais e do Trabalho, os membros dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios e os do Ministério Público da União que oficiem perante tribunais (BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2018).

Ao STJ também cabe o julgamento dos mandados de segurança e os habeas data contra ato de Ministro de Estado, dos Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica ou do próprio Tribunal; bem como de habeas corpus, quando o coator ou paciente for qualquer das pessoas mencionadas na Constituição, ou quando o coator for tribunal sujeito à sua jurisdição, Ministro de Estado ou Comandante da Marinha, do Exército ou da Aeronáutica, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral (BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2018).

Ao Senado Federal cabe à apreciação do foro privilegiado do Presidente e o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade e os Ministros de Estado nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles; e para processar e julgar os Ministros do Supremo Tribunal Federal, os membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União nos crimes de responsabilidade (BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2018).

Os Prefeitos, que também possuem foro privilegiado, serão julgados perante o Tribunal de Justiça, e nos crimes comuns e de responsabilidade, para o julgamento de Juízes de direito e membros do Ministério Público, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral. (BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2018).

3. PRIVILÉGIOS E IMUNIDADES

3.1 Lei nº 10.628 DE 2002

Em que pese a Constituição Federal determine as instâncias competentes para o processamento e julgamento dos cargos relacionados, há no ordenamento jurídico a lei 10.628 sancionada em 2002, pelo Presidente Fernando Henrique Cardoso que abriu margem para o crescimento das demandas no STF.

Isto porque, a nova lei alterou o art. 84 do Código de Processo Penal para determinar que a competência pela prerrogativa de função é do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, dos Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, relativamente às pessoas que devam responder perante eles por crimes comuns e de responsabilidade (BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2018).

Anteriormente a lei vigorava com a seguinte redação:

Art. 84. (...)

§1º - A competência especial por prerrogativa de função, relativo a atos administrativos do agente, prevalece ainda que o inquérito ou ação judicial sejam iniciados após a cessão de exercício da função pública.

§2º - A ação de improbidade que trata a lei nº 8.429/92 será proposta perante o tribunal competente para processar e julgar criminalmente o funcionário ou autoridade na hipótese de prerrogativa de foro em razão do exercício ou função pública, observado o disposto no §1º. (BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2018).

A Associação Nacional dos Membros do Ministério Público ajuizou perante o Pretório Excelso, a ação de inconstitucionalidade contra a referida lei. A ADIn 2797 - Ação Direta de Inconstitucionalidade - contou com a relatoria do então falecido, Menezes Direito e teve por decisão a declaração de inconstitucionalidade da lei. ().

O relator explica que as competências originárias implícitas na lei Fundamental seriam oponíveis as interpretações constitucionais visto que infraconstitucional questionaria interpretação de norma superior. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.COORDENADORIA DE ANÁLISE E JURISPRUDÊNCIA, 2018).

Com a inconstitucionalidade da norma, os mesmos não possuem eficácia no ordenamento jurídico. Por este motivo, a maioria do Plenário do STF decidiu quanto à supressão do direito de ex-ocupantes de cargos públicos e ex-detentores de mandato eletivos a foro de prerrogativa da função.

Para não gerar insegurança jurídica aos atos já praticados pelos agentes que respondem processos de improbidade a Suprema Corte decidiu preservar a validade de todos os atos processuais proferidos na vigência da Lei 10.628, que vigorou até 15 de setembro de 2005.

Na doutrina afirma Pacelli (2013) que com a Lei n. 10.628/02 houve invasão legislativa em matéria de competência constitucional. Assim, a competência jurisdicional em matéria penal, para ele, é, tal e qual

[...] aquela posta na Constituição da República, primeiro como garantia individual e segundo como estruturação e repartição constitucional do poder de jurisdição. É na Constituição que se elege a competência *ratione materie* e *ratione personae* – e mais, remete-se à legislação ordinária a competência em razão do lugar. (Grifos do autor).

O ilustre doutrinador assevera que a competência originária do Tribunal, quanto ao foro por prerrogativa de função, está condicionada ao exercício do cargo que lhe justifica. E que, em razão disso, seria admissível o caráter itinerante da ação penal.

Dessa forma, segundo ele,

[...] o foro privativo só será mantido para o agente político – que são os destinatários das prerrogativas de função – quando ele estiver em efetivo exercício, não se estendendo àquele que estiver licenciado, ainda que no exercício de outra função para a qual não se assegure a mesma garantia (PACELLI, 2013).

3.2 Cancelamento do Enunciado da Súmula do STF nº 394

À égide da Constituição de 1946, o Supremo editou a Súmula 394, em decisão de 03 de abril de 1964, com o seguinte verbete “Cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece à competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício.” (Cancelada) (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2018).

Em meados de 2001, os Ministros do Supremo Tribunal Federal, suscitaram questão de ordem na Ação Penal 313/DF e resolveram, por unanimidade cancelar o enunciado da súmula 394, por questões óbvias.

A Relatoria é do Ministro Moreira Alves, que ao receber a denúncia de operações ilícitas em prejuízo do Instituto de Previdência dos Congressistas (IPC), interrogou o plenário da Corte, em questão de ordem, quanto à competência do STF para julgar a acusação, visto que o ex-Deputado Federal (Paulo Gustavo Coutinho de Faria e Outros) fora eleito no período de maio de 1987 e abril de 1989.

Dessa forma, ficou decidido que depois de cessado o exercício da função, não se deve manter o foro por prerrogativa de função, pois, cessada a investidura a que

essa prerrogativa é inerente, deve esta cessar por não a ter estendido mais além a própria Constituição. (ALVES, 2018).

3.3 Relatório em Números das Ações no Supremo Tribunal Federal

O relatório publicado pela equipe da Fundação Getúlio Vargas – Rio de Janeiro, em 2017, traz em números a base de dados de todos os inquéritos e ações penais autuados no Supremo Tribunal Federal (STF) entre 2002 a 2016, constando uma análise do tempo, volume, assuntos e decisões, para mostrar uma realidade fática dos privilégios e imunidades relacionados ao foro especial.

Devido às características próprias do foro privilegiado no Tribunal, há vários anos o Supremo Tribunal Federal não consegue cumprir a missão, qual seja garantir a adequada tramitação processual e viabilizar o julgamento de mérito das demandas. (FGV/RJ, 2017).

As ações penais no STF têm crescido significativamente desde 2002 até os dias de hoje, isto porque o tempo médio que um processo aguarda providências do relator é cerca de quatro anos, um ano aguardando a revisão e mais dois anos em vista da PGR. (FGV/RJ, 2017).

Recentemente, os julgamentos tornaram-se comuns e polêmicos, a exemplo da Ação Penal 470, denominada “Caso do Mensalão” e o processamento dos inquéritos relacionados à “Operação Lava Jato”.

Em novembro de 2016, a Folha de São Paulo³ fez um levantamento com 113 ações penais do STF, decididas entre 2007 e 2016. Deste número, há quatro casos de condenação (3,5%). Nos demais 109 casos, a maioria acabou com a absolvição (36,3%) ou prescrição (33%). Em seu voto na ação penal 937 (próximo capítulo), o ministro Barroso divulgou estudo da Assessoria de Gestão Estratégica do Supremo com dados do final de 2016. “Foram contabilizados 357 inquéritos e 103 ações penais em andamento no tribunal. O prazo médio até o recebimento da denúncia é de 565 dias. Desde 2002 ocorreram mais de 60 prescrições (FOLHA DE SÃO PAULO, out. 2018).

No Mandado de Segurança 34.609/DF, quanto a medida cautelar requerida pelo diretório nacional de Sustentabilidade, o Ministro Celso de Mello citou André Moreira Franco, que “[f]alar de ‘blindagem’ em virtude do foro privilegiado (...) é

³ Pesquisa realizada pela Folha de São Paulo.

depreciar a dignidade do STF [omissis]”, isto porque entende, que ministros de Governo são submetidos a diversos mecanismos de responsabilização, e que o foro privilegiado não caracteriza vantagem por ser julgado originariamente pelo STF. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2018).

Em sentido contrário, o Ministro Luís Roberto Barroso, defende a restrição da aplicação do foro por prerrogativa de função, principalmente porque o foro causa diversas modificações de competência ao longo do processo, que significa uma "disfuncionalidade prática do regime de foro privilegiado" (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2018).

O Ministro Edson Fachin também afirmou ser contrário ao foro privilegiado atual, visto que este modelo é "incompatível como princípio republicano". Deltan Dallagnol, procurador da República e coordenador da força tarefa da Lava Jato, é um crítico do foro por prerrogativa da função. (AGÊNCIA BRASIL, 2018).

Em entrevista à Folha de São Paulo, em 2012, o Ministro Celso de Mello afirmou “minha proposta é um pouco radical, porque proponho a supressão pura e simples de todas as hipóteses constitucionais de prerrogativa de foro em matéria criminal” adicionando que “para efeito de debate, poderia até concordar com a subsistência de foro em favor do Presidente da República, nos casos em que ele pode ser responsabilizado penalmente, e dos Presidentes do Senado, da Câmara e do Supremo. E a ninguém mais” (FOLHA DE SÃO PAULO, ago. 2012).

Há cerca de quatorze propostas de alteração das regras do foro privilegiado na Câmara dos Deputados. A proposta de alteração insta reter do STF competência para decidir sobre a denúncia, a fim de passar para a primeira instância os crimes que não estejam relacionados ao exercício da função (julgada em 2017). Uma proposta que está no Senado sugere extinguir o foro privilegiado para crimes comuns no Supremo. (FGV/RJ, 2017).

3.4 Relevantes Julgados no Supremo Tribunal Federal

No Relatório em Números do Supremo Tribunal Federal, 2017, entre o ano de 2003, 2007, 2011, 2013 e 2015, os estudiosos da Fundação Getúlio Vargas perceberam crescente elevações das Ações Penais e dos Inquéritos que o Supremo recebe, geralmente em anos seguintes aos das eleições ao Congresso (com exceção de 2013), onde consta a mudança do status político e o processo que inicia em outra

instância, sobe ao Supremo para ser apreciado (FGV/SB – SISTEMAS DE BIBLIOTECAS.).

Embora não seja possível afirmar as tendências lineares de crescimento ou diminuição, fica claro que a partir de 2007, o número de processos novos são superiores aos encerrados, especialmente no caso dos inquéritos. (FGV/RJ, 2017).

É o lançamento no sistema que possui efeito prático e não a data de real trânsito. O que acontece é que calcularam as datas de autuação e do movimento de trânsito em julgado de cada processo, geralmente o movimento não é lançado no sistema na data exata, na verdade, ocorre quase sempre posterior ao trânsito real. (FGV/RJ, 2017).

Existem tendências que mostram que os inquéritos estão sendo avaliados cada vez mais rápidos, enquanto as ações penais estão cada vez mais lentas. A média de inquérito em dias, no ano de 2002 foi 1.297 para 797 em 2016. Já as ações penais que eram julgadas em média 65 dias em 2002, passaram para a média de duração de 1.377 dias em 2016 (FGV/RJ, 2017).

Os dez casos com o maior tempo de julgamento estão enumerados pelo Relatório em Números, e traz as seguintes as ações penais e os inquéritos abaixo relacionados:

Ação Penal 347 – teve Gilmar Mendes, Ellen Gracie e Rosa Weber como relatores e Aníbal Gomes (PMDB) e Outros como réus, respondendo o crime de peculato, apropriação indébita e estelionato, com duração de onze anos e meio. Culminou na absolvição do acusado (SUPERIOR TRIBUNAL FEDERAL, 2012).

Ação Penal 345 – teve Ellen Gracie e Cármen Lúcia como reladoras, e o deputado federal Fernando Giacobbo (PR) como réu, respondeu pelo crime de quadrilha e falsidade ideológica por onze anos e a demanda terminou com a prescrição da pretensão punitiva do Estado (SUPERIOR TRIBUNAL FEDERAL, 2012).

Ação Penal 409 – teve Carlos Ayres Britto, Celso de Mello, Cezar Peluso, Teori Zavascki como relatores, o deputado José Gerardo Oliveira Filho - Zé Gerardo (PMDB) - como réu, que respondeu por desvio de verba federal por nove anos e quatro meses. Sucessivos recursos defensivos postergaram o trânsito em julgado, que só ocorreu em 22/02/2016. Este foi o primeiro político a ser condenado pelo STF, condenado a 2 anos e 2 meses de detenção convertidos em 50 salários mínimos e

prestação de serviços. Embora tenha dado início ao procedimento de execução da pena, até hoje há recurso (SUPERIOR TRIBUNAL FEDERAL, 2012).

Inquérito 2519 – teve Marco Aurélio como relator, e investigou Paulo Roberto Gomes Mansur (PP), que supostamente cometeu crimes praticados por funcionários públicos contra a Administração em geral. Art. 89 (dispensa ilegal de licitação) da Lei nº 8.666/1993, em contratação direta pela prefeitura de Santos, o processo durou nove anos e quatro meses. Encerrou-se com a prescrição (SUPERIOR TRIBUNAL FEDERAL, 2012).

Inquérito 2168 – teve Sepúlveda Pertence, Menezes Direito, Joaquim Barbosa e Luís Roberto Barroso como relatores, Nelson Bornier (PMDB) como investigado por desvio de recursos relacionados à licitações e lavagem de dinheiro. O processo durou por oito anos e oito meses e teve o declínio de competência pela renúncia do deputado, que assumiu a prefeitura de Nova Iguaçu (SUPERIOR TRIBUNAL FEDERAL, 2012).

Ação Penal 404 – teve Gilmar Mendes, Ellen Gracie, Rosa Weber e Luís Roberto Barroso como relatores, e Ademir Camilo como acusado por falsidade ideológica por acúmulo de cargos (enquanto vereador em MG). Processo havia começado na justiça comum, mas subiu para o STF quando foi eleito deputado federal, o processo durou oito anos seis meses e foi extinto pela prescrição da pretensão punitiva (SUPERIOR TRIBUNAL FEDERAL, 2012).

Ação Penal 421 – teve Joaquim Barbosa e Luís Roberto Barroso como relatores, Paulinho da Força (SD) como réu que respondeu por falsificação de documento particular, falsidade ideológica e estelionato, após oito anos e quatro meses foi absolvido (SUPERIOR TRIBUNAL FEDERAL, 2012).

Ação Penal 399 – teve como relatores Sepúlveda Pertence, Menezes Direito, Ellen Gracie e Rosa Weber, como réu João Ribeiro (PR), por desvio de verbas, peculato (crimes datados de 1989), respondeu por oito anos e três meses e teve sua punibilidade extinta pelo óbito do investigado em 2013 (SUPERIOR TRIBUNAL FEDERAL, 2012).

Inquérito 2177 – teve Sepúlveda Pertence, Menezes Direito, Carlos Ayres Britto, Cezar Peluso e Teori Zavascki, novamente o investigado foi Nelson Bornier (PMDB), que supostamente estava cometendo crime da lei de licitações. Após oito anos e três meses tramitando teve declínio de competências (SUPERIOR TRIBUNAL FEDERAL, 2012).

Inquérito 2287 – teve Carlos Ayres Britto, Cezar Paluso e Teori Zavascki como relatores, Alfredo Nascimento (Então Ministro dos Transportes) como investigado e respondeu por omissão de informações, certidões de atos ou contratos municipais quando era prefeito de Manaus, o processo perdurou por oito anos e foi extinto por prescrição (SUPERIOR TRIBUNAL FEDERAL, 2012).

Dentre os processos relacionados, a FGV afirma que de nove dos dez passaram por trocas de relatores, às vezes até três trocas (FGV/RJ, 2017).

Uma das justificativas para a demora no julgamento das demandas é a troca dos relatores, pois este é um acontecimento que gera grande demora na tramitação das decisões, por vezes, este é o caso que mais demora a resolução do processo (FGV/RJ, 2017).

Percebe-se uma tendência significativa no crescente número de inquéritos e ações penais que ficam conclusas ao relator ou revisor por longos períodos. Essas conclusões são justificativas para toda e qualquer finalidade, não apenas para ser conclusa ao julgamento. A média para cada ano computado, levando em consideração as conclusões, verifica-se, por exemplo, que ao ser concluso para o revisor em 2005, o andamento ocorre apenas em 2010. (FGV/RJ, 2017).

Outra justifica possível para o aumento do tempo de conclusão nas ações penais é justamente o aumento de ocorrências de conclusão. Embora possa ser questionada quando comparada aos inquéritos. As conclusões aumentaram em quantidade, mas tem a mesma duração estável.

O tempo limite dos maiores casos em conclusão ao relator foi no Inquérito 2712, que permaneceu por quatro anos com Celso de Mello, ora relator, onde investigou o deputado Fernando Lucio Giacobbo pela sonegação de contribuição previdenciária. Após ir concluso por quatro vezes, a mais longa no período de quatro anos, o processo prescreveu. (FGV/RJ, 2017).

Já com o revisor, o caso de maior duração foi a Ação Penal 332, que teve como réu o deputado Cabo Júlio (PMDB) e por revisor o ministro Joaquim Barbosa, que tem o maior tempo transcorrido em conclusão ao revisor, de dois anos e meio, que ao final teve o declínio de competência pela não reeleição do réu (FGV/RJ, 2017).

Por óbvio, cabe aos ministros explicações dos impactos dessas causas, já que os processos são públicos.

Além do relator e revisor, as demandas processadas no Supremo Tribunal Federal, ainda passam por vistas da Procuradoria-Geral da República (PGR), que pela

média estudada pela FGV, demora por ano. Nas ações penais houve aumento de 2011, com um pico de 322 vistas. Já para 2016, houve queda nas vistas chegando até 90 (FGV/RJ, 2017).

Não pode confundir o pedido de vistas à PGR com o pedido de vista feito pelos ministros do Supremo nos mais variados processos.

Quanto aos acórdãos, a FGV identificou que a data das decisões colegiadas nos inquéritos e ações penais e a data da publicação do respectivo acórdão. A média anual de tempo entre a sessão de julgamento e a data da publicação do acórdão é cerca de 60 dias, conforme o artigo 95, parágrafo único, do regime interno do STF. (FGV/RJ, 2017).

Muitas vezes, as publicações ficam pendentes acima da média regimental. Em 2016 a média foi de 74 dias. Embora existam três fatores que podem impactar o tempo para a publicação do acórdão, a saber:

O primeiro é o tempo que o relator leva para entregar seu voto pronto para a publicação. O segundo é o tempo que os demais ministros que produziram voto próprio tomam para submetê-lo. O terceiro é o tempo de trabalho da secretaria do tribunal, que tem a tarefa administrativa de juntar os votos e inserir o inteiro teor no diário oficial. (FGV/RJ, 2017)

Entre as ações penais que transitaram em 2016 o tempo de processamento dos recursos internos foi de 566 dias, já nos inquéritos esse tempo médio foi de 248, no ano de 2016 (FGV/RJ, 2017).

3.5 O “Caso do Mensalão” – Ação Penal 470

A ação penal 470, conhecida como “Caso do Mensalão”, tornou-se a terceira demanda mais demorada dos cálculos analisados, isto porque a afirmação que o processamento do foro privilegiado no Supremo tramita em única instância, não percebe que na prática, a instância única não significa decisão única.

Acontece que existem recursos internos, como agravos regimentais, embargos de declaração e até embargos infringentes, que podem manter distância da decisão colegiada ao trânsito em julgado. (FGV/RJ, 2017).

Embora o tempo transcorrido ente a autuação e a primeira decisão colegiada nos últimos três anos tenham diminuído nos inquéritos, o restante dos procedimentos se mantiveram com a mesma duração ao tempo total de trâmite de ações penais no STF.

O caso da ação penal 470 “Mensalão” envolveu acusados de esquema de compra de votos, tendo um dos principais envolvidos Marcos Valério Fernandes de Souza, este foi condenado por formação de quadrilha, corrupção ativa, peculato, lavagem de dinheiro e evasão de divisas, com mais de 40 anos de prisão e multa de R\$ 2,78 milhões.⁴ (FGV/RJ, 2017).

Por se tratar de claro *outlier*, com características próprias e recursos pendentes até hoje, o caso não será explanado em detalhes nesta pesquisa.

3.6 Decreto Presidencial e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 390 (ADPF) Distrito Federal

Outro caso que ganhou destaque nas mídias em 2016 foi o Decreto da então ex-Presidente Dilma Rousseff publicado em edição extraordinária do Diário Oficial da União dia 16 de março de 2016, que nomeou o ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva para o cargo de Ministro de Estado Chefe da Casa Civil da Presidência da República, ensejou os autos de arguição de descumprimento de preceito fundamental ADPF, ajuizada pelo Partido Socialista Brasileiro – PSB – e pelo Partido Social Democrata (PSDB), em sede de medida cautelar.

O partido socialista alegou violação do art. 5º da Constituição, inciso XXXVII e LIII, quanto ao juiz natural, embasando nos princípios de imparcialidade, competência e aleatoriedade. Assegurou que o ato presidencial evidencia regularidades quanto à finalidade, pois o objeto da ex-Presidente Dilma Rousseff seria conferir ao nomeado prerrogativa do foro privilegiado ao cargo público para manipular circunstâncias particulares e pessoal do indivíduo que iria ocupar. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2018).

Nas alegações, os socialistas apontaram que

Comprovariam a nulidade do decreto: (a) interceptações telefônicas autorizadas pela 13a Vara da Seção Judiciária do Paraná, em Curitiba; (b) o adiantamento da posse do nomeado, de 22 de março para 17 de março de 2016; (c) a citação do nome do Sr. LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA por 186 vezes na colaboração premiada do Senador DELCÍDIO AMARAL, que, como é notório, chegou a ser preso por ordem do Supremo Tribunal Federal, a requerimento do Procurador-Geral da República, no curso das investigações conhecidas como “Lava Jato”. (ZAVASCKI, 2016).

⁴ FGVSP – <<http://direitosp.fgv.br/ap470>>

O requerimento foi para a medida cautelar suspender a vigência e eficácia do decreto presidencial e não alterar o juízo natural da 13ª Vara de Curitiba, que estava cuidando das investigações do ex-Presidente da República. O mérito deveria ser analisado pela inconstitucionalidade do ato presidencial e a aplicação da tese de que “a nomeação de pessoa investigada ou processada criminalmente para o cargo com prerrogativa de função não terá efeito o juiz natural quando tal nomeação tiver o objetivo de mudar a instância competente”. (ZAVASCKI, 2016).

A tese do PSDB sustentou que “a nomeação configuraria fraude a Constituição, por desvio de finalidade do ato administrativo, porquanto teria sido praticado com o objetivo de frustrar a persecução penal do nomeado como investigado no caso Lavo Jato”. Suscitou ainda ofensa a devido processo legal, as divisões de poder, a moralidade, a impessoalidade e a legalidade dos atos administrativos. (ZAVASCKI, 2016).

Ante o “provável privilégio pessoal”, a demanda foi distribuída no Supremo Tribunal Federal visto que a Corte leva quase 581 dias (pouco mais de 19 meses), para decidir sobre a questão suscitada, enquanto que um juiz de primeira instância o faz em até uma semana.

O Advogado-Geral, diante das várias ações que chegaram à União com o mesmo objetivo (52 processos), pugnou pelo indeferimento da medida cautelar e dos outros métodos de arguição, requereu o princípio da segurança jurídica e fundou-se no art. 5º, § 3º da Lei 9.882/99, peticionando pela suspensão dos processos e decisões judiciais da matéria da ADPF até deliberação definitiva do Supremo Tribunal Federal (ZAVASCKI, 2016).

Ao entregar a defesa, a AGU manifestou pela legitimidade do ato de nomeação, na consideração de que a ex-Presidente possuiria todos os atributos para o desempenho do cargo e que não penderia, contra ele, nenhum impedimento ao exercício de direitos políticos, observando que a nomeação não operaria nenhum favorecimento pessoal ao interessado, porque estaria renunciando o cargo com prerrogativas de foro, tendo em vista a efetividade do trabalho da Suprema Corte na apuração da responsabilidade criminal de acusados submetidos originariamente à sua jurisdição. (ZAVASCKI, 2016).

Continuou ao analisar o mérito, com afirmação, sem embargo da possibilidade de controle judicial dos atos de nomeação de Ministros pela Presidente da República, não seria o caso de invalidar, desde logo, a nomeação do ex-Presidente para o cargo

de Ministro de Estado. Que a legação de nomeação com intuito de ofender ao princípio do juiz natural, seria equivocada, porque, na verdade,

A verdadeira fraude constitucional ao princípio do juiz natural foi praticada pelo juiz federal da 13ª Vara Federal de Curitiba/PR que, sabidamente incompetente para atuar nos diversos feitos de origem, invoca o instituto da conexão quando inexistente qualquer hipótese de sua incidência, em franco desafio à autoridade da decisão do STF no INQ 4130/PR". (ADPF 390, voto, Teori Zavascki).

Em resposta às matérias preliminares, as defesas asseguram o cabimento da arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), visto ser o único meio processual disponível e reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal para questionar ato de efeitos concretos na jurisdição constitucional abstrata. Posto que a relevância da matéria tratada na arguição alega o exercício ilegítimo de prerrogativa presidencial, que no momento, desafiara a integridade do Poder Judicial. (ADPF 390, Teori Zavascki).

Exigiu para a arguição de descumprimento de preceito fundamental o esgotamento das vias judiciais ordinárias. Conforme salienta na citação de Alexandre de Moraes ao proferir o voto, o mesmo reputou em situação análoga do recurso constitucional alemão que descreveu Konrad Hesse

Essa prescrição contém um cunho do princípio geral da subsidiariedade do recurso constitucional, que na jurisprudência recente ganha significado crescente. Segundo isso, o recurso constitucional só é admissível se o recorrente não pôde eliminar a violação de direitos fundamentais afirmada por interposição de recursos jurídicos, ou de outra forma, sem recorrer ao Tribunal Constitucional Federal. Somente, de forma excepcional, poderá o Supremo Tribunal Federal afastar a exigência do prévio esgotamento judicial, quando a demora para o esgotamento das vias judiciais puder gerar prejuízo grave e irreparável para a efetividade dos preceitos fundamentais." (2001).

Para enfrentar o mérito, o relator destacou os ensinamentos José Cretella Júnior, (2001) ao analisar a fiscalização do controle jurisdicional da atuação administrativa, avultou o seguinte:

Cumprir observar que, dentro de nosso sistema constitucional de freios e contrapesos, a afirmação de que "os atos exclusivamente políticos são imunes à apreciação jurisdicional" precisa ser entendida em seu sentido exato que é: "os atos exclusivamente políticos são imunes à apreciação jurisdicional apenas no que encerram de político", porque, integrando a ordem jurídica, a qual se submete e se adapta, como atos jurídicos que são, devem concretizar-se de harmonia com o princípio da legalidade e conforme a competência constitucional.

Relata em seu voto, que os cargos relacionados à confiança do Chefe de Estado, na elaboração de execuções políticas, atribuições auxiliares, devem ser ocupados por pessoas de confiança e de sua livre autonomia, desde que preenchidos os requisitos legais, não precisa de chancela do Poder Judiciário ou do Legislativo. (ZAVASCKI, 2016).

A respeito da competência privativa do Presidente da República para nomear e exonerar essas autoridades, José Afonso da Silva (2014) destaca:

[...] os ministros, que são simples auxiliares do presidente da República, são por ele livremente nomeados e exonerados. Quer dizer, os ministros de Estado não dependem da confiança do Parlamento, mas são órgãos de estrita confiança do chefe do Poder Executivo, que, por isso mesmo, detém o poder incontrastável de nomeá-los e exonerá-los sem atender a ninguém, do ponto de vista jurídico-constitucional. Claro que há injunções políticas a atender; mas isso já ingressa no campo da Ciência Política ou da Sociologia, foge ao terreno jurídico.

No mesmo sentido, a Constituição da República, no artigo 87 (PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. CASA CIVIL. SUBCHEFIA PARA ASSUNTOS JURÍDICOS, 2018), estabelece que o cargo de ministro de estado deva preencher os requisitos, quais seja nacionalidade brasileira, idade mínima de 21 anos, e pleno exercício dos direitos políticos. Teori Zavascki indica que não há nenhum descumprimento dos requisitos constitucionais para a ocupação do cargo de Ministro Chefe da Casa Civil por Luiz Inácio Lula da Silva, a qual se encontrava em pleno gozo dos direitos políticos, é maior de 21 anos e possui nacionalidade brasileira.

Analizado as questões suscitadas sobre vício de finalidade, o relator define tal procedimento com as palavras de Celso Antônio de Mello (2012) e Lucas Rocha Furtado, (2010) respectivamente:

No desvio de poder o agente, ao manipular um plexo de poderes, evade-se do escopo que lhe é próprio, ou seja, extravia-se da finalidade cabível em face da regra em que se calça. Em suma: o ato maculado deste vício direciona-se a um resultado diverso daquele ao qual teria de aportar ante o objetivo da norma habilitante. Há, então, um desvirtuamento de poder, pois o Poder Público, como de outra feita averbamos, falseia, deliberadamente ou não, com intuitos subalternos ou não, aquele seu dever de operar o estrito cumprimento do que se configuraria, ante o sentido da norma aplicanda, como o objetivo prezável e atingível pelo ato. Trata-se, pois, de um vício objetivo, pois o que importa não é se o agente pretendeu ou não discrepar da finalidade legal, mas se efetivamente dela discrepou.

O desvio de poder ou de finalidade ocorre quando o agente se afasta dos fins definidos em lei que justificam a outorga da competência ao agente. O desvio não requer, portanto, a violação da moralidade ou de qualquer outro princípio ou preceito legal [...] Assim, sempre que o ato praticado se afastar da

finalidade que justificou a outorga da competência ao administrador público, ou seja, sempre que o ato praticado visar a fim incompatível ou excludente do interesse público, haverá abuso de poder sob a modalidade desvio.

Hely Lopes Meirelles (2012), ao ser citado no voto, discorre sobre a legalidade do ato do poder público em geral, atesta que o vício deve ser dificultoso, no sentido de:

O ato praticado com desvio de finalidade – como todo ato ilícito ou imoral – ou é consumado às escondidas ou se apresenta disfarçado de interesse público. Diante disso, há que ser surpreendido e identificado por indícios e circunstâncias que revelem a distorção do fim legal, substituído habilidosamente por um fim ilegal ou imoral não desejado pelo legislador. A propósito, já decidiu o STF que “indícios vários e concordantes são provas”. Dentre os elementos indiciários do desvio de finalidade está a falta de motivo ou a discordância dos motivos com o ato praticado. Tudo isto dificulta a prova do desvio de poder ou de finalidade, mas não a torna impossível se recorrermos aos antecedentes do ato e à sua destinação presente e futura por quem o praticou.

Zavascki (2016), em seu voto como relator, colheu da doutrina o seguinte guia para verificar ocorrência de desvio de poder: a) busca-se atingir finalidade deturpada do ato administrativo; b) o vício é objetivo, satisfaz-se com descompasso entre a finalidade legal e a real; c) dada a artificiosidade que o circunda, sua prova dá-se por meio de indícios que, revelando coerência, sejam capazes de nulificar o ato; d) o desvio é passível de controle judicial, na modalidade de controle de legalidade, até na via do mandado de segurança.

A fundamentação da decisão do relator Ministro Teori Zavascki, é no sentido:

É notório que, nos dias em torno da nomeação e da posse, o nomeado era investigado criminalmente pelo Ministério Público Federal e pelo Departamento de Polícia Federal, tanto que contra sua pessoa foi expedido mandado de condução coercitiva pela 13ª Vara da Seção Judiciária do Paraná, cumprido em 4 de março de 2016, objeto de farto noticiário jornalístico. Àquela altura, havia intensos comentários acerca da possibilidade de que fosse decretada prisão preventiva contra si, como é igualmente ressaltado. A nomeação e a posse apressadas do ex-Presidente teriam como efeitos concretos e imediatos a interrupção das investigações conduzidas pelo Ministério Público Federal no primeiro grau de jurisdição e a remessa das respectivas peças de informação ao Supremo Tribunal Federal e à Procuradoria-Geral da República, por força do foro por prerrogativa de função previsto no art. 102, I, c, da Constituição.

Essas investigações, ligadas ao conjunto de procedimentos criminais conhecidos como caso “Lava Jato”, são reconhecidamente complexas, o que geraria solução de continuidade temporária nos atos investigatórios relativos ao Senhor LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA, até que a Procuradoria-Geral da República pudesse inteirar-se de todos os elementos e retomá-los, após os trâmites próprios de investigações ocorridas perante tribunais. Ademais, em

caso de ação penal, o procedimento originário em tribunais, regido pela Lei 8.038, de 28 de maio de 1990, é sabidamente mais lento do que o do Código de Processo Penal para juízes singulares, aplicável aos cidadãos em geral. Considerando, ainda, que o ex-Presidente conta 70 anos de idade, todos esses atrasos poderiam, hipoteticamente, beneficiá-lo no caso de vir a ser acusado em processo penal, diante da contagem pela metade dos prazos de prescrição, estipulada pela anacrônica norma do art. 115 do Código Penal. 30 Mesmo considerando que o processo de ministros de estado ocorre em instância única, na Suprema Corte, a complexidade desse procedimento pode gerar lentidão muito maior do que a do primeiro grau de jurisdição. Diante desses fatores e da atuação inusual da Presidência da República em torno da nomeação, há elementos suficientes para afirmar ocorrência de desvio de finalidade no ato. Se não é possível impedir a nomeação nem há, (...) parece harmônico com o controle dos atos do poder público evitar que ela produza os efeitos negativos acima apontados nas investigações ligadas ao cidadão LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA, mantendo-as no primeiro grau de jurisdição da Justiça Federal e ressalvada a hipotética ocorrência de causa de modificação de competência, dentre as previstas nas leis processuais penais, como a conexão. Com isso se preserva, ao menos por ora, a prerrogativa presidencial de nomear seu auxiliar, com base nos critérios próprios de confiança, mas ao mesmo tempo se evitam os efeitos negativos para o interesse público decorrentes do desvio existente no ato.

Ao analisar a inaplicabilidade por foro de prerrogativa da função no caso em análise, o relator, Teori Zavascki, 2016, amolda sua decisão no sentido de que o ADPF não é o caso de discutir as vantagens deste tipo de sistema, nem sua compatibilidade com os princípios republicanos e da isonomia, sendo, portanto a ação popular uma hipótese de cabimento (ZAVASCKI, 2016).

O processo de ação popular constitucional, ao referir quanto à ação popular, utiliza Rodolfo de Camargo para advertir que a mesma visa impedir a consumação de situações configuradoras de dano irreparável, consoante ressalta o magistério da doutrina. (ZAVASCKI, 2016).

Para tanto, ao se tratar da inaplicabilidade do foro privilegiado, caso identifique que a nomeação praticada com abuso de direito ou tentativa de fraude processual, o deslocamento de competências para outro juízo é aceitável. (ADPF 390, voto, Teori Zavascki).

Quanto à prerrogativa do foro, o Supremo Tribunal Federal já se pronunciou, no sentido “não caber ao Judiciário obstar renúncia de parlamentar ao mandato com objetivo de alterar competência para processamento de ação penal”. Por outro lado, concluiu ser “legítimo sustar efeitos puramente secundários da renúncia, como a perda do foro”. (BARROSO, 2011).

A jurisprudência dominante no STF é no sentido de que, cessado o mandato parlamentar por qualquer razão, não subsiste a competência do Tribunal para

processar e julgar, originariamente, ação penal contra membro do Congresso Nacional. (BARROSO, 2011).

Concluiu o relator:

É lícito concluir que a nomeação foi praticada com a intenção, sem prejuízo de outras legítimas, de afetar a competência do juízo de primeiro grau. Diante desse quadro, não se deve deslocar a competência para o Supremo Tribunal Federal, pelos fundamentos já expostos. Essa solução nada tem que ver com a premissa inaceitável de que a Suprema Corte seria mais leniente ou menos eficiente na supervisão de investigações relativas ao nomeado nem na condução de hipotética ação penal que contra ele possa instaurar-se (BARROSO, 2011).

Diante do exposto, com fundamento no art. 4º, *caput*, da Lei 9.882/99, o pedido de liminar foi indeferido e os pedidos restaram prejudicados.

3.7 Assuntos Recorrentes em Ações Penais no STF

Para quantificar as ações penais que o STF tem recebido desde 2002 é importante catalogar os assuntos mais frequentes em inquéritos autuados desde então.

No Relatório em Números da FGV/RJ (2017) mostra que o assunto mais comum nos inquéritos é o Crime de Licitações, com 230 processos. Em segundo no ranking, são os crimes de responsabilidade com 193 processos, ficando em terceiro lugar, com 185 processos os crimes eleitorais.

Os crimes contra a honra representam 342 processos e são os assuntos mais frequentes de qualquer um dos três assuntos. Entre os outros 317 processos estudados, têm diferentes assuntos, entre eles assuntos relativos a crimes contra a honra, quadrilha ou falsidade ideológica (FGV, 2017).

Repetindo em parte os assuntos mais frequentes nos inquéritos, temos agora o quantitativo nas “ações penais os crimes de responsabilidade (63), da lei de licitações (60) e eleitorais (21). Em primeiro lugar, entretanto, estão crimes contra o meio ambiente e patrimônio genético, com 143 atribuições de assunto”. Os outros assuntos contam com menos de 20 processos estão, por exemplo, corrupção passiva, crimes contra a ordem tributária e crimes contra a honra (FGV, 2017).

3.8 Prerrogativas do Foro e Hipótese de Não Reeleição

Trata-se da Questão de Ordem do Ministro Relator Roberto Barroso suscitada na Ação Penal nº 606/MG, diante da renúncia do réu ao cargo de Senador da República. A questão tece a respeito da subsistência ou não da competência do STF para dar continuidade ao julgamento do feito, visto que a renúncia ao mandato desoneraria a Corte da competência de julgar tal prerrogativa, conforme o art. 53, § 1º e 102, I da Constituição Federal (BARROSO, 2011).

Neste caso, o Senador da República, Clésio Soares, foi denunciado pelo crime de peculato e lavagem de dinheiro em concurso de pessoas, pelo Ministério Público. O fato fora imputado a vários indivíduos que superveniente teve que ser desmembrado e o réu teve que responder perante a primeira instância. Ademais, ao assumir o cargo de parlamentar, o processo foi declinado ao Supremo Tribunal Federal (FGV, 2017).

Recebida a denúncia pelo plenário do STF, na época, 2012, pela relatoria do Ministro Joaquim Barbosa, determinou a expedição das cartas de ordem para oitiva das testemunhas indicadas pela acusação, ao modo que, em 2014 seria realizada a audiência de instrução, a defesa comunicou a renúncia ao cargo do parlamentar, o que fez retornar os autos para o juízo de primeira instância (FGV, 2017).

Pelo exposto, o acórdão, decidiu por unanimidade que, “a renúncia de parlamentar, após o final da instrução, não acarreta a perda de competência do Supremo Tribunal Federal”. Superação da jurisprudência anterior, e que “havendo a renúncia ocorrida anteriormente ao final da instrução, declina-se da competência para o juízo de primeiro grau.” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2014).

A jurisprudência dominante no Supremo Tribunal Federal (STF), quanto à prerrogativa da função e a renúncia ao mandato é no sentido de que,

1. Cessado o mandato parlamentar por qualquer razão, não subsiste a competência do Tribunal para processar e julgar, originariamente, ação penal contra membro do Congresso Nacional.
2. A regra geral enunciada acima foi excepcionada na Ação Penal 396/RO, em que o Tribunal considerou ter havido abuso de direito e fraude processual. Neste caso específico, depois de seguidos deslocamentos de competência, o réu parlamentar renunciou ao mandato depois de o processo ter sido incluído em pauta para julgamento pelo Plenário.
3. Por maioria absoluta, o Plenário endossou a proposta de que se estabeleça um critério objetivo para servir de parâmetro no exame de eventual abuso processual. Não se verificou maioria, porém, quanto ao marco temporal sugerido pelo relator: uma vez recebida a denúncia, o fato do parlamentar renunciar não produziria o efeito de deslocar a competência do STF para qualquer outro órgão. Tampouco houve maioria absoluta em relação a outros

marcos temporais que foram objeto de debate. Diante do impasse, a Corte deliberou por deixar a definição do critério para outra oportunidade.

4. Seja pela orientação do relator, que não aplicava o critério que propunha ao presente caso, seja pela manutenção da jurisprudência que prevalece de longa data, a hipótese é de resolução da Questão de Ordem com determinação de baixa da ação penal ao juízo competente, para prolação de sentença. (AP 536 QO, rel. min. Roberto Barroso, P, j. 27-3-2014, DJE 154 de 12-8-2014.).

3.9 Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF 388 – Ministério Público

Na mesma base Constitucional do caso supracitado, o Supremo Tribunal Federal é demandado, pela via da ação de arguição de descumprimento de preceito fundamental - ADPF, a se pronunciar a respeito da potencial lesividade a normas constitutivas da estrutura medular da Constituição Federal por atos de nomeação de agentes políticos.

Na oportunidade mais recente em que isso aconteceu, com a ADPF 388, julgada na sessão plenária de 9/3/16, a Corte, por maioria, decidiu conhecer da arguição, afirmando a procedência parcial do pedido para

Estabelecer a interpretação de que membros do Ministério Público não podem ocupar cargos públicos, fora do âmbito da instituição, salvo cargo de professor e funções de magistério, declarando a inconstitucionalidade da Resolução nº 72/2011, do CNMP, e determinar a exoneração dos ocupantes de cargos em desconformidade com a interpretação fixada (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2011).

Nesse precedente, estavam conjuntamente sob impugnação, dois tipos de atos: (a) um concreto, materializado na nomeação de membro de Ministério Público Estadual para o cargo de Ministro da Justiça e (b) outro de textura normativa, constituído na forma da Resolução 72/2011, do Conselho Nacional do Ministério Público, que, alterando dispositivo constante de resolução anterior, eliminou a proibição de nomeações de membros do Ministério Público para cargos fora da instituição em determinadas situações, o que redundou em superveniente e reiterada conduta liberando ditas nomeações (CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO, 2011).

No juízo de cabimento então realizado, que tem na avaliação da incidência do postulado da subsidiariedade a sua etapa crucial, o Tribunal considerou que, nas circunstâncias do caso, não existiam outros meios processuais aptos a resolver, de

forma geral, definitiva e imediata, a controvérsia constitucional então suscitada nomeações (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2011).

Pesaram, nessa decisão, algumas características do dissídio ali estabelecido, dentre as quais as seguintes:

(a) a nomeação concretamente impugnada não constituía ato isolado, mas ilustrativo de uma série de outro verificado país afora, por meio dos quais membros do Ministério Público teriam sido investidos em cargos ou funções públicas alheias à sua instituição de origem; (b) esta situação ter-se-ia formado com o respaldo de ato normativo do CNMP, que, com a Resolução 72/2011, teria modificado seu entendimento sobre a questão, suprimido vedação antes existente contra a designação dos membros do Ministério Público para cargos estranhos ao âmbito institucional doméstico; (c) ao editar a Resolução 72/2011, para revogar a vedação até então existente, o CNMP tomou decisão de clara rebeldia à jurisprudência consolidada no Supremo Tribunal Federal; e (d) a jurisprudência da Suprema Corte possuía amplo repertório de precedentes incisivamente contrários a essa prática, tendo em vista a sua incompatibilidade com o princípio da independência funcional do Ministério Público (CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO, 2011).

A prudência que o Supremo Tribunal Federal teve ao interpretar a regra inscrita no art. 4º, § 1º, da Lei nº 9.882/99, foi a de permitir que a utilização da nova ação constitucional possa efetivamente prevenir ou reparar lesão a preceito fundamental, causada por ato do Poder Público.

4. RELEITURA DO FORO PRIVILEGIADO À LUZ DA AÇÃO PENAL 937

Na interpretação adotada pelo Supremo Tribunal Federal, o foro privilegiado ou foro por prerrogativa da função alcança todos os crimes que são acusados os agentes públicos previstos no art. 102, I, b e c da Constituição Federal, mesmo quando não guardam relações com seu exercício e até antes da investidura do cargo.

Diante da verificação em vários casos, o Ministro Luís Roberto Barroso, suscitou a questão de ordem na Ação Penal 937 – Rio de Janeiro, de sua relatoria, a fim de alterar essa linha de entendimento para restringir o foro privilegiado aos crimes praticados no cargo ou em razão dele (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2011).

Para Barroso (2018) “a prática atual não realiza adequadamente princípios constitucionais estruturantes, como igualdade e república, por impedir, em grande número de casos, a responsabilização de agentes públicos por crimes de natureza diversa” Neste ponto, aduz que “a falta de efetividade mínima do sistema penal,

nesses casos frustra valores constitucionais importantes, como a probidade e a moralidade administrativa”.

Na visão do relator, para que não seja utilizado com o fim ilegítimo de assegurar impunidade, o papel constitucional no foro de prerrogativa da função, deve ser indispensável na relação de causalidade entre o crime e o exercício do cargo. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2018).

Para avaliar a proposta do relator, foram relevadas duas variáveis binárias: a primeira observa se o inquérito que precedeu a ação penal já iniciou no Supremo ou se iniciou em instância inferior; a segunda indica se o fato imputado relaciona-se à função ou não. Apenas 5,44% das imputações e 5,71% dos processos satisfazem ambas as condições. Ou seja, se essa interpretação houvesse sido adotada em 2006, 19 de cada 20 ações penais processadas pelo Supremo nos últimos 10 anos teriam corrido em instâncias diferentes (FGV/RJ, 2018).

Neste sentido, a questão de ordem que fora suscitada para fixação de tal tese, foi que “o foro de prerrogativa de função deve ser aplicado apenas aos crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionados às funções desempenhadas”; e ainda que ao “final da instrução processual, com o despacho de intimação de alegações finais, a competência das ações penais não seja afetada em razão de o agente público vir a ocupar ou deixar o cargo que ocupa, por qualquer que seja o motivo” (FGV/RJ, 2018).

4.1 A Ação Penal 937

Levando a questão de ordem para o caso concreto, a renúncia do ex-deputado federal Marco da Rocha Mendes, para assumir a prefeitura de Cabo Frio (RJ), ensejou a discussão da Ação Penal 937 pelo então ministro Luís Roberto Barroso que suscitou a tese em questão do foro privilegiado do ex-parlamentar (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2018).

O Tribunal Regional Eleitoral do Rio de Janeiro, em 2013, aceitou a denúncia, onde o Ministério Público Eleitoral (RJ) acusou Marcos da Rocha Mendes, pela prática do crime de captação ilícita de sufrágio – corrupção eleitoral (art. 299 do Código Eleitoral). Na denúncia, o réu teria angariado votos para se eleger como Prefeito de Cabo Frio, por meio da entrega de notas de R\$ 50,00 (cinquenta reais) e da distribuição de carne aos eleitores (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2018).

Com o encerramento do mandato do réu como Prefeito de Cabo Frio, o próprio Tribunal Regional Eleitoral declinou de sua competência para o Juízo da 256ª Zona Eleitoral do Rio de Janeiro que na sequência, em sede de habeas corpus, anulou o recebimento da denúncia e os atos posteriores, já que à época, o acusado “já não ocupava o cargo que lhe deferia foro por prerrogativa de função” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2018).

Em 2014, o Juízo eleitoral de 1ª instância pronunciou nova decisão quanto ao recebimento da denúncia e realizou a instrução processual, ocorre que, em razão da diplomação do réu, em 10.02.2015, como Deputado Federal, o Juízo da 256ª Zona Eleitoral/RJ declinou da competência para o Supremo Tribunal Federal, em decisão proferida em 24.04.2015 (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2018).

Marcos da Rocha Mendes era o primeiro suplente de deputado federal de seu partido e passou a exercer o mandato por afastamento dos deputados eleitos um ano depois, em 14.04.2016, o deputado se afastou do mandato, uma vez que os deputados eleitos reassumiram seus cargos. Dessa forma, no início de 2016, o réu, mais uma vez, assumiu o mandato de Deputado Federal. Em virtude da perda de mandato do titular, o Deputado Eduardo Cunha, no final de 2016, foi efetivado no mandato de deputado federal (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2018).

Em 01.01.2017, Marco da Rocha Mendes renunciou ao cargo de deputado federal para assumir a Prefeitura de Cabo Frio – Rio de Janeiro.

Diante da mudança no ordenamento jurídico, a partir do corrente ano, faça saber que a decisão merece destaque, “*in verbis*”:

O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, resolveu questão de ordem no sentido de fixar as seguintes teses: “(i) O foro por prerrogativa de função **aplica-se apenas aos crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionados às funções desempenhadas**; e (ii) Após o final da instrução processual, com a publicação do despacho de intimação para apresentação de alegações finais, **a competência para processar e julgar ações penais não será mais afetada em razão de o agente público vir a ocupar outro cargo ou deixar o cargo que ocupava qualquer que seja o motivo**”, com o entendimento de que esta nova linha interpretativa deve se aplicar imediatamente aos processos em curso, com a ressalva de todos os atos praticados e decisões proferidas pelo STF e pelos demais juízos com base na jurisprudência anterior, conforme precedente firmado na Questão de Ordem no Inquérito 687 (Rel. Min. Sydney Sanches, j. 25.08.1999), e, Como resultado, no caso concreto, determinando a baixa da ação penal ao Juízo da 256ª Zona Eleitoral do Rio de Janeiro para julgamento, tendo em vista que (i) os crimes imputados ao réu não foram cometidos no cargo de Deputado Federal ou em razão dele, (ii) o réu renunciou ao cargo para assumir a Prefeitura de Cabo Frio, e (iii) a instrução processual se encerrou perante a 1ª instância, antes do deslocamento de competência para o

Supremo Tribunal Federal. Vencidos: em parte, os Ministros Alexandre de Moraes e Ricardo Lewandowski, que divergiam do Relator quanto ao item (i); em parte, o Ministro Marco Aurélio, que divergia do Relator quanto ao item (ii); em parte, o Ministro Dias Toffoli, que, em voto reajustado, resolveu a questão de ordem no sentido de: a) fixar a competência do Supremo Tribunal Federal para processar e julgar os membros do Congresso Nacional exclusivamente quanto aos crimes praticados após a diplomação, independentemente de sua relação ou não com a função pública em questão; b) fixar a competência por prerrogativa de foro, prevista na Constituição Federal, quanto aos demais cargos, exclusivamente quanto aos crimes praticados após a diplomação ou a nomeação (conforme o caso), independentemente de sua relação ou não com a função pública em questão; c) serem inaplicáveis as regras constitucionais de prerrogativa de foro quanto aos crimes praticados anteriormente à diplomação ou à nomeação (conforme o caso), hipótese em que os processos deverão ser remetidos ao juízo de primeira instância competente, independentemente da fase em que se encontrem; d) **reconhecer a inconstitucionalidade das normas previstas nas Constituições estaduais e na Lei Orgânica do Distrito Federal que contemplem hipóteses de prerrogativa de foro não previstas expressamente na Constituição Federal, vedada à invocação de simetria**; e) estabelecer, quando aplicável a competência por prerrogativa de foro, que a renúncia ou a cessação, por qualquer outro motivo, da função pública que atraia a causa penal ao foro especial, após o encerramento da fase do art. 10 da Lei nº 8.038/90, com a determinação de abertura de vista às partes para alegações finais, não altera a competência para o julgamento da ação penal; e, em parte, o Ministro Gilmar Mendes, que assentou que a prerrogativa de foro alcança todos os delitos imputados ao destinatário da prerrogativa, desde que durante a investidura, sendo desnecessária a ligação com o ofício, e, ao final, propôs o início de procedimento para a adoção de Súmula Vinculante em que restasse assentada a inconstitucionalidade de normas de Constituições Estaduais que disponham sobre a competência do Tribunal de Justiça para julgar autoridades sem cargo similar contemplado pela Constituição Federal e a declaração incidental de inconstitucionalidade dos incisos II e VII do art. 22 da Lei 13.502/17; dos incisos II e III e parágrafo único do art. 33 da Lei Complementar 35/79; dos arts. 40, III, V, e 41, II, parágrafo único, da Lei 8.625/93; e do art. 18, II, “d”, “e”, “f”, parágrafo único, da Lei Complementar 75/93. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 3.5.2018. (Grifo nosso)

Este é o entendimento que deverá ser aplicado imediatamente aos processos em curso, com a ressalva de todos os atos praticados e decisões proferidas pelo STF e pelos demais juízos com base na jurisprudência anterior.

4.2 A Disfuncionalidade do Foro por Prerrogativa de Função

Acerca do foro privilegiado, o presente caso revela a disfuncionalidade prática do regime que, potencializado pela atual interpretação constitucional ampliativa, confere um verdadeiro redemoinho de sua aplicação.

Em 20 de outubro de 2014, na XXII Conferência Nacional dos Advogados, na cidade do Rio de Janeiro, o Min. Roberto Barroso ressaltou que para superar atrasos e gargalos do sistema judiciário é necessário reduzir o número de detentores de foro de prerrogativa por função. Em sua visão, só o Presidente da República, o Vice-

Presidente da República, os presidentes do Senado Federal e da Câmara dos Deputados, os membros do próprio Supremo Tribunal Federal e o Procurador-Geral da República deveriam conservar o foro especial (CONJUR, 2018).

Na mesma palestra, o ministro Barroso articulou que o STF, como órgão de cúpula do Poder Judiciário, não deve funcionar como terceira ou quarta instância, simplesmente porque, quando olhamos em perspectiva comparada, este não é o papel de nenhum tribunal constitucional do mundo. E soltou a seguinte assertiva:

O papel do STF é o de julgar as grandes questões que afetam à sociedade brasileira, à luz da Constituição, bem como fornecer as linhas jurisprudenciais que vão orientar os demais juízes e tribunais do país. Para tanto, precisa julgar com tempo de reflexão, qualidade e visibilidade (CONJUR, 2018).

Ao fazer referência ao caso analisado na ação penal em análise, o ministro observa que,

Ao ser denunciado, o foro do réu, Prefeito Municipal, era o Tribunal Regional Eleitoral. No momento do recebimento da denúncia, já expirado seu mandato, o processo teve de ser remetido à primeira instância da Justiça Eleitoral. Ao assumir como Deputado Federal, suplente substituindo o titular, seu foro passou a ser o Supremo Tribunal Federal, para onde o processo foi encaminhado. Menos de um ano depois, o titular retomou a vaga e o réu deste processo deixou de ter mandato parlamentar. O processo deveria, então, ter sido remetido de volta ao primeiro grau. Pouco após, porém, o réu voltou a assumir mandato de Deputado Federal, sendo o processo uma vez mais de competência do Supremo Tribunal Federal. Já agora, eleito Prefeito e tendo renunciado ao mandato de Deputado Federal, o foro voltaria a ser o TRE, pelo conhecimento convencional.” (BARROSO, 2017).

Luís Roberto Barroso afirma,

O sistema é feito para não funcionar. Mesmo quem defende a ideia de que o foro por prerrogativa de função não é um mal em si, na sua origem e inspiração, não tem como deixar de reconhecer que, entre nós, ele se tornou uma perversão da Justiça. No presente caso, por exemplo, as diversas declinações de competência estão prestes a gerar a prescrição pela pena provável, de modo a frustrar a realização da justiça, em caso de eventual condenação. De outro lado, a movimentação da máquina do STF para julgar o varejo dos casos concretos em matéria penal apenas contribui para o congestionamento do tribunal, em prejuízo de suas principais atribuições constitucionais. A título exemplificativo, nesta ação penal, o Supremo é chamado a julgar um caso de compra de votos em eleição municipal por parte de um candidato à Prefeitura – que sequer estava no exercício da função. Difícil aceitar que esta matéria ocupe o Supremo Tribunal Federal.” (AP 937, 2017).

De encontro à opinião do ex-Ministro do Superior Tribunal Federal, Francisco Cesar Asfor Rocha, afirmou que existem razões de ordem prática que conspiram contra o foro especial. A primeira, segundo ele, está no fato de que os juízes de primeiro grau seriam mais vocacionados do que os tribunais colegiados para o processamento das ações penais, sobretudo na fase probatória do processo. Isso porque os tribunais foram originariamente pensados para revisarem julgamentos anteriores e para manterem a integridade da Constituição e a inteireza das regras legais. (ROCHA, 2014).

Em sentido amplo, as notas do relator demonstram que o foro privilegiado ao angariar uma série de pessoas que possuem regalias constitucionais, popularização do instituto ocupa o STF com matérias minimamente relevantes e deixa de ser uma especialidade apresentada ao judiciário.

4.3 Necessidade de Repensar o Foro Privilegiado

É o caso de uma urgente modificação do direito vigente ao foro privilegiado, a ser reduzido para um número mínimo de autoridade, a ser incluídos pouquíssimos mais que os chefes de Poderes.

Há três razões que justifiquem o Supremo Tribunal Federal a eliminar ou reduzir drasticamente o foro de prerrogativas, os primeiro passo são razões filosóficas que corretamente afirmada por Barroso (2017), remete-se a espécie aristocrática, não republicana, que dá privilégio a alguns, sem um fundamento razoável. O segundo passo sustenta-se em razões estruturais, onde as Cortes Constitucionais, como o STF, não foram criadas para funcionarem como juízos criminais de 1º grau, nem têm estrutura para isso. E por fim, o terceiro passo, sustenta as razões de justiça: onde o foro por prerrogativa é causa frequente de impunidade, pois dele resulta maior demora na tramitação dos processos e permite a manipulação da jurisdição do Tribunal. (BARROSO, 2017).

As estatísticas evidenciam o volume espantoso de feitos e a ineficiência do sistema. Tramita atualmente perante o Supremo Tribunal Federal um número próximo a 500 processos contra parlamentares (357 inquéritos e 103 ações penais). O noticiário sugere que este número vai aumentar expressivamente. O prazo médio para recebimento de uma denúncia pelo STF é de 565 dias. Um juiz de 1º grau a recebe, como regra, em menos de uma semana, porque o procedimento é muito mais simples. Desde que o STF começou a julgar efetivamente ações penais (a partir da EC 35/2001, que deixou de condicionar ações contra parlamentares à autorização da casa legislativa), já ocorreram mais de seis dezenas de casos de prescrição da pretensão

punitiva. A prescrição se dá como é sabido, pelo decurso de prazo excessivo entre o fato criminoso e a atuação do Estado em puni-lo.” (Barroso, 2017, AP 937).

Como bem afirmado na Ação Penal 937, há problemas associados à morosidade, impunidade e a impropriedade de uma Corte ocupar-se como primeira instância de centenas de processos criminais. “Poder mal exercido traz desprestígio e mina autoridade para qualquer instituição, não é assim em parte nenhuma do mundo democrático”, afirma Luís Roberto Barroso, e deve ser superado (CONJUR, 2018).

Já existem em tramitação diversas propostas no intuito de uma alteração substancial por meio de emenda constitucional a ser aprovada pelo Congresso Nacional. Porém a realidade é que a alteração deve produzir modificações na interpretação constitucional. É possível reduzir o problema representado pelo foro privilegiado mediante uma interpretação restritiva do seu sentido e alcance, com base no princípio republicano e no princípio da igualdade. (BARROSO, 2017).

4.4 A Questão de Ordem e a Tese a Ser Debatida Pelo Plenário do STF

Trata-se de debater o sentido, o alcance, os limites e as possibilidades interpretativas dos dispositivos constitucionais que cuidam da matéria. A tese deve limitar a aplicação do foro por prerrogativa de função perante o Supremo Tribunal Federal às acusações por crimes cometidos no cargo e em razão do cargo ao qual a Constituição assegura este foro especial.

A proposta já foi citada nos capítulos anteriores, mas aqui tem o cabimento de afirmação destacado na totalidade pelo Ministro Celso de Mello, que teve sua entrevista publicada em 2012, na folha de São Paulo, ao que remete:

A minha proposta é um pouco radical, porque proponho a supressão pura e simples de todas as hipóteses constitucionais de prerrogativa de foro em matéria criminal”. Mas, para efeito de debate, poderia até concordar com a subsistência de foro em favor do presidente da República, nos casos em que ele pode ser responsabilizado penalmente, e dos presidentes do Senado, da Câmara e do Supremo. E a ninguém mais. Eu sinto que todas as autoridades públicas hão de ser submetidas a julgamento, nas causas penais, perante os magistrados de primeiro grau. (...) Mas isso em termos de formulação de novas regras constitucionais, a depender, portanto, de uma proposta de emenda constitucional que seja apresentada ao Congresso. Mas **acho que o STF talvez devesse, enquanto a Constituição mantiver essas inúmeras hipóteses de prerrogativa de foro, interpretar a regra constitucional nos seguintes termos: enquanto não for alterada a Constituição, a prerrogativa de foro seria cabível apenas para os delitos cometidos em razão do ofício.**

Isso significa que atuais titulares de cargos executivos, judiciários ou de mandatos eletivos só **teriam prerrogativa de foro se o delito pelo qual eles estão sendo investigados ou processados tivessem sido praticados em razão do ofício ou no desempenho daquele cargo**". (Grifo original) (FOLHA DE SÃO PAULO, 2012).

Na época, a tese já recebera apoio do Professor Daniel Sarmento, que escreveu:

Aliás, se o foro por prerrogativa de função não constitui um privilégio estamental ou corporativo, mas uma proteção outorgada às pessoas que desempenham certas funções, em prol do interesse público, não há porque estendê-lo para fatos estranhos ao exercício destas mesmas funções. Assim, também o argumento teleológico justifica a exegese restritiva que ora se propõe (CONJUR, 2018)".

O voto de Luís Roberto Barroso desfecha no sentido de provocar o Plenário da Corte Federal em conferir interpretação restritiva as normas constitucionais estabelecendo limites às competências jurisdicionais aos crimes cometidos em razão do ofício em que diz respeito apenas ao desempenho daquele cargo (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2018).

Para o então Ministro do STF, interpretação se alinha com o caráter excepcional do foro privilegiado e melhor concilia o instituto dos princípios da igualdade e da república. Além disso, é solução atenta às capacidades institucionais dos diferentes graus de jurisdição para a realização da instrução processual, com maior aptidão para tornar o sistema de justiça criminal mais funcional e efetivo (BARROSO, 2017).

Na Revista de Direito Administrativo (2018) que relata o voto do ministro Luís Roberto Barroso ao STF, material de apoio desta pesquisa, demonstra as duas questões de ordem angariada, a primeira diz respeito,

a possibilidade de se conferir **interpretação restritiva** as normas Constitucionais de 1988 que estabelecem as hipóteses de foro privilegiado, ao modo de limitar tais competências jurisdicionais as acusações por crimes que tenham sido cometidos: (i) no cargo, i.e, após a diplomação do parlamentar ou, no caso de outras autoridades, após a investidura na posição que garante o foro especial; e (ii) em razão do cargo, i.e que guardem conexão direta ou ficam respeito ao desempenho do mandato parlamentar ou de outro cargo a qual a Constituição assegure foro privilegiado. (Grifo nosso).

Já a segunda questão de ordem, diz respeito ao marco temporal,

Que deverá ser a partir do qual a competência para processar e julgar ações penais – seja do STF ou de qualquer outro órgão – não será mais afetada em razão de posterior investidura ou desinvestidura do cargo por parte do acusado (e.g. renúncia, não reeleição para cargo diverso). Em outras palavras é preciso definir um determinado momento processual (como o fim da instrução processual) a partir do qual se dá a prorrogação da competência para julgamento da ação penal, independentemente da mudança de *status* do acusado, em razão, por exemplo, de ter deixado de ser Deputado Federal para se tornar Prefeito ou vice e versa. A esse propósito, o caso em exame é exemplo emblemático de como o “sobe e desce” processual frustra a aplicação do direito, gerando prescrição de eventual punição, quando não em razão da pena em abstrato, ao menos tendo conta a pena aplicada em concreto. (BARROSO, 2018).

Além das questões de ordem em referência há no Congresso Nacional algumas propostas relativas ao foro de prerrogativa da função, uma das mais relevantes será explanada no próximo tópico.

4.5 Proposta de Emenda à Constituição nº 10 de 2013

Há no Congresso Nacional a proposta de emenda à Constituição do Senador Álvaro Dias (PSDB/PR), Acir Gurgacz (PDT/RO), Aécio Neves (PSDB/MG) dentre outros, que invoca a alteração dos artigos 102, 105, 108 e 125 da Constituição Federal para extinguir o foro especial por prerrogativa de função nos casos de crimes comuns.

A nova redação, a exemplo da alínea “b” do inciso I, art. 102, entraria em vigor com a nova redação, que prevê que o Superior Tribunal Federal processe e julgue originariamente apenas os crimes de “responsabilidade os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica ressalvada o disposto no art. 52, I, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e dos chefes de missão diplomática de caráter permanente” (CONGRESSO NACIONAL, 2018).

Já a redação do artigo 105 indicaria apenas os crimes de

Responsabilidade dos desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, os membros dos Tribunais de Contas dos Estados e Distrito Federal, os dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais Eleitorais e do Trabalho, os membros dos Conselhos e Tribunais de Contas do Município e os do Ministério Público da União que oficiem perante Tribunais (CONGRESSO NACIONAL, 2018).

O artigo 108 altera a redação para dispor sobre os crimes de responsabilidade aos juízes da área de sua jurisdição, incluídos os da Justiça Militar e da Justiça do

Trabalho e os membros do Ministério Público da União ressalvado a competência da Justiça Eleitoral (CONGRESSO NACIONAL, 2018).

E por fim, o artigo 125 disporá que “a competência dos tribunais será definida na Constituição do Estado, vedado o estabelecimento do foro especial por prerrogativa de função no caso de crimes comuns, sendo a lei de organização judiciária de iniciativa do Tribunal de Justiça” (CONGRESSO NACIONAL, 2018).

A justificativa da proposta invoca o princípio da isonomia, em que todos são iguais perante a lei, ao certo que a lei pode, e deve tratar desigualmente os desiguais na medida de suas desigualdades (CONGRESSO NACIONAL, 2018).

“Os deputados que defendem este privilégio alegam que se trata de foro especial por prerrogativa de função, cuja justificativa seria proteger não a pessoa, mas o próprio cargo que ocupa. Não podemos, todavia, concordar com esse argumento” citou um dos autores da proposta (CONGRESSO NACIONAL, 2018).

Quando uma autoridade pratica um ato oficial que fere direito líquido e certo de outrem, não temos dúvida quanto à correção do estabelecimento de um foro especial para julgamento de mandado de segurança eventualmente impetrado. É que nesse caso, o objeto da controvérsia é justamente um ato oficial, que emana unicamente do feixe de poderes afetados à autoridade administrativa, eventualmente impetrada.

Essas características, que justificam o estabelecimento de um foro especial para as ações mandamentais contra os atos oficiais das altas autoridades, não fazem presentes no caso de um crime comum por ela praticado. Ou seja, diferentemente da edição de um ato administrativo, que decorre do poder legalmente constituído, um crime consubstancia-se em conduta típica e antijurídica que anda tem a ver com poderes ou faculdades conferidas pela lei ao administrador.

O foro especial, que se justifica no caso de um mandado de segurança contra um ato nomeação de servidor, suspensão de direito, cassação de alvará, entre outros exemplos, torna-se privilégios odiosos no caso de um crime comum, como peculato, corrupção passiva, homicídio, ameaça etc.

A referida proposta foi apresentada no início de 2013, com quinze emendas e até a última movimentação, qual seja 13 de junho do corrente ano. Embora tenha sido remetida a Câmara dos Deputados, tendo recebido o número 333/2017, ainda não foi votada em dois turnos conforme determina o artigo 60 §2º da Constituição Federal.

5. CONCLUSÃO

Uma democracia só é reconhecida no país quando trata com respeito sua sociedade, principalmente pelos representantes do povo e seus governantes, quando

um agente público ou político está sob a tutela do Estado recebe, portanto, os benefícios inerentes ao cargo, mandato, função ou emprego público.

O foro privilegiado tem seu fator histórico, visto que foi cedido para certas autoridades para que não fossem processadas e julgadas criminalmente pelos juízos locais e não serem influenciados por questões políticas. Historicamente, as oligarquias e os chefes de governo apresentavam alicerces imparciais, diferentemente dos modelos atuais. Nesse sentido, é imprescindível a dificuldade que o padrão federalista enfrenta.

É importante ressaltar que, em tese, o foro por prerrogativa de função se distingue de privilégios, isso porque o foro privilegiado hoje em dia é factível com a proteção pessoal do agente político, que geralmente está em ressonância na esfera criminal. Desse modo, o instrumento de abuso de direito deve ser coibido severamente, porque seu ideal é nobre, qual seja, salvaguardar as funções mais relevantes da *res publica*.

Com efeito, a função do foro foi formada para remodelar a competência do Poder Judiciário, assegurando que ninguém seja privado de seu *status libertatis* por autoridade incompetente. E mais, o princípio do juiz natural antecede a todos os princípios do processo penal, daí relevância da correta e efetiva aplicação do foro por prerrogativa.

A crítica do modelo atual de foro privilegiado tange especialmente quanto à atuação do Supremo Tribunal Federal. Primeiramente diz respeito à sua conveniência política, moral e ética, enquanto a segunda foca no desempenho dos órgãos investigadores, acusadores e jurisdicionais, ou seja, à capacidade dos tribunais brasileiros de processar e julgar de forma adequada esses inquéritos e ações.

As análises são independentes e formuladas por diversos instrumentos e tipos de opiniões. Há questões políticas que justifiquem o foro privilegiado do atual modelo, mas de outra ótica verifica-se desigualdade na forma moral, em que a prerrogativa não se justifica ao quanto às evidências individuais e os tempos de duração do processo.

Desde as antigas constituições, as prerrogativas crescem de forma desordenada e a morosidade processual tem extinguido processos ante a incapacidade de ser apreciado pelo próprio sistema e ou, diante das várias modificações de relatoria e deformidades nas normas judiciais o que se vê é um sistema que foi feito para não funcionar.



Acrescente-se ainda, uma análise que deve guiar a atuação do STF: verificar o marco final da prescrição, porque, caso sobrevenha, encerrará com a possibilidade do Estado impor ao renunciante qualquer reprimenda, devendo haver tempo hábil suficiente para eventual condenação no juízo ordinário, caso se decida pela declinação da competência privativa.

Não é novidade que a impunidade pelos crimes cometidos por governantes e autoridades causa indignação na sociedade, e por isso, justifica os requerimentos de restrição do foro por prerrogativa nas casas do Congresso Nacional, bem como a feitura dessa pesquisa acadêmica.

Assim, o tão sonhado fim da impunidade dos criminosos que ocupam o alto escalão da Administração Pública, como se viu pela análise dos casos concretos e por tudo que se expôs, não passa obrigatoriamente pela revogação total e irrestrita do foro por prerrogativa de função, tal como defendem alguns juristas, mas sim abarca aqueles que realmente não merecem o julgamento por instância inferior, em virtude do cargo e não da pessoa.

Embora seja reconhecido o avanço quanto à restrição de foro privilegiado após rejeição da Ação Penal 937, em que o ministro Luís Roberto Barroso suscitou questão de ordem para o processamento das ações acontecerem apenas durante o exercício dos cargos de quem cometeu o ilícito e não haver declínio de competência entre as instâncias, ainda há muito advertências a serem debatidas para alcançar a moral e o respeito que República tanto suplica na Constituição Federal.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA BRASIL. **Fachin diz que foro privilegiado é “incompatível com o princípio republicano”**. Disponível em: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2017-02/fachin-diz-que-foro-privilegiado-e-incompativel-com-o-principio-republicano>>. Acesso em: 10 de abril de 2018.

AGÊNCIA DO SENADO. **Fim do foro privilegiado é aprovado em primeiro turno por unanimidade**. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2017/04/26/fim-do-foro-privilegiado-e-aprovado-em-primeiro-turno-por-unanimidade>> Acesso em 14 março de 2018, às 18:45 h.

ALVES, Moreira. **Jurisprudência selecionada**. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=1588>>. Acesso em: 15 de abril de 2018.

BARROSO, Luís Roberto. **Foro Privilegiado**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v.277, n.1, p 275 – 313, maio 2018.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Constituição Federal de 1.988**. Disponível em: <<https://bd.camara.leg.br> > quadro historico art 102>. Acesso em 25 de março de 2018, às 21:00 h.

_____. **Constituição Federal de 1.988**. Disponível em: <<https://bd.camara.leg.br> > bdcamara > art86_CF88>. Acesso em 25 de março de 2018, às 20:00 h.

_____. **Constituição Federal de 1.988**. Disponível em: <<https://bd.camara.leg.br> > bdcamara > competencias constitucionais>. Acesso em 25 de março de 2018, às 20:30 h.

_____. **Constituição Federal de 1.988**. Disponível em: <<https://bd.camara.leg.br> > quadro historico art 105>. Acesso em 25 de março de 2018, às 21:30 h.

_____. **Constituição Federal de 1.988**. Disponível em: <<https://bd.camara.leg.br> > quadro historico art 108>. Acesso em 25 de março de 2018, às 21:30 h.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Legislação Informatizada - CONSTITUIÇÃO DE 1824 - Publicação Original**. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1824-1899/constituicao-35041-25-marco-1824-532540-publicacaooriginal-14770-pl.html>>. Acesso em 28 de março de 2018, às 22:30 h.



CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Proposta de Emenda Constitucional 333/2017**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2140446>>. Acesso em: 18 nov. 2018.

CONGRESSO NACIONAL. **Anais do Senado Federal**: PEC 10/2013. Disponível em: <<https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/pdf>>. Acesso em 12 de maio de 2018.

CONJUR. **Carta final da XXII Conferência Nacional dos Advogados**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-out-26/leia-carta-final-xxii-conferencia-nacional-advogados>>. Acesso em: 27 de março de 2018.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **Resolução nº. 72, de 15 de junho de 2011**. Disponível em: <<https://www.cnmp.mp.br/portal/atos-e-normas/norma/727/>>. Acesso em 12 de maio de 2018.

CRISAFULLI, Vezio e PALADIN Lívio. **Commentario Breve ala Costituzione**. Padova: CEDAM, 1990.

DIÁRIO DE JUSTIÇA ELETRÔNICO. REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL FEDERAL. **Agravos de Instrumento, nº. 28/2012**. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/djEletronico/DJE_20120307_048.pdf>. Acesso em: 10 de abril de 2018, às 22:30 h.

FGV/SB – SISTEMAS DE BIBLIOTECAS. **Relatório Supremo em números: o foro privilegiado e o Supremo**. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438>>. Acesso em: 20 de março de 2018, às 19:30 h.

_____. **O caso da ação penal 470 “Mensalão”**. Disponível em: – <<http://direitosp.fgv.br/ap470>>. Acesso em: 20 de março de 2018, às 19:45 h.

FOLHA DE SÃO PAULO. **Levantamento das ações penais**. Disponível em: <<https://agora.folha.uol.com.br/brasil/2016/11/1832105-uma-em-cada-tres-acoes-no-supremo-e-arquivadas.html>>. Acesso em: 14 de outubro de 2018, às 21:45 h.

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. Rio de Janeiro. **V Relatório Supremo em Números**. Foro Privilegiado e o Supremo. 2017. Novas ideias em direito e resultado das pesquisas.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. CASA CIVIL. SUBCHEFIA PARA ASSUNTOS JURÍDICOS. **Lei nº. 1.079, de 10 de abril de 1950**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l1079.htm>. Acesso em 14 de abril 2018, às 18:30 h.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 15 de abril de 2018, às 18:30 h.

_____. **Dispõe sobre a Lei 10.628 de 2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10628.htm> Acesso em: 18 de nov. 2018

ROCHA, Cesar Asfor. **Instituto do foro privilegiado não atende à evolução do Direito** Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-ago-18/cesar-asfor-rocha-foro-privilegiado-nao-atende-evolucao-direito>>. Acesso em 18 de maio de 2018, às 22:00 h.

SEIGNEUR, G. C. F. M, **Responsabilidade Político Criminal**. Dissertação (dissertação em direito) – UNB. Brasília. 2005.

SENADO FEDERAL. **Atividades Legislativas 2017**. Disponível em <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/111574>>. Acesso em: 18 nov. 2018.

_____. **Atividades Legislativas**. Disponível em <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/111574>> Acesso em 18 nov. de 2018.

_____. **Proposta de Emenda Constitucional 10/2013**. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3961507&ts=15404750153-83&disposition=inline>>. Acesso em: 18 nov. 2018.

_____. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 390 Distrito Federal**. 2016. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=309136954&ext=.pdf>> Acesso em: 18 nov. 2018.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. _____. **Emb.decl. na ação direta de inconstitucionalidade 2.797. Distrito Federal**. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629993>>. Acesso em 12 de março de 2018, às 22:00 h.

_____. **Emenda Constitucional nº. 35 de 20 de dezembro de 2001**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc35.htm>. Acesso em: 14 de abril de 2018, às 17:45 h.

_____. **Questão de ordem da ação penal 937 – Rio de Janeiro**. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748842078>>. Acesso em 20 de abril de 2018, às 19:00 h.



_____. **Súmula 394 (cancelada)**. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=1588>>. Acesso em 22 de abril de 2018.

_____. **Questão de ordem na ação penal 606 – Minas Gerais**. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25269292/questao-de-ordem-na-acao-penal-ap-606-mg-stf/inteiro-teor-140552357>>. Acesso em 23 de abril de 2018, às 19:00 h.

_____. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 390 do Distrito Federal**. Disponível em 18 nov. 2018.

_____. **Décima Questão de Ordem na Ação Penal 470**. Minas Gerais. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/ap470/10QO_AP470.pdf> Acesso em: 18 nov. 2018.

_____. **Enunciado de Súmula n. 394 do STF**. Brasília, 1964. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_301_400>. Acesso em: 18 nov. 2018.

_____. **Notícias do Foro Privilegiado**. Disponível em: <<http://m.stf.jus.br/portal/noticia/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=207570>>. Acesso em: 18 nov. 2018.

_____. **Questão de Ordem na Ação Penal 937**, Rio de Janeiro. 2017. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/dl/voto-barroso-foro-especial.pdf>> Acesso em: 18 nov. 2018.

_____. **Notícias do STF: Fim da Prerrogativa**. 2012. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/biblioteca/PastasMinistros/CelsoMello/Entrevistas/2012_fev_26.pdf>. Acesso em 18 nov. 2018.

SENATTO DELLA REPUBBLICA ITALIANA. **Constituição da República Italiana**: Costituzione italiana edizione in língua portoghese. Disponível em: <https://www.senato.it/sites/default/files/mediadocuments/COST_PORTOGHESE.pdf> Acesso em 08 de março de 2018, às 17:00 h.

**BIBLIOGRAFIA CONSULTADA**

ANGHER, Anne Joyce. **Constituição Federal de 1988**. VadeMecum 2017. Edição Especial. Ed. Saraiva. Brasil, 2017.

BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2014.

FOLHA DE SÃO PAULO. **Entrevista Celso de Mello**. 2017. Disponível em <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2017/02/1859214-barroso-quer-restringir-alcance-do-foro-privilegiado.shtml>>. Acesso em 18 nov. 2018.

MIGALHAS. **Foro Privilegiado**. 2018. Disponível em <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI45137,11049-Foro+privilegiado>>. Acesso em: 18 nov. 2018.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 27ª Ed. Atlas, 2012.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Questão de Ordem da Ação Penal 313**. 2001. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=30913-6954&ext=.pdf>>. Acesso em: 18 nov. 2018.



O DIREITO DE INTERVENÇÃO E O ENFRENTAMENTO DA CRIMINALIDADE MODERNA: PROPOSTA E CRÍTICA

THE RIGHT TO INTERVENTION AND CONFRONTING MODERN CRIMINALITY: PROPOSAL AND CRITIQUE

Pedro Henrique Gebrim Campos¹

Resumo: O presente trabalho tem por objetivo tecer uma análise da proposta do Direito de Intervenção, enquanto alternativa para a contenção da expansão do Direito Penal moderno. Para atingir esse desiderato, foi elaborado um exame da teoria, apontado as críticas bem como os contornos de viabilidade desse sistema.

Palavras-Chave: Direito Penal. Despenalização. Winfried Hassemer. Direito de Intervenção.

Abstract: This research aims to weave an analysis of the proposed Right of Intervention as an alternative to stemming the spread of modern Criminal Law. To achieve this aim, an examination of the theory, pointed criticism and outlines the feasibility of this new approach was developed.

Keywords: Criminal Law. Discriminalization. Winfried Hassemer. Law of Interventions.

INTRODUÇÃO

A sociedade hodierna, marcada por um contexto de exacerbada desigualdade de renda, por situações político-sociais conflituosas, bem como pela intensa revolução tecnológica, rege-se por uma nova ordem socioeconômica, caracterizando-se como uma sociedade de riscos. Nesse atual cenário, os riscos sociais são imprevisíveis, criando situações de perigo social que afetam as diversas camadas da sociedade de forma diferenciada.

Chamado a atuar diante dos novos riscos, o legislador, instigado principalmente pelos meios de comunicação, se vê obrigado a expandir as bases do sistema penal, alterando suas estruturas fundamentais, com o propósito de viabilizar o controle das atividades tidas como perigosas, mitigando as fronteiras entre a natureza repressiva e reativa do direito penal, com a criação de crimes de perigo abstrato.

Entrementes, a modernização do direito penal, que se acha em curso principalmente nas áreas concernentes ao meio ambiente, à economia, às drogas e ao crime organizado, apresenta grandes déficits de implementação, tendo se tornado anacrônico e contraproducente.

¹ Bacharel em Direito pela PUC/GO. Especialista em Direito Penal pela UFG.



A par desse contexto, as propostas críticas frente às novas perspectivas do direito penal ressoam de diversas “escolas doutrinárias”, de sorte que todas elas apresentam alguma forma de resistência às alterações dogmáticas e legislativas de cunho expansivo no sistema penal contemporâneo.

Nessa aleia, a doutrina do professor alemão Winfried Hassemer (1940-2014), expoente da Escola de Frankfurt, propõe mecanismos para preservar o Direito Penal do processo de expansão verificado nas últimas décadas e melhor responder à demanda pelo combate dos novos delitos, apresentando, para tanto, o Direito de Intervenção.

2. O DIREITO DE INTERVENÇÃO

2.1 A Escola de Frankfurt, as críticas à expansão do Direito Penal e o surgimento do Direito de Intervenção

O modelo penal clássico forjado no Estado Liberal engloba uma vocação garantista, que se pauta no mínimo de aplicação de sanções. Prevalecem, na concepção clássica, os princípios da subsidiariedade², fragmentariedade³, intervenção mínima⁴, dentre outros, os quais buscam garantir a liberdade. Nesse paradigma, o indivíduo e sua proteção figuram no centro do direito penal.

Com o novo contexto social, há o surgimento de diversos riscos e, consequentemente, de perigos indesejados, imprevisíveis e irreversíveis. Face à nova dinâmica, o direito penal transmuda-se, ganhando novos contornos, razão pela qual a doutrina passa a denominá-lo de Direito Penal moderno ou Direito Penal do risco.

Para a escola jurídico-penal de Frankfurt, o Direito Penal moderno deixou de ser aplicado como *ultima ratio* e se converteu em primeiro recurso de intervenção estatal, aumentando irrefletidamente a sua incumbência para a solução de problemas do cotidiano por meio da assunção de tarefas que lhe são originalmente estranhas.

Os doutrinadores de Frankfurt, baseados em princípios do Direito Penal mínimo, preconizam que o Direito Penal deve ser submetido a um processo de

² A subsidiariedade do direito penal apresenta-se como a necessidade de que a atuação criminal se dê apenas quando os demais campos do direito mostrarem-se insuficientes.

³ Entende-se por fragmentariedade a indispensabilidade que o Direito Penal tem de castigar/escolher somente as ações mais graves voltadas contra os bens jurídicos mais importantes.

⁴ A intervenção mínima, ou *ultima ratio*, assenta-se na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, cujo art. 8º, em sua parte inicial, determina que “a Lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias”. Tem-se, assim, que a esfera penal deixará de intervir em condutas a ela irrelevantes, voltando sua atuação apenas para as situações estritamente necessárias, mantendo-se, assim, fragmentária e subsidiária.

descriminalização, retornando aos moldes do Direito Penal clássico, sobrelevando as regras de imputação pessoal e os princípios garantistas da lesividade, subsidiariedade, fragmentariedade e proporcionalidade.

Ponderam, assim, que o Direito Penal deve se liminar às condutas violadoras dos bens jurídicos essenciais ao convívio social, sob a premissa de que o Direito Penal contemporâneo afronta de diversas formas os princípios do Estado Democrático de Direito, em detrimento dos alicerces clássicos do Direito Penal, por conta de sua utilização como um evidente mecanismo de direcionamento social⁵.

Ganha destaque, nessa cátedra, a teoria do Direito Penal desenvolvida por Winfried Hassemer, ex-professor do Instituto de Ciências Criminais de Frankfurt e ex-membro do Tribunal Constitucional Federal alemão.

Para Hassemer, o principal problema do direito penal moderno seria a dificuldade de adaptação às diretrizes sedimentadas pelo direito penal clássico, revestindo-se de um papel meramente simbólico.⁶

A respeito, o doutrinador preconiza:

“Este desarrollo de la moderna doctrina penal y política criminal era oportuno y necesario en contra de una doctrina y práctica penal que se había divorciado de la realidad amparándose en la certeza del derecho natural y en la abstracción dogmática. La crítica a la práctica penal en función de sus consecuencias, la obligación de perseguir fines con la pena, los cuales pueden ser comprobados y denunciados, la obligación del legislador penal de concentrarse en bienes jurídicos, han conducido a una humanización y a un mejor control de la actuación penal. En mi opinión, este desarrollo ha finalizado, la modernización amenaza con producir el efecto contrario. Pienso que ha llegado el momento en que debe volver a compaginarse el desarrollo del moderno Derecho Penal con los tradicionales principios morales.” (Rasgos y crisis del derecho penal moderno, pág. 236. Disponível em <dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/46402.pdf> Acesso em 07/04/2024).

Com base nessas premissas, Hassemer defende que as normas direcionadas às condutas que não violam os bens indispensáveis para a vida em comum devem ser excluídas do Direito Penal, porquanto compõem outra esfera de regulamentação de riscos.

Em sua análise, o autor constata que a expansão do Direito Penal promove a alteração substancial de seus conceitos dogmáticos, ao passo que os mecanismos de

⁵ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato e princípio de precaução na sociedade do risco**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, pág. 99.

⁶ HASSEMER, Winfried. **Rasgos y crisis del derecho penal moderno**, pág. 244. Disponível em <dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/46402.pdf> Acesso em 08/04/2024

atuação do sistema penal devem se assemelhar bem mais aos do direito administrativo. Propaga, assim, a necessidade de criação de um novo sistema, denominado Direito de Intervenção.

2.2 A proposta do Direito de Intervenção

Como visto, Winfried Hassemer entende que o alargamento do direito penal faz com que este deixe de ser um instrumento de reação diante das graves lesões das liberdades dos indivíduos, para se tornar o meio de uma política de segurança, um instrumento de transformação social.

A partir desse quadro, Hassemer afirma ser preciso desapossar o direito penal hodierno de “parte de sua modernidade”, isto é, reduzi-lo a um direito penal nuclear, cujos contornos estruturais devem tocar apenas as lesões concernentes aos clássicos bens jurídicos individuais, assim como a exposição destes bens a um perigo concreto.⁷

Nesse sentido, menciona:

“Los ámbitos en los cuales se concentra el Derecho Penal moderno tienen que ver con el individuo sólo de forma mediata. De forma inmediata se refieren a instituciones o al Estado. El principio de protección de bienes jurídicos deviene en el Derecho Penal moderno la protección de instituciones. A ello se corresponde que estos bienes jurídicos, a los cuales se trata de proteger, no son individuales sino colectivos. Adicionalmente, el legislador formula estos bienes jurídicos de forma especialmente vaga y amplia (protección de la salud pública, protección de la función de subvención, etc.). De esta forma el Derecho Penal se aleja en un doble sentido de sus tradiciones. En éstas se trataba de proteger bienes jurídicos individuales, los cuales debían ser formulados de la forma más precisa y concisa posible. Los bienes jurídicos, que el Derecho Penal moderno entiende que pueden legitimar una intervención penal, ya no discriminan; apenas se percibe la conducta humana, la cual, con la ayuda del principio de protección de bienes jurídicos, debiera ser descriminalizada. El segundo instrumento del Derecho Penal moderno, el cual sirve claramente a esta ampliación de la capacidad, es la forma delictiva de los tipos de peligro abstracto. Una Bola ojeada a los códigos penales actuales muestra que los delitos de peligro abstracto son la forma delictiva que corresponde al Derecho Penal moderno. Los delitos de peligro concreto o de lesión parecen anticuados.” (Rasgos y crisis del derecho penal moderno, pág. 242. Disponível em <dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/46402.pdf> Acesso em 08/04/2024).

De outro turno, o autor assevera que muitos dos problemas que passaram a ser tratados pelo direito penal moderno poderiam ser melhor enfrentados no âmbito do direito das contravenções, do direito civil, do direito administrativo, como também pelo mercado e pela precaução da própria vítima.

⁷ HASSEMER, Winfried. **Rasgos y crisis del derecho penal moderno**, pág. 248.

O sistema proposto por Hassemer visa ao alcance de uma nova forma de abordagem que dê solução aos problemas contemporâneos, que, por sua vez, são compostos por premissas inconciliáveis com a teoria clássica do Direito Penal, tais como, as condutas de perigo abstrato, a responsabilidade penal da pessoa jurídica, a imputação pessoal nos delitos econômicos, ambientais etc.

Segundo Hassemer, o Direito de Intervenção⁸ seria um sistema de regulamentação de riscos situado entre o Direito Administrativo e o Direito Penal e entre o Direito Civil e o Direito Público, “que teria por finalidade controlar e inibir os riscos oriundos das novas tecnologias, por meio da proibição de condutas perigosas e da proteção de bens jurídicos coletivos.”⁹

Nesse cenário, a juridicização da sociedade de risco, na proposta do autor, dar-se-ia por um setor externo ao sistema penal e a todos os outros ramos atualmente conhecidos, inaugurando um novo mecanismo sancionatório e regulador, integrado por regras advindas de “diferentes normas sancionadoras, conjugando o Direito Penal, ilícitos civis, as contravenções penais, o Direito de polícia e o Direito Tributário.”¹⁰

O Direito de Intervenção seria composto por regras e garantias materiais e processuais mais flexíveis do que aquelas destinadas ao Direito Penal, deixando de prever, por consequência, penas restritivas de liberdade. Na hipótese, tal sistema seria responsável pelo combate aos novos focos de insegurança, voltando-se a matérias como crimes ambientais e delitos econômicos.

Como corolário, o Direito de Intervenção ocasionaria a redução do Direito Penal a um núcleo duro, qual seja, os delitos que lesionem bens jurídicos individuais ou supraindividuais ligados às pessoas e os delitos de perigo concreto e de elevada

⁸ Convém ressaltar que a proposta de Hassemer nunca foi traçada pormenorizadamente, tendo o autor lançado tão somente as premissas gerais. Nesse sentido, menciona Ana Carolina Carlos de Oliveira: “Traçado apenas em linhas gerais, a proposta do Direito de Intervenção, conforme menciona Hassemer, não trata de anunciar nenhuma verdade ou solução definitiva, mas somente anunciar o começo de um discurso, já que, para ele, ‘as novas perspectivas começam com uma nova atitude diante de uma solução real’”. (**Direito de intervenção e direito administrativo sancionador: o pensamento de Hassemer e o direito penal brasileiro**. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, University of São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-13082013-112549/>>. Acesso em 08/04/2024. Pág.48).

⁹ REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de Direito Penal**. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2006. Pág. 26.

¹⁰ OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. **Direito de intervenção e direito administrativo sancionador: o pensamento de Hassemer e o direito penal brasileiro**. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, University of São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-13082013-112549/>>. Acesso em 08/04/2024. Pág.47.

gravidade, todos firmados em imputações rígidas e princípios garantistas clássicos, ficando o restante a cargo da nova sistemática.

Isso porque a utilização do aparato penal para a proteção social faz com que o Direito Penal se afaste de suas garantias materiais e processuais, enfraquecendo-o e impedindo-o de cumprir seu escopo de defesa das garantias de liberdade individuais. De mais a mais, malgrado o direito administrativo aparente ser o ramo da ordenação social com maior legitimidade para atuar em tais casos, não denota ser suficiente.

Por oportuno, os ensinamentos de Hassemer:

“Eu denomino os instrumentos que podem responder – melhor que o Direito Penal – à pressão de solução dos problemas atuais e futuros com o conceito genérico de “Direito de Intervenção”. Estes instrumentos existem apenas em suas bases, eles ainda devem ser amplamente desenvolvidos – inclusive teoricamente. Eles devem ter as seguintes características:

- aptidão para a solução de problemas antes de ocorrerem danos (capacidade preventiva);
- dispor de e atuar com meios de controle e fiscalização, e não somente com meios de intervenção;
- cooperar ao máximo com diferentes âmbitos de competência como, por exemplo, o Direito Administrativo e dos ilícitos administrativos; o Direito das Contravenções; o Direito da Saúde e dos Recursos Médicos; o Direito Fiscal e do Trabalho; dos Serviços Públicos;
- um ordenamento processual cujas garantias sejam empírica e normativamente adequadas às possibilidades operacionais do Direito de Intervenção.” (HASSEMER, Winfried. Desenvolvimentos previsíveis na dogmática do Direito Penal e na Política Criminal. Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal, v. 1, n. 1, 2013, pág. 12/13. Disponível em: <http://www.ufrgs.br/direito/wp-content/uploads/2010/08/2_1.pdf>. Acesso em 08/04/2024).

O direito de intervenção, nessa esteira, substituiria o direito penal moderno nos setores em que a sua aplicação apenas poderia se dar por meio da dispensa de suas condições primordiais, quais sejam, nas hipóteses de prevenção de danos em tempo hábil, ao contrário de reação posterior à lesão de bens jurídicos; para evitar punição pontual de determinadas pessoas, quando houver domínio coletivo e amplo de situações de risco, permitindo a punição de grupos e coletividades; para prevenir a aplicação da pena de prisão para delitos de dano consumado a partir da intervenção em sua gênese de perigo, influenciado negativamente a ocorrência de atos preparatórios.¹¹

¹¹ SARCEDO, Leandro. **Crítica constitucional às tendências político-criminais aplicáveis aos crimes econômicos na sociedade contemporânea**. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-02082011-123337/>>. Acesso em 08/04/2024. Pág. 134.

Exemplifica Hassemer:

“O Direito de Intervenção dispõe de possibilidades de sancionamento, e inclusive empregará meios jurídico-penais – mas na verdade para a realização de fins preventivos e não repressivos como resposta ao injusto e à culpabilidade. Assim, o fabricante de produtos perigosos poderá ser compelido, inclusive pelo uso da força, por exemplo, a respeitar seu dever de comunicar e de preservar.

Um Direito de Intervenção não pode substituir sistematicamente o Direito Penal. Assim o referido fabricante será responsabilizado por lesão corporal ou homicídio, se existirem os pressupostos da responsabilidade penal – na verdade, somente se os meios preventivamente eficazes da intervenção protetora do bem jurídico falharem e se ocorrer a lesão ao bem jurídico.” (HASSEMER, Winfried. Desenvolvimentos previsíveis na dogmática do Direito Penal e na Política Criminal. Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal, v. 1, n. 1, 2013, pág. 13).

Portanto, disporia o Direito de Intervenção de mecanismos de ingerência no mercado e na economia, por meio de procedimentos de controle e reparação de danos, inclusive com medidas sancionatórias para garantir o cumprimento de reprimendas impostas, como, por exemplo, o fechamento de uma empresa. De outro lado, contaria com a segurança procedimental e com pressupostos de intervenção precisos e confiáveis.

A característica principal do Direito de Intervenção, em suma, residiria na aplicação de sanções com menor intensidade do que aquelas previstas para os tipos penais, aliado a um novo sistema dotado de garantias mais flexíveis, resultando na renúncia à imediata aplicação das penas privativas de liberdades.

Com o Direito de Intervenção, o Direito Penal se esvaziaria de sua expectativa de prevenção, incongruente com os seus princípios mais caros, cumprindo àquele a formulação de estratégias para a atuação rápida e preventiva na criminalidade contemporânea. Por sua vez, as estratégias preventivas, segundo Hassemer, passariam da elaboração de regras de prevenção normativa de riscos, para a previsão de normas de prevenção técnica, o que permitiria a contenção prematura dos perigos.

Ademais, é na característica de prevenção técnica de riscos que está, inclusive, a justificativa para adoção da nomenclatura Direito de Intervenção, ou seja, um ramo que intervém nos cursos de risco, evitando o resultado danoso, garantindo, desse modo, a proteção dos direitos e bens jurídicos coletivos.¹²

¹² OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. **Direito de intervenção e direito administrativo sancionador: o pensamento de Hassemer e o direito penal brasileiro**. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, University of São Paulo, São Paulo, 2012. Pág. 53.

Imperioso observar ainda que, para Hassemer, não seria o Direito de Intervenção uma espécie de sistema penal “brando”, mas trataria, em verdade, de um novo paradigma, cuja visão, além de pragmática, objetiva resguardar os direitos fundamentais da corrosão perpetrada pelo direito penal moderno.¹³

3. ANÁLISE CRÍTICA DO DIREITO DE INTERVENÇÃO

3.1 Críticas

Como visto, Hassemer defende o afastamento do Direito Penal de tudo aquilo que não exija a imposição de penas privativas de liberdade, motivando, desse modo, a preservação de suas características clássicas de *ultima ratio*.

Para o autor, apenas os delitos tradicionais deveriam integrar o núcleo duro do Direito Penal, porquanto são estes delitos de criminalidade tradicional de massas que despertam o sentimento de insegurança na população, e não a criminalidade organizada, o que justificaria a manutenção daqueles sob a tutela penal.

Porém, a crítica vertida à construção teórica de Winfried Hassemer é que, reservando o direito penal apenas para condutas que demonstram relação a um bem jurídico individual, acabar-se-ia criando um direito penal classista, por meio do qual apenas os pequenos criminosos receberiam tratamento penal e privação de liberdade, de sorte que os grandes infratores, cujos danos difusos podem ser maiores do que a mera ofensa ao patrimônio individual, por exemplo, não estariam abarcados pelo direito penal.¹⁴

De forma exacerbada, com relação à criação de um sistema para disciplinar as infrações contra bens jurídicos supraindividuais ou sociais, Antonio García-Pablos de Molina, citado na obra de Leandro Sarcedo¹⁵, tece censura ao trabalho de Hassemer:

“Entretanto, goste-se ou não se goste, a exclusão do âmbito legítimo de intervenção penal dos interesses coletivos privilegia o mundo dos negócios, das finanças, do crime organizado, da corrupção política e administrativa, etc,

¹³ SARCEDO, Leandro. **Crítica constitucional às tendências político-criminais aplicáveis aos crimes econômicos na sociedade contemporânea**. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Pág. 135.

¹⁴ RIBEIRO, Bruno Salles Pereira. **Análise crítica do direito penal secundário: investigação sobre a proposta de divisão do direito penal, à luz da dogmática e da política criminal**. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-09122013-113509/>>. Acesso em: 08/04/2024. Pág. 177

¹⁵ SARCEDO, Leandro. **Crítica constitucional às tendências político-criminais aplicáveis aos crimes econômicos na sociedade contemporânea**. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Pág. 147.

isto é, acentua ainda mais a tendência endêmica do Direito penal de recrutar sua clientela entre os grupos sociais mais débeis, renunciando desde o princípio, ao castigo dos grandes, dos poderosos.”

Reside aí a crítica mais contundente à proposta formulada por Hassemer: a exclusão do sistema penal das condutas que não afetam o seu núcleo duro, que é integrado apenas por delitos de criminalidade tradicional de massas, fato que importaria na formação de um direito penal de classe subjacente.

Segundo essa ilação, o Direito Penal seria direcionado apenas ao delinquente tradicional, que é oriundo das camadas marginalizadas da sociedade. Consequentemente, apenas este cidadão sofreria a pena de prisão. Aos criminosos pertencentes às classes mais abastadas, responsáveis pela criminalidade contemporânea (crimes econômicos, de colarinho-branco e ambientais), restaria apenas o Direito de Intervenção, no qual não caberia a aplicação das penas privativas de liberdade.

Outros teóricos criticam o sistema formulado por Hassemer sob o argumento de que, na busca de uma solução para os problemas atuais do Direito Penal, produziu-se um modelo disfuncional e incongruente com o atual contexto histórico, vez que o Direito Penal, hodiernamente, não pode se preocupar apenas com os bens jurídicos individuais.

Figueiredo Dias, citado por Rogério Sanches Cunha¹⁶, adverte que o direito à intervenção seria uma inversão temerária dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade, porquanto relegaria à seara mais suave do ordenamento jurídico as infrações que implicam maior risco à estrutura da sociedade, ao tempo em que, para o enfrentamento desses delitos, de grave repercussão difusa, seriam cominadas sanções brandas e insuficientes para a punição de seus autores.

De mais a mais, muitas críticas se assentam no fato de que haveria uma grande dificuldade para definir quais bens jurídicos mereceriam ou não a tutela do Direito Penal, quais garantias poderiam ser restringidas, qual a sistemática para a aplicação de sanções no Direito de Intervenção, dentre outras questões que, na falta de precisão dos contornos do Direito de Intervenção, permanecem sem solução.

¹⁶ CUNHA, Rogério Sanches. Manual de direito penal: parte geral (arts. 1º ao 120) – 8. ed. rev. Ampl. E atual. - Salvador: JusPODIVM, 2020. Pág. 41.

3.2 A viabilidade do Direito de Intervenção

Como destacado, é certo que o Direito Penal moderno não satisfaz as expectativas sociais que lhe são dirigidas, máxime diante das profundas transformações econômicas e sociais contemporâneas.

As demandas recentes estão voltadas para a tutela de bens jurídicos supraindividuais, de perigo abstrato. E nessa quadra subsiste a maior dificuldade de combate, porquanto os delitos que lesam a ordem econômica e ambiental, por exemplo, são praticados, geralmente, por agentes altamente qualificados e que, muitas vezes, não deixam rastros.

Especificamente no tocante à legislação penal econômica pátria, vale ressaltar que os regramentos apresentam deficiências estruturais históricas, de modo que no Brasil são raros os casos de efetiva punição na seara do direito penal econômico.

A propósito, destaca-se os apontamentos de Paulo Salvador Frontini:

“O tratamento que o legislador penal concedeu, até hoje, ao delito econômico é responsável, em parte, pelo deficiente desenvolvimento desse moderno ângulo da Ciência Penal. Num enfoque sumário, podem ser visualizados os seguintes pontos críticos, que impediram a efetiva existência do Direito penal econômico entre nós: a) o fragmentarismo da legislação; b) o desconhecimento da forma real de atuação do crime econômico; c) a inadequação dos princípios clássicos da responsabilidade penal aos preceitos típicos de Direito Penal que descrevem delitos econômicos e aos atos fáticos e psicológicos desse tipo de delito; e d) a impropriedade das sanções penais.” (FRONTINI, Paulo Salvador Frontini. Introdução. In: PIMENTEL, Manoel Pedro. Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional: comentários à Lei nº 7.492, de 16.06.1986. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. Pág. 43)

Com efeito, mais importante do que enunciar a previsão legal de suas diversas modalidades, faz-se necessário sopesar a eficiência da pena privativa de liberdade, o papel da multa ou restrição penal para o infrator, bem como deduzir qual a função precípua do Direito Penal em face dos novos riscos.

Cumprido, a partir de tais premissas, aquilatar quais instrumentos são suficientemente eficazes a ponto de serem aptos para perseguir e castigar adequadamente a classe de dirigentes que atentam contra a ordem vigente, sobrepujando que há situações em que a via penal não se apresenta pertinente, máxime diante de outros mecanismos preparados para tutelar eficazmente os novos delitos.

Nesse contexto, o Direito de Intervenção apresenta-se como sistema jurídico alternativo para auxiliar a rechaçar os novos riscos.

A fórmula de garantir eficiência sancionatória às condutas atentatórias à ordem econômica ensejariam aprioristicamente a solução da via administrativa, de modo que o Direito Penal seria compelido a intervir tão somente em situações extremas.

A respeito desta política institucional emergente, Miguel Reale Júnior adota a nomenclatura de "Direito Administrativo Penal" e menciona que a respectiva ingerência não deixa de ser uma maneira de intervenção estatal, cujo desiderato é repressivo e ao mesmo tempo assecuratório de tutela, por meio do julgamento de Tribunais Administrativos.¹⁷

Com relação a estes Colegiados Administrativos, importante reforçar que seus integrantes devem ter asseguradas as garantias de independência e estabilidade de vencimentos, inclusive com enunciação de período de quarentena. Demais disso, a composição deve ter agentes independentes dos Poderes Legislativo e Executivo, com prerrogativas próprias do Poder Judiciário, e detentores de mandatos que assegurem estabilidade para o julgamento especializado e imparcial.

Para tanto, há de ser aperfeiçoada nova vertente do Direito Administrativo Penal, com regramento e estrutura próprios, especializada na quadra administrativa-econômica, de forma a representar moderna concepção administrativa, sem a malfadada burocracia predominante no Poder Judiciário.

Ao encampar essa visão administrativa, forte no campo das questões econômicas, vislumbra-se gradativamente evitar a interferência penal no âmbito econômico, resultando não apenas eliminar ao máximo a morosidade e a burocracia do sistema penal, revalorizando os agentes do Estado e, por conseguinte, toda a sociedade.

Segundo Ana Carolina Carlos de Oliveira (2012), o Direito de intervenção poderia encontrar viabilidade prática na sistematização do conjunto de normas que integram a área intermediária entre o Direito Penal e Administrativo Sancionador, incorporando as proibições e sanções deste último, de sorte que a sua sistematização conduza à unificação das sanções intermediárias situadas entre o núcleo do Direito

¹⁷ REALE, Miguel. Legislação Penal Antitruste: **Direito Penal Econômico e sua acepção constitucional**. Disponível em: <www.realeadvogados.com.br>, acesso em 10/04/2024, pág. 42.

Penal e as sanções administrativas muito leves, de menor interferência nos direitos individuais.¹⁸

Ademais, na seara econômica, vale rememorar o modelo de sucesso empreendido pelo CADE - Conselho Administrativo de Defesa Econômica-, autarquia ligada ao Ministério da Justiça, cujas atribuições tangem a instauração de processos administrativos, cominação de multas aos infratores, apuração e repressão administrativa às condutas atentatórias à ordem econômica.

A relevância maior estampada no aparelho administrativo contra os ilícitos econômicos está na possibilidade de atuação preventiva, isto é, na antecipação à consumação do dano, através de tipos abertos, de perigo abstrato e por acumulação, além da possibilidade de imputação de responsabilidade sem a necessidade de se demonstrar a existência de dolo ou culpa.¹⁹

No âmbito administrativo, diferentemente do Direito Penal clássico, a responsabilidade objetiva mostra-se de todo admissível.

Não se pode olvidar, ainda, do relevante papel assumido pelos demais órgãos administrativos de controle, dentre os quais vale mencionar o Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF) e a Comissão de Valores Mobiliários (CVM), principalmente na prevenção à lavagem de dinheiro.

Com efeito, embora o modelo empregado por esses órgãos visem a precaução e gestão de riscos e sejam dotados de força sancionatória, segundo Ana Carolina Carlos de Oliveira (2012), estes não reúnem todos os pressupostos característicos do Direito de Intervenção, por não contarem com um sistema estruturado de garantias.²⁰

Noutro flanco, à guisa de observação, calha relevar que a Lei de Lavagem de Capitais (Lei n.º 9.613/1998) converge ao Direito de Intervenção à medida que prevê regras técnicas sancionadas, além de estabelecer graves sanções administrativas (advertência; multa pecuniária; inabilitação para o exercício de cargo de administrador; e cassação ou suspensão da autorização para o exercício de atividade).

¹⁸ OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. **Direito de intervenção e direito administrativo sancionador: o pensamento de Hassemer e o direito penal brasileiro**. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, University of São Paulo, São Paulo, 2012. Pág. 230.

¹⁹ OLIVEIRA, Alice. **A expansão penal e o Direito de Intervenção**. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/alice_quintela_lopes_oliveira.pdf>. Acesso em: 10/04/2024. Pág. 14.

²⁰ OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. **Direito de intervenção e direito administrativo sancionador: o pensamento de Hassemer e o direito penal brasileiro**. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, University of São Paulo, São Paulo, 2012. Pág. 255.

Da mesma forma, a autonomia das reprimendas e a sistemática própria da Lei de Improbidade Administrativa (Lei n.º 8.429/1992), remontam ao sistema defendido por Hassemer.

A par dessas considerações, rememorando que este é um sistema em fase de desenvolvimento, o Direito de Intervenção apresenta-se como alternativa possível à expansão do Direito Penal, contribuindo para o processo de mitigação da criminalização, no sentido de conferir uniformidade e proporcionalidade ao conjunto sancionador estatal, além de visar à maior efetividade da aplicação das leis.

4. CONCLUSÃO

Sobrelevando a ineficácia do Direito Penal, o Direito de Intervenção desponta como uma alternativa ao controle da criminalidade moderna, de sorte que o objetivo primordial de Winfried Hassemer é promover a restrição do Direito Penal ao mínimo necessário, porquanto o Direito Penal de risco é incompatível com o sistema criminal mínimo e que se preocupa com a observância das garantias constitucionais e processuais que lhe são inerentes.

Nesse compasso, o Direito de Intervenção, situado entre o direito penal e o direito administrativo, conta com um mitigado nível de garantias individuais e formas procedimentais sintetizadas, além de não contar com as exasperadas sanções do direito penal, sobretudo as penas privativas de liberdade.

O sistema é orientado por uma intervenção precoce, ou seja, pelo perigo e não pelo dano, porquanto, frente à novel criminalidade, a espera da ocorrência do resultado danoso, pode ser prejudicar a tutela do bem jurídico, em razão de sua magnitude.

Ao lado da descriminalização de condutas, a nova sistemática ensejaria a criação de tribunais administrativos, livres das rigorosas marchas procedimentais próprias do judiciário e das formalidades para atribuição de responsabilidade.

Na confluência do exposto, a vertente do Direito de Intervenção, muito embora ainda careça ser melhor desenvolvida, apresenta-se como alternativa plausível para tutelar as prementes necessidades da sociedade moderna e enfraquecer a utilização simbólica do direito penal, em um cenário em que o legislador contemporâneo insiste em lançar mão da ferramenta do direito penal de forma açodada e pouco reflexiva, sem efeitos concretos.



REFERÊNCIAS

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato e princípio de precaução na sociedade do risco**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal: parte geral (arts. 1º ao 120)** – 8. ed. rev. Ampl. E atual. - Salvador: JusPODIVM, 2020.

FRONTINI, Paulo Salvador Frontini. **Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional: comentários à Lei nº 7.492, de 16.06.1986**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

HASSEMER, Winfried. **Rasgos y crisis del derecho penal moderno**, pág. 244. Disponível em <dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/46402.pdf>. Acesso em 07/04/2024.

HASSEMER, Winfried. Desenvolvimentos previsíveis na dogmática do Direito Penal e na Política Criminal. **Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal**, v. 1, n. 1, 2013, pág. 12/13. Disponível em: <http://www.ufrgs.br/direito/wp-content/uploads/2010/08/2_1.pdf>. Acesso em 08/04/2024.

OLIVEIRA, Alice. **A expansão penal e o Direito de Intervenção**. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/alice_quintela_lopes_oliveira.pdf>. Acesso em: 10/04/2024.

OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. **Direito de intervenção e direito administrativo sancionador: o pensamento de Hassemer e o direito penal brasileiro**. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, University of São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-13082013-112549/>>. Acesso em 08/04/2024.

REALE, Miguel. **Legislação Penal Antitruste: Direito Penal Econômico e sua acepção constitucional**. Disponível em: <www.realeadvogados.com.br>. Acesso em 10/04/2024.

REALE, Miguel. **Instituições de Direito Penal**. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

RIBEIRO, Bruno Salles Pereira. **Análise crítica do direito penal secundário: investigação sobre a proposta de divisão do direito penal, à luz da dogmática e da política criminal**. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-09122013-113509/>>. Acesso em 08/04/2024.



SARCEDO, Leandro. **Crítica constitucional às tendências político-criminais aplicáveis aos crimes econômicos na sociedade contemporânea**. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-02082011-123337/>>. Acesso em 08/04/2024.

ANÁLISES CRÍTICAS SOBRE A CRIMINALIZAÇÃO DO *FUNK* "150 BPM"

CRITICAL ANALYSIS OF THE CRIMINALIZATION OF *FUNK* "150 BPM"

Andressa Maria Ramos Ramundo¹

Resumo: O funk "150 BPM" apresenta letras que exploram a sexualização da mulher, o consumo de drogas e o abuso sexual, gerando debates sobre sua relação com o direito penal. De certo, há movimentos para proteger o movimento funk contra a discriminação, porém persiste o estigma, especialmente em relação ao funk "proibidão". A discussão destaca a importância de considerar as relações de poder e questões sociais subjacentes, enquanto a análise interdisciplinar é crucial para compreender o fenômeno do funk "150 BPM".

Palavras-Chave: funk "150 BPM", sexualização, drogas, abuso sexual, estigma, discriminação, relações de poder, análise interdisciplinar.

Abstract: The funk "150 BPM" features lyrics that explore the sexualization of women, drug use and sexual abuse, generating debates about their relationship with criminal law. Certainly, there are movements to protect the funk movement against discrimination, but the stigma persists, especially in relation to "prohibition" funk. The discussion highlights the importance of considering power relations and underlying social issues, while interdisciplinary analysis is crucial to understanding the funk phenomenon "150 BPM".

Keywords: funk "150 BPM", sexualization, drugs, sexual abuse, stigma, discrimination, power relations, interdisciplinary analysis.

INTRODUÇÃO

Há aproximadamente 40 anos, iniciou-se no Rio de Janeiro um fenômeno cultural que hoje se traduz como um dos estilos musicais mais ouvidos no Brasil²: o *funk*. Apesar de nascido no Rio de Janeiro, o *funk* se expandiu de tal maneira que, não somente atingiu outros estados do país, mas também foi dividido em várias outras espécies, alcançando os mais diversos públicos³.

Como exemplo das variadas espécies de *funk*, tem-se o surgimento do *funk* melody que, diferentemente do *funk* dos bailes do Rio de Janeiro, o qual já se caracterizava por uma batida sonora mais forte e com conteúdo mais explícito; centrava-se em temáticas românticas e sem apelo sexual. Posteriormente, tem-se a

¹ Graduada em Direito na Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Delegada de Polícia do Estado do Rio de Janeiro desde dezembro de 2023.

² Fonte: < <https://canaltech.com.br/musica/spotify-divulga-os-mais-ouvidos-de-2018-funk-e-sertanejo-dominam-no-brasil-128283/> >

³ Fontes: <https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/diversao-e-arte/2017/07/09/interna_diversao_arte,607973/com-pegada-pop-nos-ultimos-anos-o-funk-ainda-tem-seus-expoentes-origi.shtml> <<https://www.nexojornal.com.br/explicado/2017/10/22/Popular-e-perseguido-funk-se-transformou-no-som-que-faz-o-Brasil-dan%C3%A7ar>> Entre outros.



manifestação contemporânea do *funk* ostentação, espécie de *funk* nascida em São Paulo, o qual se destacava pela abordagem a bens materiais e dinheiro. Em meados de 2015, o *funk* ostentação foi substituído pelo o que hoje é conhecido como *funk* ousadia, tendo como os principais músicos desse estilo musical o “Mc Livinho”, “Mc Brinquedo”, “Mc Lan”, “Mc Don Juan”⁴, entre outros.

Enquanto os músicos de São Paulo disseminavam a cultura do seu *funk* para o restante do Brasil e o mundo, no Rio de Janeiro já se observava a formação de um novo fenômeno musical. Ao mesmo tempo em que se buscava manter a tradição dos famosos bailes *funks*, observou-se a introdução de ritmos mais acelerados, modernos e atraentes para a juventude contemporânea, gerando o que hoje se conhece como “*Funk* 150 BPM”. O próprio nome do gênero musical já evidencia o seu primeiro grande diferencial, que é o ritmo acelerado, já que os *funks* anteriores não ultrapassavam 130 BPM (batidas por minuto).

O “150 BPM” iniciou a sua trajetória principalmente nos bailes *funks* da favela Nova Holanda⁵. De início, os eventos eram de pequeno a médio porte, alcançando apenas os moradores e poucos frequentadores de fora da comunidade. Com a expansão do “150 BPM”, tem-se hoje mais de trezentas pessoas envolvidas na criação do baile, o qual se tornou não só mais um evento de lazer para a comunidade, mas um incentivo para a economia local, envolvendo desde os vendedores ambulantes até os produtores de som⁶.

Da Nova Holanda, o “150 BPM” se expandiu para outras favelas e hoje se tem outros bailes *funks* de grande porte, como o “Baile da Colômbia”, que ocorre no Complexo do Lins da Árvore Seca; “Baile da Gaiola”, que ocorre na Penha; “Baile do Santo Amaro” e muitos outros. A partir disso, inevitavelmente, o “150 BPM” deixou de se limitar às comunidades e passou a atingir os públicos de classe média e alta da população do estado do Rio de Janeiro, tornando-se um verdadeiro fenômeno musical que a cada dia mais se expande pelo país⁷.

⁴ Fontes: <<https://vejasp.abril.com.br/cidades/funk-ousadia-ostentacao-livinho-pedrinho-bin-laden/>> <<https://musica.uol.com.br/noticias/redacao/2015/02/26/e-o-que-o-povo-quer-ouvir-diz-produtor-sobre-moda-do-funk-ousadia.htm>> Entre outros

⁵ Fonte: <<https://kondzilla.com/m/seria-o-funk-em-150bpm-uma-nova-direcao-funk-no-rio/#materia>>

⁶ “Por Dentro do Funk 150 BPM”, Produção: Juliana Boscardin Matias Maxx. RIO DE JANEIRO. VICE Brasil. 2018.

⁷ Fonte: https://www.vice.com/pt_br/article/ywexvx/como-o-150-bpm-se-tornou-o-ritmo-dominante-do-funk-carioca

Hoje considerado um dos principais símbolos do “150 BPM”, o “DJ Rennan da Penha” revolucionou o *funk* carioca ao introduzir na rádio com segunda maior audiência da cidade (FM “O dia”) um programa exclusivamente dedicado a esse novo fenômeno musical. Não só isso, como também produziu música que hoje tem mais de duzentas milhões de visualizações no *youtube*⁸. Nesse site, inclusive, é aonde predomina a maioria das músicas do “150 BPM”, já que seria uma plataforma popular e gratuita para atingir todos os demais tipos de públicos ouvintes.

A proporção desse estilo musical torna evidente que o “150 BPM” é um novo fenômeno que merece ser estudado e compreendido pela sua dimensão. O ritmo acelerado destaca essa espécie de *funk*, mas também não é a sua única peculiaridade, como será a seguir analisado.

2. O OBJETO DO ESTUDO: O CONTEÚDO DAS LETRAS DO “150 BPM”

Como mencionado, não é somente o ritmo do “150 BPM” que o destaca perante os demais estilos musicais brasileiros – aqui incluindo também as outras espécies de *funk*. O que chama atenção, também, é a letra de suas músicas. Isso porque a grande maioria das letras que envolvem essa espécie musical é marcada por conteúdo pornográfico explícito voltado principalmente às mulheres⁹.

O “150 BPM” não é o único e nem o primeiro estilo musical a “sexualizar” a imagem da mulher. Desperta também a curiosidade observar que, quanto mais o estilo musical foi se expandindo para além das fronteiras do Rio de Janeiro, mais o conteúdo de seus versos foi sendo amenizado. Porém, primeiramente, é notório que o conteúdo explícito das melodias ainda continua predominante. Além disso, é inegável que durante toda a amplificação desse fenômeno para as demais classes sociais do Rio de Janeiro, as letras ainda não contavam com qualquer tipo de amenização. É por esses dois motivos que vale estudar o conteúdo do “150 BPM” apartado dos demais estilos musicais que também abordam temática semelhante.

Para ilustrar a discussão, vê-se os seguintes trechos de diferentes músicas:

⁸ “Hoje eu vou parar na Gaiola”. Artista: MC Livinho. Produção: Rennan da Penha. Rio de Janeiro. GR6 Filmes. 2018.

⁹ Há, também, muita abordagem ao uso e tráfico de entorpecentes ilícitos. No entanto, o enfoque desse estudo será na questão da sexualidade da mulher.



“Sabota elas porque elas são piranha
Deixa elas doidona de balinha e de maconha
E depois elas fica na onda
E bota pra quica na anaconda”¹⁰ (FP do Trem Bala, 2017)

“Vou socar na tua b***** sem parar
E se você pedir pra mim parar, não vou parar
Porque você que resolveu vir pra base transar
Então vem cá, se você quer, você vai aguentar
(...)
Vai faz a fila
E vem f***
Com três, com seis, dezesseis, sei lá”¹¹ (MC Denny, 2017)

“Taca bebida, depois taca a pi****
E depois abandona na rua”¹² (MC Diguinho, 2018)

“Tá me forjando, tá me forjando
Se tirar print, eu vou postar tu me mamando”¹³ (DJ CABIDE, 2018)

“Deu balinha pra ela, e deixou a novinha louca
Deu balinha pra ela, e deixou a novinha louca
Ou bota a mão, ou bota a mão
Ou bota a boca
Filha da p****, mama essa p****
Ou bota a mão, ou bota a boca”¹⁴ (FP do Trem Bala, 2017)

“To doidona de balinha
O que que aconteceu?
*****, FP que me comeu
Ca****, FP que me comeu”¹⁵ (FP do Trem Bala, 2017)

“Nós sabota o copo dela
Para ela não ficar careta”¹⁶ (FP do Trem Bala, 2017)

“Sobe balão, desce b*****
Baile da colômbia, hoje eu como uma ninfeta”¹⁷ (Kevin o Chris, 2018)

“Eu vou pro baile da gaiola na intenção de ****
Te vejo no baile já chego sarrando
Do jeito que você gosta
Te deixo excitada, te levo pro beco e te tacho a p*****”¹⁸ (Kevin o Chris, 2018)

“Toma sequência de tapa na cara
Toma sequência de tapa na bunda
Senta na ****, vai fazendo o teste
Se for promovida, tu vai pra suruba”* (Mc Marlon, 2018)

¹⁰ TREM BALA, FP. “Sabota elas”. Produção: FP do Trem Bala. Rio de Janeiro. 2017

¹¹ Denny, MC. “Vai, faz a fila”. Produção: DJ Lindão / Canal AFMDIVULGA. Rio de Janeiro. 2017

¹² Diguinho, MC. “Surubinha de leve”. Produção: Selminho DJ. Canal GR6 EXPLODE. Rio de Janeiro. 2018

¹³ DJ Cabide. “MegaSabota Elas”. Produção: DJ Cabide. Rio de Janeiro. 2018

¹⁴ TREM BALA, FP. “Podcast 008”. Produção: FP do Trem Bala. Rio de Janeiro. 2017

¹⁵ TREM BALA, FP. “Podcast 008”. Produção: FP do Trem Bala. Rio de Janeiro. 2017

¹⁶ TREM BALA, FP. “Podcast 008”. Produção: FP do Trem Bala. Rio de Janeiro. 2017

¹⁷ O CHRIS, Kevin. “Sobe balão”. Produção: FP do Trem Bala. Rio de Janeiro. 2018

¹⁸ O CHRIS, Kevin. “Hoje eu vou pro baile da gaiola”. Produção: FP do Trem Bala. Rio de Janeiro. 2018



“No escurinho da favela
Ou no beco da viela
Hoje ela vai me m****
Vou jogar ***** na goela
Que ela vai sentar
No bico do meu AK”¹⁹ (Rennan da Penha, 2017)

“Vem pra CDD
Cheia de marra nessa p****
Mulher que não chupa perde o marido pra outra”²⁰ (FP do Trem Bala, 2017)

“Joga para trás, vê se não se esconde
Hoje você vai dar para o carequinha da freemont”²¹ (Kim Quaresma, 2018)

“Ela veio pro tabajara
Vamos dar prazer para ela
Tapa na cara, puxão de cabelo
Dou tapa na bunda dela
Então vai, Meek, come a ***** dela
Então vai, Enguiça, come a ***** dela
Então vai, Davi, come a ***** dela”²²

A atenta análise do conteúdo das canções justifica a sua problematização. Todas as letras aqui destacadas demonstram que a sexualização da mulher é o tema predominante das músicas do “150 BPM”. Não só isso, como há claras passagens que abordam situações problemáticas, como relações sexuais sob o efeito das drogas ou sem consentimento.

A relação dessas músicas com o direito penal se baseia, principalmente, no crime de “apologia de crime ou criminoso”, previsto no art. 287 do Código Penal. Isso porque o conteúdo do “150 BPM” propaga constantemente situações que enaltecem diversos crimes contra a dignidade sexual da mulher, como o crime de “estupro” (art. 213), “violação sexual mediante fraude” (art. 215), “estupro de vulnerável” (art. 217-A), e “divulgação de cena de estupro ou de cena de estupro de vulnerável, de cena de sexo ou de pornografia” (art. 218-C), todos previstos no Código Penal.

Porém, essa análise não deve ser realizada de maneira apartada da realidade em que essas músicas foram produzidas. É preciso verificar, também, em que contexto essas músicas foram criadas e o que elas representam para o seu público ouvinte.

¹⁹ DJ Rennan da Penha. “No escurinho da favela”. Produção: Rennan da Penha. Rio de Janeiro. 2017

²⁰ TREM BALÁ, FP. “Podcast 008”. Produção: FP do Trem Bala. Rio de Janeiro. 2017

²¹ QUARESMA, JIM. “Podcast 003”. Produção: Kim Quaresma. Rio de Janeiro. 2018

²² Cabelinho, MC. “Enquiça come a ***** dela”. Produção: DJ MEEK. Rio de Janeiro, 2018.

3. ANÁLISE CRÍTICA DO *FUNK* COMO MANIFESTAÇÃO CULTURAL E A SUA REPERCUSSÃO SOCIAL

Ao mesmo tempo em que há esforços sendo empreendidos para a criminalização do *funk*, também é notório os movimentos por sua aprovação diante da sociedade. No dia 14.10.2008, foi apresentado o Projeto de Lei 4.124, que define o *funk* como forma de manifestação cultural. O projeto foi, recentemente, aprovado pela Câmara dos Deputados, aguardando a manifestação do Senado.

O seu texto assegura o *funk* como forma de manifestação cultural, digna de cuidado e proteção por parte do Poder Público. Protege os artistas do *funk* como agentes da cultura popular, tendo seus direitos respeitados e assegurados conforme a legislação. Penaliza, também, qualquer tipo de discriminação, preconceito ou desrespeito, seja de natureza social, racial, cultural ou administrativo, contra o movimento *funk* ou seus integrantes²³.

Como visto, o *funk*, hoje, é um movimento que reúne milhões de jovens todos os fins de semana, apenas na Região Metropolitana do Rio de Janeiro. Entre cantores (MC'S), grupos de dançarinos e DJ's renomados, há milhares em atividade, conhecidos no país e, alguns deles, até no exterior²⁴. O *funk* cresceu tanto no Brasil que, conforme também analisado, há hoje diversas espécies de *funks*, sendo o "150 BPM" apenas uma delas.

Contudo, diferentemente dos *funks* melodys ou pops²⁵, cada vez mais famosos no Brasil, o *funk* "150 BPM" preservou as raízes do "*funk* proibidão". Este, como o próprio nome sugere, é conhecido como a espécie de *funk* cujas letras possuem

²³ Art. 1º Fica definido que o funk constitui forma de manifestação cultural popular, e enquanto tal, digna do cuidado e proteção por parte do Poder Público, na forma da Lei. Art. 2º Os artistas do funk são agentes da cultura popular, e como tais, terão seus direitos respeitados e assegurados conforme a legislação em vigor. Art. 3º Compete ao Poder Público assegurar ao movimento funk a livre realização de suas atividades e de manifestações próprias, como festas, bailes e reuniões, na forma da Lei. Art. 4º Os assuntos relativos ao movimento funk integrarão a pauta de trabalho e de fomento regular dos órgãos públicos ligados à cultura, submetendo-se às mesmas normas regulatórias de manifestações de natureza similar. Parágrafo único - Qualquer tipo de discriminação, preconceito ou desrespeito, seja de natureza social, racial, cultural ou administrativo, contra o movimento funk ou seus integrantes, submeter-se-á às penas da Lei. Art. 5º Compete ao poder público assegurar as condições para democratização da produção e veiculação musical do funk, de modo a minimizar o monopólio e a cartelização desse gênero musical. Art. 6º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

²⁴ Justificação do Projeto de Lei 4.124/08. Disponível em:

<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=63F60C69FCB6EA0AA6F511B413268BD.proposicoesWebExterno2?codteor=603853&filename=PL+4124/2008>

²⁵ São espécies de funks cujas letras, normalmente, possuem o seu conteúdo amenizado. Não há palavrões ou qualquer referência a práticas criminosas. Exemplo de cantora dessa espécie de funk é a Ludmilla, que possui, além de uma carreira consolidada no Brasil, mais de 5 milhões de inscritos no seu canal do youtube. Ademais, seus cliques possuem mais de 200 milhões de visualizações. Fonte: <<https://www.youtube.com/user/OficialLudmilla/videos>>

palavrões e abordam práticas criminosas. Agora, buscar entender o processo histórico do “*funk* proibidão” é fundamental para se analisar a repercussão do “150 BPM” nos dias atuais.

Os primeiros *funks* surgiram na década de 90²⁶, em quadras e clubes próximos às periferias. Os bailes, pontualmente, eram fomentados por uma agressividade que resultava em violência. Alguns eram destinados às brigas, recebendo a nomenclatura de bailes de corredor. Era normal que essas brigas terminassem em morte ou causassem danos permanentes à integridade física dos garotos favelados que participavam²⁷.

Ademais, os conflitos passaram a abranger outros ambientes para além dos bailes, fato que tornou os eventos documentados pela imprensa. Exemplo dessa situação foi o arrastão de 1992, assim descrito pela jornalista Janaína Medeiros:

O divisor de águas na história do funk foi o Mês de outubro de 1992. Facções rivais de jovens funkeiros se encontraram na Praia do Arpoador e reproduziram ali, em pleno asfalto, em plena luz do dia, os rituais de luta dos bailes de briga. Isso sob o olhar chocado de uma elite que desconhecia esse universo e correu em pânico- achando se tratar de assalto. No dia seguinte, fotos ocupavam as primeiras páginas dos jornais em todo o país e ganhavam manchetes no mundo. O episódio ficou popularmente conhecido como arrastão. Mal-interpretado como um levante de assaltantes, o fato ainda agregou ao termo funkeiro uma conotação de violência²⁸.

A cobertura da imprensa acerca desse episódio assustou a sociedade, marginalizando o *funkeiro* diante da opinião pública. Desde então, ocorreram diversas proibições e restrições aos bailes *funks* por parte do governo. Com essa crescente marginalização do baile, este passou a ser acolhido pelos líderes criminosos dos morros, nas próprias ruas das comunidades. Surge, então, o *funk* “proibidão”²⁹. As suas letras delineavam um conjunto de fatores transgressores, se distanciando da cultura dominante à época³⁰.

²⁶ BESCHIZZA, Christian Barcelos Carvalho Lima. “Uma Introdução ao funk carioca: trajetória inicial e um guia bibliográfico para futuras pesquisas”. PIVICMG2013-LLA007. 2004. P. 9

²⁷ BESCHIZZA, Christian Barcelos Carvalho Lima. “Uma Introdução ao funk carioca: trajetória inicial e um guia bibliográfico para futuras pesquisas”. PIVICMG2013-LLA007. 2004. P. 10

²⁸ MADEIROS, Janaína. Funk carioca: Crime ou Cultura? O som que dá medo. E prazer. São Paulo: Editora Terceiro Nome, 2006. P. 54

²⁹ BESCHIZZA, Christian Barcelos Carvalho Lima. “Uma Introdução ao funk carioca: trajetória inicial e um guia bibliográfico para futuras pesquisas”. PIVICMG2013-LLA007. 2004. P. 11

³⁰ FACINA, Adriana.... Tamborzão: olhares sobre a criminalização do funk. 1. Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013. P. 36



Interessante observar que, ao mesmo tempo em que proibiam os bailes nos clubes, as festas na Zona Sul do Rio de Janeiro, que abrigavam as figuras dos *pitboys* (homens de grande porte físico que habitualmente se envolviam em brigas), não se tornaram alvo de medidas proibitivas. As ações voltadas aos jovens da periferia se destinavam à repressão, enquanto para os jovens da Zona Sul, as confusões em boates eram individualizadas e as ações se voltavam para o campo psicológico³¹.

À época, o Brasil adotava uma política econômica de intervenção estatal mínima e, conseqüentemente, houve a diminuição de suas políticas sociais. Diante disso, surgiu uma grande produção de leis criminalizadoras, agravando a seletividade do sistema penal brasileiro. Nesse cenário, a produção cultural dos pobres se tornou um caos social, sendo o estilo musical *funk* associado diretamente à criminalidade³².

No judiciário, a primeira repercussão do *funk* “proibidão” ocorreu em 2004. Foi enviada, pela Associação Brasileira de Jornalismo Investigativo, correspondência ao Ministério Público Federal, objetivando a apuração de músicas “proibidas” divulgadas na internet, alertando sobre casos de pedofilia envolvendo o *funk*. A Procuradoria da República declarou sua incompetência, encaminhando à Procuradoria do Estado do Rio de Janeiro um ofício indicando uma possível ocorrência de apologia ao crime ou criminoso. Após diligências realizadas pela Delegacia de Polícia, foi instaurado o inquérito policial 593/2004³³. Porém, o inquérito não visou apurar o crime de apologia, mas sim a prática de associação ao tráfico de drogas, crime de maior potencial ofensivo e equiparado a hediondo³⁴.

As notícias veiculadas na imprensa acerca desse inquérito passaram a legitimar diversas operações policiais e a incentivar a instauração de outros procedimentos versando sobre o mesmo assunto. O *funk* e os seus cantores passaram a ser perseguidos pela mídia e discriminados pela opinião pública³⁵.

³¹ FACINA, Adriana.... Tamborzão: olhares sobre a criminalização do funk. 1. Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013. P. 37

³² FACINA, Adriana.... Tamborzão: olhares sobre a criminalização do funk. 1. Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013. P. 39

³³ Depois de mais de 4 anos desde a instauração do inquérito policial, o Ministério Público se manifestou pelo entendimento de que o crime em questão se adequara mais ao delito de apologia. Tendo em vista a pena máxima desse crime ser de seis meses, foi requerido pelo parquet o reconhecimento da prescrição e o processo foi arquivado.

³⁴ FACINA, Adriana.... Tamborzão: olhares sobre a criminalização do funk. 1. Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013. P. 45

³⁵ FACINA, Adriana.... Tamborzão: olhares sobre a criminalização do funk. 1. Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013. P. 45

Então, vê-se que o *funk* “proibidão” é rejeitado pela sociedade desde os seus primórdios. Sendo o “150 BPM” uma versão moderna dos proibidões, sua associação direta à criminalidade, principalmente ao tráfico de drogas e aos crimes sexuais, contribui para a sua estigmatização, que ainda possui reflexos para os seus cantores, DJs e produtores.

Contudo, o *funk* não é o único estilo musical cujas letras abordam crimes contra dignidade sexual. Veja-se, para fins de exemplo, as seguintes letras:

“Desculpe a visita, só vim te falar
Tô afim de você e se não tiver “cê” vai ter que ficar
[...]
Vai namorar comigo sim
Vai por mim igual nós dois não tem
Se reclamar “cê” vai casar também”³⁶

“O quê o que que essa criança tá fazendo aí toda mocinha?
Vê, já sabe rebolar, e hoje em dia quem não sabe
Se ela der mole eu juro que eu não faço nada
Dá cadeia e é contra o costume
(...)
Me dê agora seu telefone, outro dia a gente se liga
Eu quero te levar pra onde dá um frio na barriga
Me fala a verdade, quantos anos você tem?
Eu acho que com a sua idade
Já dá pra brincar de fazer neném”³⁷

“Você passa por mim, finge que não me vê
Eu fico aqui sonhando, apaixonado por você
Que não olha pra mim, que nunca me dá bola
Tô me acabando todo enquanto você rebola
(...)
Mas se um dia você vacilar
E eu chegar bem perto de você
Vou prender você na minha rede
Você vai ver o que é que eu vou fazer
Eu vou pegar você e tãe, tãe, tãe, tãe
Eu vou morder você todinha
Eu vou pegar você e tãe, tãe, tãe, tãe
Vou dar tapinha na bundinha”³⁸

Todas essas músicas são cantadas por homens brancos e em contexto diverso dos bailes *funks* e, apesar de abordarem situações de estupro e de estupro de vulnerável, nunca foram objeto de tamanha discussão acerca de sua criminalização. Isso ocorre porque não existem condutas naturalmente proibidas. O que é considerado crime depende dos valores culturais predominantes no momento. Assim

³⁶ Henrique e Juliano. “Vidinha de Balada”. Produção: Globo Comunicação e Participações S.A... 2017.

³⁷ Raimundos. “Me Lambe”. Produção: WMG ... Álbum: “Só no Forevis”. 1999.

³⁸ Munhoz e Mariano. “Eu vou pegar você e tãe”. Produção: UBEM Álbum: Festeja. 2014.

é com o consumo de drogas, com o aborto, com o casamento gay e com diversas outras práticas sociais aceitas em determinados contextos e rejeitadas em outros³⁹.

Howard S. Becker, ao estudar a sociologia do desvio, observa que todos os grupos sociais criam regras e buscam impô-las. Essas regras sociais padronizam situações e comportamentos a ela apropriados, de maneira a proibir ações que as contrariem. Nesse sentido, quando uma regra é imposta, a pessoa que presumivelmente a infringiu pode ser vista como um tipo especial, os chamados *outsiders*. Contudo, os *outsiders* podem possuir uma visão diferente. A partir do momento em que não aceitam a regra pela qual estão sendo julgados e não identificam aqueles que a criam como legitimados a fazê-lo; aquele que infringe a regra pode entender que aqueles que a impõem são *outsiders*⁴⁰.

A ideia de *outsider* é, então, sempre referenciada socialmente. O rótulo de desviante depende de uma regra instituída por determinado grupo e seu poder de impor esta regra à sociedade. Trata-se, antes de mais nada, de relações de poder⁴¹. Gilberto Velho, reprodutor brasileiro do estudo do desvio, complementa a ideia de desviante a partir do conceito de *anomie*. Esse conceito parte do pressuposto de que todas as sociedades apresentam objetivos e meios de realizar objetivos legítimos para todos os seus membros, incluindo os “diversamente localizados”. Contudo, podem existir sociedades em que há um desequilíbrio entre os objetivos e meios. Há, nesse caso, uma tensão entre o valor de objetivos em comparação com a pouca preocupação com os meios institucionalmente recomendados para atingi-los. A partir desse momento, tem-se uma sociedade instável e mal-integrada, em situação de *anomie*⁴².

Além da teoria da *anomie*, o grupo dos chamados interacionistas entende que não existem desviantes em si mesmos, mas sim uma relação entre atores (indivíduos e grupos) que acusam outros de romperem comportamentos, limites e valores de determinada situação sociocultural. Seria um confronto entre acusadores e acusados. Assim, o desvio, por ser criado por determinados grupos sociais, não é uma qualidade

³⁹ FACINA, Adriana.... Tamborão: olhares sobre a criminalização do funk. 1. Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013. P. 51

⁴⁰ BECKER, Howard Saul. Outsiders: estudos de sociologia do desvio. Tradução: Maria Luiza X. de Borges. 1. Ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar. Ed. 2.008 P. 9

⁴¹ FACINA, Adriana.... Tamborão: olhares sobre a criminalização do funk. 1. Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013. P. 52

⁴² VELHO, Gilberto, organizador. Desvio e divergência: uma crítica da patologia social. 8 ed. – Rio de Janeiro: Jorge Zahar. 2003. P. 13-14

do ato que a pessoa realizou, mas sim a consequência da aplicação por outrem de regras e sanções ao transgressor. Assim, certos grupos realizam uma leitura acerca do sistema sociocultural e, em função de sua posição, experiência e interesses, estabelecem regras cuja infração gera o comportamento desviante⁴³.

Gilberto Velho defende, enfim, que o desviante não é o indivíduo excluído de determinada cultura, mas sim que realiza uma leitura divergente dela. Contudo, ele não será sempre desviante, pois isso dependerá do grupo e das relações de poder ali existentes. Existem áreas de comportamento em que será considerado como um cidadão comum, mas em outras irá divergir dos valores dominantes. Isso é resultado do caráter desigual, contraditório e político de todo sistema sociocultural⁴⁴.

O estudo do desvio é de suma importância para compreender o porquê do *funk* “150 BPM” e os demais tipos de *funks* “proibições” ocasionarem tanta polêmica e horror, em detrimento de outros estilos musicais que abordam temáticas muito semelhantes. Deve-se, para tanto, buscar analisar as relações de poder existentes na nossa sociedade que concedem ao *funk* essa conotação negativa.

Viu-se que a imprensa e as forças policiais atribuíram aos bailes *funks* o rótulo de ambientes cuja violência ameaça a ordem urbana. No entanto, a violência não ocorre apenas nos bailes *funks*, mas sim em qualquer tipo de aglomeração, sobretudo as que envolvem a juventude, como jogos de futebol, micaretas, festas em boates de classe média, blocos de carnaval, *réveillon* de Copacabana, entre outros⁴⁵.

O problema, então, não parece ser do *funk*, mas sim de quem o produz: jovens negros e favelados. O julgamento do DJ Rennan da Penha é só mais um exemplo da política de criminalização voltada prioritariamente para esse grupo social. Em geral, os processos de apreensão de drogas que se referem a jovens negros se relacionam às famílias “desestruturadas”, às “atitudes suspeitas”, ao “meio ambiente pernicioso à sua formação moral”, à “ociosidade”, à “falta de submissão”, ao “brilho no olhar” e ao desejo de status “que não se coaduna com a vida de salário mínimo”⁴⁶. Os dados

⁴³ VELHO, Gilberto, organizador. Desvio e divergência: uma crítica da patologia social. 8 ed. – Rio de Janeiro: Jorge Zahar. 2003. P. 24

⁴⁴ VELHO, Gilberto, organizador. Desvio e divergência: uma crítica da patologia social. 8 ed. – Rio de Janeiro: Jorge Zahar. 2003. P. 27-28.

⁴⁵ FACINA, Adriana.... Tamborão: olhares sobre a criminalização do funk. 1. Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013. P. 59

⁴⁶ BATISTA, Vera Malaguti. A juventude e a questão criminal no Brasil. In: José Luiz Quadros de Magalhães; Maria José G. Salum; Rodrigo T. Oliveira. (Org.). Mitos e Verdades sobre a Justiça Infanto-Juvenil Brasileira: Por que somos contrários à Redução da Maioridade Penal. 1ed.Brasília: CFP, 2015, v. 1, p. 21-30.

carcerários também refletem essa seletividade: de acordo com o Infopen (sistema de informações estatísticas do sistema penitenciário brasileiro), o Brasil tem aproximadamente 700.000 mil encarcerados. Entre eles, são 61,7% pretos ou pardos. Ainda, de acordo com o Departamento Penitenciário Nacional, 75% dos encarcerados possuem até o ensino fundamental completo, sendo um indicador de baixa renda⁴⁷.

No cenário político atual, em que discursos conservadores ganham cada vez mais entonação, o “combate ao inimigo” se torna ainda mais evidente.

O atual inimigo da opinião popular é o chamado “traficante”, cuja identidade cultural e territorial é fortemente associada ao *funk*, especialmente ao “proibidão”. Essa escolha, tal como demonstra a história, é fruto também do retorno da valorização da política neoliberal. O Estado de Bem Estar Social é novamente substituído pelo Estado Penal que, ao invés de enxergar a pobreza como um problema a ser resolvido por meio de políticas sociais para reduzir as desigualdades; destina aos pobres uma política repressiva, caracterizada por medidas punitivas cada vez mais rígidas⁴⁸. Complementa, ainda, Adriana Facina:

A associação entre artistas do *funk* e “traficantes” como heróis da juventude favelada não é casual. O perfil sociológico de ambos é o mesmo de qualquer jovem de favela. A construção da imagem do “traficante” como ameaça à sociedade, substituindo outros estereótipos, tais como o de “comunista”, cria um novo inimigo que justifica a continuidade da opressão do povo pobre em novos marcos. O próprio termo “traficante”, largamente utilizado para nomear o comercial varejista de drogas que atua nas favelas, superdimensiona o papel dos bandidos locais num comércio internacional que envolve substância ilícitas e armamentos que não são produzidos nas comunidades pobres⁴⁹.

Então, de acordo com essa construção ideológica, o estereótipo de bandido se traduz na figura do jovem negro, favelado, “*funkeiro*” e próximo do tráfico de drogas. Sendo o *funk* expressão cultural advinda das favelas, marcando identidades, estilo de vestir e linguagens próprias, ele também será objeto de criminalização e estigma, tanto do poder público quanto da mídia corporativa⁵⁰.

⁴⁷ Os dados levantados pelo Infopen são de 2018, enquanto os dados do Departamento Penitenciário Nacional são de 2014. Fonte: < <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/noticias/sistema-carcerario-brasileiro-negros-e-pobres-na-prisao> >

⁴⁸ FACINA, Adriana.... Tamborão: olhares sobre a criminalização do funk. 1. Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013. P. 61

⁴⁹ FACINA, Adriana.... Tamborão: olhares sobre a criminalização do funk. 1. Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013. P. 64

⁵⁰ FACINA, Adriana.... Tamborão: olhares sobre a criminalização do funk. 1. Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013. P. 65-66.

Se os *funkeiros* já são naturalmente associados à criminalidade, o “150 BPM” é a atual confirmação desse estigma. Assim, cantar situações recorrentes nas comunidades, como o tráfico, a sexualidade exacerbada e o próprio abuso contra as mulheres se transforma em crime quando quem canta é visto como criminoso, e não como artista⁵¹. Segundo Adriana Facina:

A permissão de narrar essas experiências não é concedida para aqueles que a experimentam em seu cotidiano, pois a narrativa se transforma em crime ao ser identificada a uma verdade absoluta, sem mediações. (...) Cantar “como se fosse” bandido vira “ser bandido”. Narrar histórias se torna confessar crimes. A permissão de narrar, assim como as definições do que é ou não proibido, também não está distribuída igualmente na sociedade.

É diante de todo esse paradigma que as canções de autoria branca, ao narrar as mesmas histórias de violência contra a mulher, não são vistas como criminosas. Para a sociedade, esses cantores são artistas e cidadãos de bem. O problema das letras de suas músicas se torna uma exceção pouco discutida, enquanto a canção em si é amplamente difundida nas rádios brasileiras.

Todas as estatísticas comparativas entre os moradores das favelas e a classe média e alta permitem concluir que, se a instituição de regras sociais e a definição de seus desviantes dependem das relações de poder, são os últimos que ditam as regras e criam seu próprio inimigo. A sociedade brasileira vive, de fato, em estado de *anomie*, uma vez que, a despeito de estar governada por uma Constituição assistencialista, as desigualdades são cada vez mais latentes, em consonância com as poucas políticas públicas efetivas para reduzi-las.

Assim, se os brancos ditam as regras, também irão definir quais expressões culturais são verdadeiramente artísticas e quais são proibidas. Considerando que tanto o *funk* “150 BPM” quanto as músicas ora analisadas retratam o mesmo cenário de abuso sexual; o desvio, então, não é caracterizado pelas letras, e sim pela música potente, entoada por vozes não autorizadas e num contexto no qual não se pode ignorar a violência cotidiana necessária para manter funcionando uma sociedade como a que vivemos⁵².

⁵¹ FACINA, Adriana.... Tamborão: olhares sobre a criminalização do funk. 1. Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013. P. 67.

⁵² FACINA, Adriana.... Tamborão: olhares sobre a criminalização do funk. 1. Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013. P. 69.



4. CONCLUSÃO

A análise das letras do funk "150 BPM" revela uma narrativa marcada pela sexualização da mulher e pela abordagem de situações problemáticas, como o consumo de drogas e o abuso sexual. Essa temática suscita debates sobre a relação entre a produção cultural e o direito penal, especialmente no que diz respeito ao crime de apologia de crime ou criminoso.

A aprovação do Projeto de Lei 4.124, que reconhece o funk como forma de manifestação cultural, reflete uma tentativa de proteger os artistas e integrantes desse movimento contra discriminação e preconceito. No entanto, a estigmatização persiste, especialmente em relação ao funk "150 BPM" e ao funk "proibidão", cujas letras são frequentemente associadas à criminalidade.

A discussão sobre o estigma e a criminalização do funk "150 BPM" e de outros estilos de funk "proibidão" destaca a importância de considerar as relações de poder e as questões sociais subjacentes. A análise sociológica do desvio ajuda a compreender como determinados grupos sociais são rotulados como desviantes, enquanto outros têm suas práticas culturais aceitas e legitimadas pela sociedade.

Em última análise, a compreensão do fenômeno do funk "150 BPM" requer uma análise interdisciplinar que leve em conta não apenas as questões culturais e musicais, mas também as dinâmicas sociais, políticas e jurídicas que influenciam sua produção, recepção e interpretação.



REFERÊNCIAS

BATISTA, Vera Malaguti. A juventude e a questão criminal no Brasil. In: José Luiz Quadros de Magalhães; Maria José G. Salum; Rodrigo T. Oliveira. (Org.). Mitos e Verdades sobre a Justiça Infanto-Juvenil Brasileira: Por que somos contrários à Redução da Maioridade Penal. 1ed.Brasília: CFP, 2015, v. 1, p. 21-30.

BESCHIZZA, Christian Barcelos Carvalho Lima. “Uma Introdução ao funk carioca: trajetória inicial e um guia bibliográfico para futuras pesquisas”. PIVICMG2013-LLA007. 2004.

BRASIL. Justificação do Projeto de Lei 4.124/08. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=63F60C69FCB6EA0AAA6F511B413268BD.proposicoesWebExterno2?codteor=603853&filename=PL+4124/2008>

BECKER, Howard Saul. Outsiders: estudos de sociologia do desvio. Tradução: Maria Luiza X. de Borges. 1. Ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar. Ed. 2008.

CABELINHO, MC. “Enquiça come a **** dela”. Produção: DJ MEEK. Rio de Janeiro, 2018.

CÂMARA. Os dados levantados pelo Infopen são de 2018, enquanto os dados do Departamento Penitenciário Nacional são de 2014. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/noticias/sistema-carcerario-brasileiro-negros-e-pobres-na-prisao>>.

CANAL TECH. Disponível em:< <https://canaltech.com.br/musica/spotify-divulga-os-mais-ouvidos-de-2018-funk-e-sertanejo-dominam-no-brasil-128283/>>

CORREIO BRAZILIENSE. Disponível em: <https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/diversao-e-arte/2017/07/09/interna_diversao_arte,607973/com-pegada-pop-nos-ultimos-anos-o-funk-ainda-tem-seus-expoentes-origi.shtml>

DENNY, MC. “Vai, faz a fila”. Produção: DJ Lindão / Canal AFMDIVULGA. Rio de Janeiro. 2017.

DIGUINHO, MC. “Surubinha de leve”. Produção: Selminho DJ. Canal GR6 EXPLODE. Rio de Janeiro. 2018

DJ Cabide. “MegaSabota Elas”. Produção: DJ Cabide. Rio de Janeiro. 2018



DJ Rennan da Penha. “No escurinho da favela”. Produção: Rennan da Penha. Rio de Janeiro. 2017.

FACINA, Adriana. Tamborzão: olhares sobre a criminalização do funk. 1. Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

HENRIQUE E JULIANO. “Vidinha de Balada”. Produção: Globo Comunicação e Participações S.A... 2017.

KONDZILLA. Disponível em: <<https://kondzilla.com/m/seria-o-funk-em-150bpm-uma-nova-direcao-funk-no-rio/#materia>>

MADEIROS, Janaína. Funk carioca: Crime ou Cultura? O som que dá medo. E prazer. São Paulo: Editora Terceiro Nome, 2006.

MC Livinho. “Hoje eu vou parar na Gaiola”. Produção: Rennan da Penha. Rio de Janeiro. GR6 Filmes. 2018.

MAXX, Juliana Boscardin Matias. “Por Dentro do Funk 150 BPM”. RIO DE JANEIRO. VICE Brasil. 2018.

MUNHOZ E MARIANO. “Eu vou pegar você e tãe”. Produção: UBEM Álbum: Festeja. 2014.

NEXO JORNAL. Disponível em: <<https://www.nexojornal.com.br/explicado/2017/10/22/Popular-e-perseguido-funk-se-transformou-no-som-que-faz-o-Brasil-dan%C3%A7ar>>

O CHRIS, Kevin. “Sobe balão”. Produção: FP do Trem Bala. Rio de Janeiro. 2018.

_____. “Hoje eu vou pro baile da gaiola”. Produção: FP do Trem Bala. Rio de Janeiro. 2018

QUARESMA, JIM. “Podcast 003”. Produção: Kim Quaresma. Rio de Janeiro. 2018.

RAIMUNDOS. “Me Lambe”. Produção: WMG ... Albúm: “Só no Forevis”. 1999.

TREM BALÁ, FP. “Sabota elas”. Produção: FP do Trem Bala. Rio de Janeiro. 2017.

_____. “Podcast 008”. Produção: FP do Trem Bala. Rio de Janeiro. 2017.

VEJA. Disponível em: <<https://vejasp.abril.com.br/cidades/funk-ousadia-ostentacao-livinho-pedrinho-bin-laden/>>



VELHO, Gilberto, organizador. Desvio e divergência: uma crítica da patologia social. 8 ed. – Rio de Janeiro: Jorge Zahar. 2003.



POSSIBILIDADE DE DISCUSSÃO DA CAUSA DEBENDI NA COBRANÇA DE CHEQUE – UMA ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

POSSIBILITY OF DISCUSSING THE DEBENDI CAUSE IN CHECK COLLECTION – AN ANALYSIS OF THE JURISPRUDENCE OF THE SUPERIOR COURT OF JUSTICE

Bruna Hayar Fuscella¹

Resumo: Esse artigo parte da definição de títulos de crédito, perpassando por suas características principais – cartularidade, abstração e autonomia – para discutir a sua aplicabilidade ao cheque que é título de crédito típico. O objetivo principal é verificar na Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça as possibilidades de relativização do princípio da autonomia, analisando em quais casos se mostra legítima a discussão da causa debendi do cheque.

Palavras-Chave: Cheque. Causa debendi. Autonomia.

Abstract: This article starts with the definition of credit instruments, going through their main characteristics - title, abstraction, and autonomy - to discuss their applicability to the check, which is a typical credit instrument. The main objective is to verify in the case law of the Superior Tribunal de Justiça the possibilities of relativizing the principle of autonomy, analyzing in which cases the discussion of the causa debendi of the check is legitimate.

Keywords: Check. Causa debendi. Autonomy.

I. TÍTULOS DE CRÉDITO: UMA

O conceito clássico de título de crédito foi elaborado por CESARE VIVANTE², segundo o qual: “(...) título de crédito é o documento necessário para o exercício do direito, literal e autônomo, nele mencionado.”

O art. 887 do Código Civil baseado nessa definição, dispõe que o que título de crédito é o documento necessário ao exercício do direito literal e autônomo nele contido e somente produz efeito quando preencha os requisitos da lei.

Assim, o Código Civil traz para o próprio conceito de título de crédito a necessidade de preenchimento dos requisitos legais.

¹ Advogada Sócia do Escritório Buccioli, Braz de Oliveira & Agostinho Advogados Associados, formada pela Faculdade de Direito do Largo de São Francisco – USP, brunahayarfuscella@gmail.com.

² VIVANTE, Cesare. *Trattato di diritto commerciale*, Imprenta: Milano, F. Vallardi, 1934. pp. 63 e 164.

Em relação à importância dos Títulos de Crédito TULLIO ASCARELLI é enfático ao afirmar que são eles que permitem a mobilização de riquezas no mundo moderno³.

Assim, o título de crédito surge como um mecanismo de circulação de receita. A regulamentação jurídica de uma criação realizada por comerciantes. Serve, justamente, para facilitar a circulação de crédito.

Para possibilitar que os títulos de crédito cumpram o seu papel (circulação de riquezas), os eles são regidos por alguns princípios⁴: cartularidade, autonomia e literalidade.

O princípio da cartularidade é aquele que exige que o título de crédito seja apresentado para o exercício do direito dele resultante. Ou seja, ele perfectibiliza o crédito. A apresentação da cártula é suficiente e necessária para o exercício do direito dela resultante.

Importante destacar que no atual estágio de desenvolvimento da sociedade, há a proliferação de títulos de créditos eletrônicos, que passam por uma desmaterialização.

Isso não quer dizer, no entanto, que eles perdem essa característica da cartularidade, no entanto, ela se apresenta de uma outra forma, de modo escritural.

A literalidade do título de crédito é no sentido de que só tem validade o que está estampado no título de crédito. Assim, não se pode inferir nenhuma informação do texto do título. Vê-se a importância da clareza que deve ter seu conteúdo.

Consequentemente, todas as informações pertinentes e de alguma relevância ao título devem ser adicionadas em seu corpo, tais como o aval e o endosso.

Finalmente, segundo o princípio da autonomia os vícios que comprometem uma relação jurídica base não se espraiam para o título de crédito. É como se ele se “descolasse” da relação original, podendo circular sem vícios.

Em outras e melhores palavras, o princípio da autonomia “é uma garantia de negociabilidade do título, na medida em que a pessoa que o adquire não precisa saber se o credor anterior teria ou não direito de receber o valor do título”⁵.

³ “graças aos títulos de crédito pode o mundo moderno mobilizar as próprias riquezas; graças a eles o direito consegue vencer tempo e espaço, transportando, com a maior facilidade, representados nestes títulos, bem distantes e materializando, no presente, as possíveis riquezas futuras” (ASCARELLI, Tullio. Teoria geral dos títulos de crédito, RED Livros, 1999, p. 33).

⁴ A doutrina não é unânime a respeito do termo “princípios”, há quem os chame de características, atributos ou até requisitos essenciais. No entanto, o STJ tem usado o termo princípio para se referir aos enunciados (STJ, REsp 1334464/RS, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/03/2016, DJe 28/03/2016).

⁵ TOMAZETTE, Marlon. Curso de Direito Empresarial. V 2. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 34.

O princípio da autonomia se subdivide em outros dois princípios (a) o da abstração e (b) o da inoponibilidade das exceções pessoais aos terceiros de boa-fé (Art. 25 da Lei do Cheque - Lei 7.357/85).

Por abstração entende-se que o título é independente do negócio jurídico que o originou e disso decorre justamente o subprincípio da inoponibilidade das exceções pessoais aos terceiros de boa-fé, pois se o título circula independentemente da causa que o gerou, não seria razoável que terceiros de boa-fé sofressem com a oposição de exceções em relação ao negócio subjacente.

Assim, é possível afirmar que o título de crédito é dotado de três características ou princípios: (i.) cartularidade – a necessidade de apresentação do título para exercer os direitos dele decorrentes; (ii.) literalidade – só é válido o que está disposto no próprio título e (iii.) autonomia – o título de descola da relação jurídica subjacente (abstração), sendo inoponíveis exceções aos terceiros de boa-fé.

II. O CHEQUE

O cheque é um título de crédito nominado, regido por lei própria e pode ser definido como a ordem de pagamento à vista, emitida contra um banco, em razão de fundos que o emitente possui junto ao sacado (Arts. 3º e 4º da Lei nº 7.357/85).

Segundo o Superior Tribunal de Justiça “o cheque é ordem incondicional de pagamento à vista, emitida por uma pessoa (emitente ou sacador) contra um Banco ou instituição que por lei lhe é equiparada (sacado), para que este pague uma determinada quantia a alguém (beneficiário ou tomador), lastreada em fundos que o emitente mantém depositado junto ao sacado.”⁶

Assim, como título de crédito típico, a ele se aplicam todos os princípios dos títulos de crédito, como a cartularidade, literalidade e autonomia.

O prazo de apresentação do cheque será de 30 dias, tratando-se de cheque da mesma praça; 60 dias, tratando-se de cheques de praças diferentes. O termo inicial para a contagem do prazo de prescrição do cheque é a expiração do prazo de apresentação citado anteriormente, que será de seis meses⁷.

⁶ STJ, REsp 1677772/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 14/11/2017, DJe 20/11/2017

⁷ Art. 59 Prescrevem em 6 (seis) meses, contados da expiração do prazo de apresentação, a ação que o art. 47 desta Lei assegura ao portador.

Após esse período não será possível mais executar diretamente o cheque, sendo cabível, no entanto, ação monitória, ação de locupletamento ilícito e ação de cobrança.

Em se tratando de uma execução, sendo indubitavelmente o cheque um título de crédito, tendo ele circulado ele é autônomo e não é possível, como regra geral, falar em oposição de vícios do negócio jurídico a ele relacionado⁸.

No entanto, como todos os princípios, o da autonomia também não é absoluto, de modo que nesse trabalho, busca-se analisar em que situações o Superior Tribunal de Justiça afasta a autonomia do cheque.

III. AÇÃO MONITÓRIA

Após o transcurso do prazo prescricional, o cheque não será mais considerado título executivo; porém, como título monitório, poderá consubstanciar prova escrita para o ajuizamento da ação monitória.

A questão que se coloca é a seguinte: após o transcurso do prazo de seis meses, uma vez que não é mais cabível a execução do cheque, é possível a discussão de sua causa debendi? Ao cheque prescrito aplica-se o princípio da autonomia?

O enunciado da súmula 531 do Superior Tribunal de Justiça afirma: “em ação monitória fundada em cheque prescrito, ajuizada contra o emitente, é dispensável a menção ao negócio jurídico subjacente à emissão da cártula”.

Uma leitura superficial dessa súmula poderia levar a crer que na ação monitória não poderia haver discussão da causa debendi.

No entanto, esse não parece ser o entendimento do Superior Tribunal de Justiça que entende que para casos de cobrança de Cheques prescritos não cabe

⁸ “O art. 25 da LC consagra o princípio da inoponibilidade, pelo obrigado, das exceções fundadas em relações pessoais, apenas quando for demandado por terceiro de boa-fé. Este princípio visa a facilitar a circulação do título, ao proteger o terceiro adquirente de boa-fé, e resulta a autonomia das obrigações cambiárias. Por outro lado, o terceiro adquire direito originário, novo e autônomo, e não direito derivado (o mesmo direito do endossante), e, por essa razão, as relações pessoais entre os obrigados não se acumulam durante a circulação do título. Terceiro de má-fé é aquele que adquire o título conscientemente em detrimento do devedor, ou melhor, que tem conduta cambiariamente desonesta. Em outras palavras, age com má-fé o portador que adquire o cheque ciente das exceções pessoais que poderiam ser arguidas pelo devedor se o título não circulasse e, por isso, é sancionado pela lei. Em resumo, o devedor cambiário pode invocar a causa debendi quando acionado pelo credor com quem se relaciona diretamente no nexo cambiário ou por terceiro adquirente de má-fé. Não pode quando demandado por terceiro de boa-fé (LUIZ EMYGDIO FRANCO DA ROSA JUNIOR, Títulos de crédito. 8 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 654).



falar, simploriamente, em uma suposta “autonomia do Título”, e tampouco prospera a pretensão de cobrança se não demonstrada a origem da dívida.

Ou seja, em que pese a possibilidade de ajuizamento de ação monitória com base em títulos prescritos, sem que se traga no bojo dessa ação menção ao negócio jurídico subjacente à cartula (súmula 531 do STJ) tal fato não impede que, em sede de Embargos Monitórios, se discuta a causa debendi, de forma a se demonstrar que os valores constantes do Cheque não seriam devidos.

Isso porque, a prescrição do título lhe retira a característica de título executivo. O que será discutido no caso concreto é a cobrança dos valores devidos no negócio jurídico, servindo o título apenas como início de prova.

O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do 1.669.968/RO, de relatoria da Exma. Ministra Nancy Andrighi, afirmou que “prescrito o cheque, não há mais que se falar em manutenção das suas características cambiárias, tais quais a autonomia, a independência e a abstração. Inclusive, em razão da prescrição do título de crédito, a pretensão fundar-se-á no próprio negócio subjacente, inviabilizando a propositura de ação de execução”.

Mesmo porque conforme dispõe o **§ 1º do Art. 702 do CPC**, os Embargos Monitórios “podem se fundar em matéria passível de alegação como defesa no procedimento comum”; logo, neles pode se discutir --- por meio de amplíssima cognição --- a própria Relação Jurídica sintetizada na Cártula.

Com efeito, a prescrição do cheque gera a perda de sua cambiariedade, autonomia e abstração. Por isso, em razão da perda de sua executividade e de sua cambiariedade, não lhe são aplicáveis as disposições normativas dos Títulos de Crédito. Resultam inaplicáveis à hipótese os Arts. 915 e 916 do CC, bem como o Art. 25 da Lei do Cheque.

Por todos, confira-se o seguinte Precedente:

“AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL – AÇÃO MONITÓRIA FUNDADA EM CHEQUES PRESCRITOS – EMBARGOS MONITÓRIOS PARA DISCUSSÃO DA CAUSA DEBENDI - RECONHECIMENTO DA INEXIGIBILIDADE DOS TÍTULOS – DECISÃO QUE NEGOU SEGUIMENTO AO RECURSO ESPECIAL POR INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO Nº 7 DA SÚMULA DO STJ – INSURGÊNCIA DA AUTORA/EMBARGADA.

1. ‘Em ação monitória fundada em cheque prescrito, ajuizada em face do emitente, é dispensável menção ao negócio jurídico subjacente à emissão da cártula’ (REsp. n.º 1.094.571/S.P., Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Segunda Seção, julgado em 04/02/2013, DJe 14/02/2013).

2. No entanto, embora não seja exigida a prova da origem da dívida para admissibilidade da ação monitória fundada em cheque prescrito, NADA IMPEDE QUE O EMITENTE DO TÍTULO DISCUTA, EM EMBARGOS MONITÓRIOS, A CAUSA DEBENDI.

3. No caso concreto, o Juízo de primeiro grau admitiu a ação monitória, mas julgou procedentes os embargos monitórios, por entender não demonstrada a origem da dívida. Não pode esta Corte, pois, na via estreita do recurso especial, reexaminar o conjunto fático-probatório dos autos para chegar a conclusão distinta, em razão do óbice do enunciado nº 7 da Súmula do STJ.

4. NÃO CABE FALAR EM AUTONOMIA DE TÍTULOS PRESCRITOS, UMA VEZ QUE, COM A PRESCRIÇÃO, DESAPARECE A ABSTRAÇÃO DECORRENTE DO PRINCÍPIO DA AUTONOMIA E OPERA-SE A PERDA DA CAMBIARIEDADE DO TÍTULO.

5. Agravo regimental desprovido”⁹.

A questão também foi firmada pelo STJ como tese:

“5) O negócio jurídico subjacente à emissão do cheque pode ser discutido em sede de embargos monitórios”¹⁰.

Desse modo, é possível afirmar, com alto grau de segurança que em se tratando de cheque prescrito cobrado via ação monitória, o cheque faz prova inicial da existência do débito, não sendo necessária a discussão da causa debendi na petição inicial (súmula 531 do STJ), no entanto é possível a impugnação da causa debendi pelo réu, via embargos monitórios, que deverá provar qualquer iniquidade no negócio jurídico que originou o título de crédito.

IV. CASOS EM QUE NÃO HÁ A CIRCULAÇÃO DO TÍTULO

Outra situação em que é possível a discussão da causa debendi se dá quando o cheque não circula. Ou seja, suponhamos que o indivíduo A celebra um contrato com o indivíduo B e realiza o pagamento por meio de cheque. Ocorre que o indivíduo B não coloca o cheque em circulação via endosso. Desse modo, A pode sustar o cheque e discutir, legitimamente a qualidade do serviço prestado por B.

⁹ Quarta (4ª) Turma, AgRg. nos EDcl. no REsp. n.º 1.115.609/E.S., Relator Ministro MARCO BUZZI, DJe de 25.09.2014, destacamos

¹⁰ STJ, Jurisprudência em Teses – Edição n.º 62, tese n.º 5. Decisões referenciadas na tese: AgRg nos EDcl no REsp 1115609/ES, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 18/09/2014, DJe 25/09/2014; REsp 1162207/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 19/03/2013, DJe 11/04/2013; AgRg no AREsp 218286/RJ, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 20/09/2012, DJe 05/10/2012; EDcl no REsp 1007821/ MA, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 13/12/2011, DJe 19/12/2011; REsp 714675/MS, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, TERCEIRA TURMA, julgado em 25/09/2006, DJ 09/10/2006; AREsp 686833/RS (decisão monocrática), Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, julgado em 08/04/2016, DJe 05/05/2016. (VIDE INFORMATIVO DE JURISPRUDÊNCIA N. 513.

Em outras palavras, a abstração e seus subprincípios somente se aplicam se o título tiver circulado, uma vez que entre os contratantes originais se aplicam a abstração e oposição de exceções pessoais, na medida em que o contratante não é terceiro de boa-fé.

O entendimento do Superior Tribunal de Justiça é de que, em regra, é inadmissível a discussão da causa de emissão do cheque, mas, em situações específicas, admite-se a investigação da causa debendi do cheque, como por exemplo em casos em que não houve circulação da cártula.

Confira-se o entendimento:

“CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CHEQUE. PLEITO PARA QUE REAVALIE A BOA-FÉ DO FAVORECIDO POR ENDOSSO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 7 DO STJ. PRECEDENTES.

1. A autonomia e independência do cheque goza de presunção relativa, o que torna possível a investigação da causa debendi.
2. As instâncias ordinárias com base no princípio da boa-fé e das provas colacionadas, concluíram que o endossatário não era detentor do direito ora pleiteado e que havia motivo suficiente para a anulação dos cheques objetos da lide. Entendimento diverso por meio do especial demandaria o revolvimento do acervo probatório.
3. O endossatário não apresentou argumento novo capaz de modificar a conclusão adotada, que se apoiou em entendimento aqui consolidado. Incidência da Súmula nº 7 do STJ.
4. Agravo regimental não provido”¹¹.

A questão também foi fixada como tese pelo tribunal, nos seguintes termos: “A relação jurídica subjacente ao cheque (causa debendi) poderá ser discutida nos casos em que não houver a circulação do título”¹².

Assim, quando o título não circula, envolvendo apenas sacador e beneficiário, é possível a oposição de exceções pessoais.

¹¹ AgRg no AREsp 589.901/SC, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 09/12/2014, DJe 17/12/2014

¹² STJ, Jurisprudência em Teses – Edição n.º 62, tese n.º 4. Decisões referenciadas na tese: AgRg no REsp 1326087/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/04/2016, DJe 15/04/2016; AgRg no Ag 811585/SP, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 14/05/2013, DJe 24/05/2013; REsp 1228180/RS, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 17/03/2011, DJe 28/03/2011; REsp 796739/MT, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, TERCEIRA TURMA, julgado em 27/03/2007, DJ 07/05/2007

V. CHEQUE DADO COMO GARANTIA E NEGÓCIO JURÍDICO QUE DESRESPEITA A ORDEM JURÍDICA

Também é tese firmada pelo Superior Tribunal de Justiça que “a investigação da causa debendi é admitida nas hipóteses em que o cheque é dado como garantia, bem como nos casos em que o negócio jurídico subjacente for constituído em flagrante desrespeito à ordem jurídica”¹³.

Essa tese está embasada em diversos julgados, como o seguinte:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO ANULATÓRIA DE TÍTULO CAMBIAL. CHEQUE. RELATIVIZAÇÃO DA ABSTRAÇÃO E AUTONOMIA DO CHEQUE. POSSIBILIDADE DE DISCUSSÃO DA CAUSA DEBENDI. REEXAME DE PROVA. INVIABILIDADE. SÚMULA Nº 7/STJ.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que, muito embora se presuma a autonomia e a independência do cheque diante da relação jurídica da qual se originou, é possível, excepcionalmente, a investigação da causa debendi e o afastamento da cobrança quando verificado que a obrigação subjacente claramente se ressentir de embasamento legal.

2. O exame da matéria circunscrita à regularidade, ou não, do título executivo, bem assim da causa subjacente, dependeria, inexoravelmente, do reexame de matéria fático-probatória, procedimento vedado na estreita via do recurso especial, a teor da Súmula nº 7/STJ.

3. Os argumentos expendidos nas razões do regimental são insuficientes para autorizar a reforma da decisão agravada, de modo que esta merece ser mantida por seus próprios fundamentos.

4. Agravo regimental não provido¹⁴.

Com efeito, adota-se o raciocínio de que muito embora se presuma a autonomia e independência do cheque diante da relação jurídica da qual se originou, é possível, excepcionalmente, a investigação da causa debendi e o afastamento da cobrança quando verificado que a obrigação subjacente claramente se ressentir de embasamento legal.

Assim, tendo o cheque sido dado em garantia ou se o negócio jurídico desrespeitar flagrantemente o ordenamento jurídico não se pode falar que o terceiro

¹³ STJ, Jurisprudência em Teses – Edição n.º 62, tese n.º 6. Decisões referenciadas na tese: AgRg no AREsp 410490/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 20/05/2014, DJe 05/06/2014; AgRg no REsp 471817/RS, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 04/12/2012, DJe 11/12/2012; REsp 1169414/RJ, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 04/10/2011, DJe 13/10/2011; REsp 796739/MT, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, TERCEIRA TURMA, julgado em 27/03/2007, DJ 07/05/2007; REsp 659327/MG, Rel. Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, TERCEIRA TURMA, julgado em 06/02/2007, DJ 30/04/2007; AREsp 90751/SP (decisão monocrática), Rel. Ministro MARCO BUZZI, julgado em 30/06/2015, DJ 03/08/2015.

¹⁴ AgRg no REsp 471817/RS, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 04/12/2012, DJe 11/12/2012.



estaria de boa-fé, de modo que o atributo da autonomia ficaria prejudicado, sendo possível discutir a causa debendi.

VI. AÇÃO DE LOCUPLETAMENTO ILÍCITO E AÇÃO DE COBRANÇA – UMA QUESTÃO DE ÔNUS DA PROVA

Caso o cheque esteja prescrito ele pode ser cobrado não só por monitória, mas também por Ação de Locupletamento Ilícito e Ação de Cobrança.

A ação de locupletamento ilícito, fundada no artigo 61¹⁵ da Lei nº 7.357/85 (Lei do Cheque), possui natureza cambial, mas não executiva, e tem a finalidade de recuperar o crédito representado em cheque prescrito que não possui mais eficácia executiva.

Essa ação prescreve em dois anos. Passados esses dois anos, ainda resta a possibilidade de ajuizamento de uma ação de cobrança, que tem prazo de prescrição de 5 anos.

Ocorre que, em ambos os casos, após a prescrição cambial, o cheque perde os atributos cambiários, permitindo-se, seja na ação de locupletamento ilícito ou na ação de cobrança a discussão do negócio jurídico subjacente e a oposição de exceções pessoais a portadores precedentes ou ao próprio emitente, com o ônus da prova da ilicitude do negócio jurídico incumbido ao devedor.

A diferença entre as duas é que na ação de locupletamento ilícito o credor não precisa indicar em sua ação a *causa debendi* do cheque, como afirma o enunciado sumular n.º 531 do Superior Tribunal de Justiça. Ou seja, a mera apresentação do cheque faz prova inicial da licitude do negócio jurídico. No entanto, mostra-se legítimo ao devedor alegar e provar nessa ação o não cumprimento do negócio jurídico, hipótese em poderá ser exonerado da dívida.

Diferentemente, no caso da ação de cobrança é preciso desde o início que o credor traga a causa debendi e demonstre a regularidade dela.

Obviamente, seja em um caso, seja no outro, as alegações deverão ser seguidas de prova, conforme determina o Art. 373 do Código de Processo Civil, mas diferentemente do que ocorre em uma ação de execução, o ordenamento jurídico permite essa discussão.

¹⁵ Art. 61 A ação de enriquecimento contra o emitente ou outros obrigados, que se locupletaram injustamente com o não-pagamento do cheque, prescreve em 2 (dois) anos, contados do dia em que se consumar a prescrição prevista no art. 59 e seu parágrafo desta Lei.

Ambas as questões constam como teses do Superior Tribunal de Justiça:

“7) A ação de locupletamento ilícito (art. 61 da Lei n. 7.357/1985) não exige comprovação da causa debendi e deve ser proposta no prazo de até dois anos contados do fim do prazo prescricional da execução do cheque”¹⁶.

“8) A ação de cobrança prevista no artigo 62 da Lei n. 7357/85 está fundamentada na relação jurídica subjacente ao cheque, sendo imprescindível a comprovação da causa debendi”¹⁷.

Inclusive, ambas as teses foram formadas com base em inúmeros precedentes muito elucidativos.

Em relação à Ação de Locupletamento ilícito entende o Superior Tribunal de Justiça:

“REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. COMERCIAL. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE ENRIQUECIMENTO. PRESCRIÇÃO. PRESCREVE EM DOIS ANOS A AÇÃO DE ENRIQUECIMENTO CONTRA O EMITENTE DE CHEQUE QUE, DE SEU VALOR, SE TENHA LOCUPLETADO. COMPETE AO RÉU PROVAR A FALTA DE CAUSA DO TÍTULO.

1. Ação de enriquecimento ilícito, sob o rito monitório, fundada em cheques prescritos - art. 61 da Lei n.º 7.357/85. Prazo prescricional próprio, 2 (dois) anos, contados da prescrição da ação cambial.

2. Na ação de locupletamento, o próprio cheque basta como prova do fato constitutivo do direito do autor, incumbindo ao réu provar a falta de causa do título. A pretensão de infirmar a conclusão da Corte a quo, requer incursão no conjunto fático-probatório dos autos, atividade proscrita, em sede de recurso especial. Súmula 7/STJ.

3. Agravo regimental a que se NEGA PROVIMENTO”¹⁸.

¹⁶ STJ, Jurisprudência em Teses – Edição n.º 62, tese n.º 7. Decisões referenciadas na tese: AgRg no REsp 1090158/ES, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 17/03/2016, DJe 13/04/2016; AgRg no REsp 1104489/RS, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 10/06/2014, DJe 18/06/2014; REsp 926312/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 20/09/2011, DJe 17/10/2011; AgRg no Ag 854860/SP, Rel. Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS), TERCEIRA TURMA, julgado em 17/08/2010, DJe 26/08/2010

¹⁷ STJ, Jurisprudência em Teses – Edição n.º 62, tese n.º 8. Decisões referenciadas na tese: AgRg no REsp 1090158/ES, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 17/03/2016, DJe 13/04/2016; AgRg no REsp 1104489/RS, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 10/06/2014, DJe 18/06/2014; REsp 926312/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 20/09/2011, DJe 17/10/2011; AgRg no Ag 854860/SP, Rel. Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS), TERCEIRA TURMA, julgado em 17/08/2010, DJe 26/08/2010; REsp 383536/ PR, Rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, QUARTA TURMA, julgado em 21/02/2002, DJ 29/04/2002

¹⁸ AgRg no Ag n. 854.860/SP, relator Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador Convocado do TJ/RS), Terceira Turma, julgado em 17/8/2010, DJe de 26/8/2010

Veja-se que no caso dessa ação o ônus da prova de demonstrar a falta de causa do cheque é do Réu, pois a mera apresentação do Cheque faz-se presumir a legitimidade e regularidade da causa subjacente ao título prescrito.

O mesmo não acontece com a ação de cobrança, que é uma ação pelo procedimento comum, em que cabe ao Autor demonstrar todos os fundamentos de seu direito e prová-los.

A ação de cobrança é fundada no art. 62 da Lei do Cheque que deixa claro que “a emissão ou a transferência do cheque não exclui a ação fundada na relação causal, feita a prova do não-pagamento”.

Esse artigo exige expressamente a discussão da relação causal pelo autor quando a cobrança se der via ação de cobrança.

Inclusive, trata-se de questão regulada no Código de Processo Civil, ao tratar dos requisitos da petição inicial e da distribuição do ônus da prova. Isso é justamente o que prescrevem, os Arts. 319, II e 373, I do Código de Processo civil:

“Art. 319. A petição inicial indicará:
(...)
III - o fato e os fundamentos jurídicos do pedido”

“Art. 373. O ônus da prova incumbe:
I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito”.

Veja-se, por importante, que diferentemente do que ocorre com a ação monitória e a ação de locupletamento ilícito, em que a discussão da causa debendi só se dará se o réu trazer a questão à baila, na ação de cobrança é o próprio autor quem deve trazer essa questão no bojo de sua petição inicial e demonstrar a licitude do negócio jurídico.

Esse é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema. Por todos, confira-se:

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DE COBRANÇA DE CHEQUES PRESCRITOS - ART. 62 DA LEI Nº 7.357/1985 - ACÓRDÃO QUE ENTENDEU SER NECESSÁRIA A COMPROVAÇÃO DA ORIGEM DA DÍVIDA - DECISÃO QUE NEGOU SEGUIMENTO AO RECURSO ESPECIAL. INSURGÊNCIA DO DEMANDANTE.

1. Cheques que não estão sendo cobrados por meio da ação de enriquecimento ilícito (art. 61 da Lei nº 7.357/1985) nem por meio de ação monitória (Enunciado nº 299 da Súmula do STJ), mas por meio da ação de cobrança prevista no art. 62 da Lei nº 7.357/1985.

2. Na ação de cobrança prevista no art. 62 da Lei nº 7.357/1985 - hipótese dos autos - é imprescindível a demonstração da causa debendi, não apenas

porque o cheque já perdeu sua natureza cambial, mas porque o referido dispositivo legal é claro ao afirmar que tal ação deve ser 'fundada na relação causal'. Precedentes. 3. Tendo o tribunal local afirmado expressamente que 'o autor não logrou demonstrar o fato constitutivo de seu direito, sequer precisando, na inicial, as circunstâncias em que recebeu os títulos', é inegável que esta Corte não pode reexaminar o conjunto fático-probatório dos autos para chegar a conclusão distinta. Incidência do enunciado nº 7 da Súmula do STJ. 4. Agravo regimental desprovido"¹⁹.

VII. CONCLUSÃO

Títulos de Crédito podem ser definidos como documento necessário para o exercício do direito, literal e autônomo, nele mencionado. É o que restou positivado no Art. 887 do Código Civil que dispõe que o que título de crédito é o documento necessário ao exercício do direito literal e autônomo nele contido e somente produz efeito quando preencha os requisitos da lei.

Assim, é possível afirmar que o título de crédito é dotado de três características ou princípios: (i.) cartularidade – a necessidade de apresentação do título para exercer os direitos dele decorrentes; (ii.) literalidade – só é válido o que está disposto no próprio título e (iii.) autonomia – o título de descola da relação jurídica subjacente (abstração), sendo inoponíveis exceções aos terceiros de boa-fé.

O cheque, por sua vez, é um título de crédito nominado, regido por lei própria e pode ser definido como a ordem de pagamento à vista, emitida contra um banco, em razão de fundos que o emitente possui junto ao sacado (Arts. 3º e 4º da Lei nº 7.357/85).

Em se tratando de uma execução (dentro do prazo prescricional), sendo indubitavelmente o cheque um título de crédito, tendo ele circulado ele é autônomo e não é possível, como regra geral, falar em oposição de vícios do negócio jurídico a ele relacionado.

Ocorre que existem alguns casos em que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, relativizando o princípio da autonomia, admite a discussão da causa debendi.

Em primeiro lugar, em se tratando de cheque prescrito cobrado via ação monitória, o cheque faz prova inicial da existência do débito, não sendo necessária a discussão da causa debendi na petição inicial (súmula 531 do STJ), no entanto é

¹⁹ AgRg no REsp n. 1.104.489/RS, relator Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 10/6/2014, DJe de 18/6/2014.



possível a impugnação da causa debendi pelo réu, via embargos monitórios, que deverá provar qualquer iniquidade no negócio jurídico que originou o título de crédito.

Ademais, a abstração e seus subprincípios somente se aplicam se o título tiver circulado, uma vez que entre os contratantes originais se aplicam a abstração e oposição de exceções pessoais, na medida em que o contratante não é terceiro de boa-fé.

O Superior Tribunal de Justiça também admite a investigação da causa debendi nas hipóteses em que o cheque é dado como garantia, bem como nos casos em que o negócio jurídico subjacente for constituído em flagrante desrespeito à ordem jurídica

Finalmente, diferentemente do que ocorre com a ação monitória e a ação de locupletamento ilícito, em que a discussão da causa debendi só se dará se o réu trazer a questão à baila, na ação de cobrança é o próprio autor quem deve trazer essa questão no bojo de sua petição inicial e demonstrar a licitude do negócio jurídico.

Assim, é possível dizer que o cheque ostenta todas as características dos títulos de crédito -cartularidade, literalidade e abstração – no entanto, a característica da cartularidade pode ser relativizada em casos específicos, como na prescrição do cheque (seja a cobrança realizada por ação monitória, ação de cobrança ou ação de locupletamento ilícito), caso de não circulação do cheque e quando ele é dado como garantia, bem como nos casos em que o negócio jurídico subjacente for constituído em flagrante desrespeito à ordem jurídica.



REFERÊNCIAS

ARCANGELI, Ageo. "Teoría de los títulos de crédito." Rev. Gen. D. & Juris. 4 (1933): 57.

ASCARELLI, Tullio. Teoría general de los títulos de crédito. CANOPUS EDITORIAL DIGITAL SA, 2023.

ASCARELLI, Tullio. Teoria geral dos títulos de crédito, RED Livros, 1999.

BARBI FILHO, Celso. "Questões jurídicas sobre a inadimplência no pagamento do cheque." DIREITO PÚBLICO (2004): 27.

BATISTA FILHO, Nelson Pereira, and Natália Cristiane da Silva BERGAMASCO. "Os títulos de crédito e suas cobranças." (2015).

CHAVES, Natália Cristina. "O PRAZO PRESCRICIONAL PARA COBRANÇA DE DÍVIDA EMBASADA EM CHEQUE: ART. 62 DA LEI N. 7.357/85." E-Civitas 2.1 (2009).

DE ALMEIDA, Amador Paes. Teoria e prática dos títulos de crédito. Saraiva Educação SA, 2018.

DE CASTRO JÚNIOR, Armindo. "Cobrança de cheques prescritos." [Microsoft Word - Documento1 (ufsc.br)]

DE LUNA, Ángel Bartolomé Muñoz, and José Ortiz de Solórzano. "Títulos de crédito." TecCom Studies 2 (2011): 10-26.

DE OLIVEIRA, Ariane Fernandes, Bruno S. LUDOVICO, and Lucas Binhara MARTINI. "CIRCULAÇÃO DOS TITULOS DE CREDITO." JICEX 1.1 (2013).

DE OLIVEIRA, Ariane Fernandes, Bruno S. LUDOVICO, and Walter H. GRACIOTTO. "PRINCIPIOS DOS TITULOS DE CREDITO." JICEX 1.1 (2013).

DE OLIVEIRA, Patrícia Bail, and Antonio Geraldo SCUPINARI. "Títulos de Crédito." JICEX 5.5 (2015).

DINIZ, Gustavo Saad. "Mora e protesto em títulos de crédito: duas questões controvertidas na jurisprudência do STJ." Revista Brasileira de Direito Comercial 31 (2019): 5-11.



GANSKI, Gizele, Jéssica MADUREIRA, and Ariane Fernandes de OLIVEIRA. "O VENCIMENTO DOS TÍTULOS DE CRÉDITOS." JICEX 1.1 (2013).

GUERRA, Luiz. "A Teoria Geral dos Títulos de Crédito no Código Civil: perfeita conceituação de título de crédito: conceito construído à luz dos atributos clássicos." (2007).

JÚNIOR, Aluer Baptista Freire. "A DESMATERIALIZIZAÇÃO DOS TÍTULOS DE CRÉDITO

MARTINS FILHO, Antônio. "Dos títulos de crédito." Revista da Faculdade de Direito 2.1 (1947): 73-82.

MARTINS, Fran, and Joaquim Antônio de Vizeu Penalva Santos. Títulos de crédito. Forense, 1990.

MENDES, Octavio. "Dos titulos de credito no direito brasileiro." Revista da Faculdade de Direito de São Paulo 22 (1925): 101-109.

ROSA JUNIOR, Luiz Emygdio Franco da, Títulos de crédito. 8 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

SANTOS, Ronaldo Ribeiro dos. "A inadimplência e a cobrança judicial do crédito." (2007).

SPINELLI, Luís Felipe. "Os títulos de crédito eletrônicos e as suas problemáticas nos planos teórico e prático." Revista jurídica empresarial 16 (2010): 11-52.

TOMAZETTE, Marlon. Curso de Direito Empresarial. V 2. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2011

TOMAZETTE, Marlon. Curso de direito empresarial-Títulos de Credito. Saraiva Educação SA, 2018.

VIVANTE, Cesare. Trattato di diritto commerciale, Imprenta: Milano, F. Vallardi, 1934



CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE: HISTÓRICO E CASOS PRÁTICOS NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL¹

JUDICIAL REVIEW: HISTORICAL AND PRACTICAL CASES IN BRAZILIAN FEDERAL SUPREME COURT

Mateus Moitinho e Silva²

Resumo: Os principais tipos de controle de constitucionalidade são: americano (difuso - concreto); austríaco originário (abstrato - concentrado) e o francês (preventivo). O caso emblemático histórico em matéria de controle de constitucionalidade é o *Marbury vs. Madison*, ocorrido em 1803. O Brasil passou por algumas fases de controle de constitucionalidade. Na origem, por meio da constituição de 1891, foi adotado o sistema americano difuso. No entanto, o que se prevaleceu, a partir da constituição de 1934, foi o sistema concentrado. A partir da emenda n. 45 na Constituição Federal de 1988, o Brasil passa a se aproximar de um sistema híbrido. Em casos práticos, percebe-se que o Supremo Tribunal Federal (STF) realiza o controle de constitucionalidade concentrado em sede de Ação direta de Inconstitucionalidade e demais ações constitucionais. E realiza o controle incidental de constitucionalidade, inclusive conferindo efeito vinculante e erga omnes a esta decisão. Em casos excepcionais, o STF cogita em realizar o controle preventivo de constitucionalidade, por meio de mandado de segurança. Nestes casos, a legitimidade subjetiva é exclusiva do parlamentar, e está restrita apenas aos aspectos formais e procedimentais do processo legislativo.

Palavras-Chave: Controle de Constitucionalidade. Supremo Tribunal Federal (STF). Direito Constitucional. *Marbury vs. Madison*.

Abstract: The main types of judicial review are: American (diffuse - concrete); original Austrian (abstract - concentrated) and French (preventive). The historic emblematic case in matters of judicial review is *Marbury vs. Madison*, which occurred in 1803. Brazil went through some phases of constitutionality control. Originally, through the 1891 constitution, the diffuse American system was adopted. However, what prevailed after the 1934 constitution was the concentrated system. From constitutional amendment no. 45 in the 1988 Federal Constitution, Brazil moves closer to a hybrid system. In practical cases, it is clear that the Federal Supreme Court (STF) carries out judicial review focused on direct action for the declaration of unconstitutionality and other constitutional actions. And it carries out incidental control of constitutionality, including giving binding effect and erga omnes to this decision. In exceptional cases, the STF considers carrying out preventive control of constitutionality, through "mandado de segurança". In these cases, subjective legitimacy is exclusive to the parliamentarian, and is restricted only to the formal and procedural aspects of the legislative process.

Keywords: Judicial Review. Brazilian Federal Supreme Court (STF). Constitutional law. *Marbury vs. Madison*.

¹ Artigo proveniente de adaptação de Trabalho de Conclusão de Curso (TCC) de Pós-Graduação.

² Servidor Público. Especialista em Direito Constitucional com Ênfase em Direitos Fundamentais pela Faculdade CERS. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Brasília- UNICEUB.



INTRODUÇÃO

O objetivo do presente estudo é tecer uma análise dos principais tipos de controle de constitucionalidade existente no ordenamento jurídico, bem como analisar o histórico do controle de constitucionalidade brasileiro. Ademais, objetiva-se trazer exemplos de como o Supremo Tribunal Federal realiza o controle de constitucionalidade em seus julgados.

Pretende-se abordar, na primeira parte, os modelos de controle de constitucionalidade americano (difuso- concreto); austríaco originário (concentrado- abstrato) e o francês (preventivo). Em seguida, passa-se a pesquisa da origem do controle americano com o caso *Marbury vs. Madison*. Isto devido ao fato de ser um caso histórico e emblemático para o estudo do controle de constitucionalidade.

Realiza-se também um breve estudo sobre a evolução histórica do controle de constitucionalidade nas constituições do Brasil. Isto desde a Constituição Federal de 1824 até a Emenda Constitucional n. 45 da Constituição de 1988. Em seguida, busca-se demonstrar o sistema que o Brasil adota atualmente. Por fim, neste primeiro capítulo, explora-se os conceitos de higidez e supremacia da constituição.

Na segunda parte, procura-se trazer alguns julgados para demonstrar, na prática, como o Supremo Tribunal Federal atua em relação ao Controle de Constitucionalidade. Para isso faz-se uma análise de julgados que contenham controle difuso- concreto; abstrato-concentrado; e preventivo.

1. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

1.1 Modelos de controle de constitucionalidade

Quando se fala em controle de constitucionalidade, em geral, pode-se destacar três grandes modelos: o modelo norte americano (difuso-concreto), o austríaco originário (abstrato-concentrado), e o francês (preventivo).³

O modelo difuso-concreto teve como marco histórico o caso *Marbury vs. Madison*, datado de 1803. Este modelo parte de um processo judicial concreto, no qual há uma questão controversa de direito. Dessa forma, há uma controvérsia intersubjetiva.⁴

³ TAVARES, André. R, **Curso de Direito Constitucional**. Editora Saraiva, 2021.

⁴ *Ibid.*

O modelo abstrato-concentrado não depende de um caso concreto para que haja o controle de constitucionalidade. Este sistema teve como origem o modelo austríaco da década de 1920, por influência de Keslen.⁵

Por fim, há o controle preventivo de matriz francesa. Enquanto os sistemas difuso-concreto e abstrato-concentrado têm o caráter repressivo, o modelo francês é eminentemente preventivo. O modelo repressivo atua somente após a norma ter sido integrada ao sistema jurídico. Por outro lado, no sistema francês (preventivo), há a presença do Conselho Constitucional, o qual atua ao longo do processo legislativo. Dessa forma, quando se trata de determinadas espécies de leis, o conselho decide de forma vinculante sobre o assunto. Em outras categorias legislativas, este conselho constitucional pode ser provocado por determinadas autoridades legitimadas para emitir decisão.⁶

1.1.1 O caso *Marbury vs. Madison*

Passa-se agora à análise pormenorizada da origem do sistema americano, por se tratar de um caso histórico emblemático.

O caso *Marbury vs. Madison* ocorreu nos Estados Unidos, nas eleições de 1800. O contexto histórico foi de um período de conflito político, no qual houve sucessão do presidente da nação pertencente ao partido Federalista (John Adams). Neste contexto, foi eleito um representante do partido Republicano (Thomas Jefferson).⁷

Antes de deixar o cargo, John Adams nomeou alguns Juizes de Paz, dentre eles William Marbury. No entanto, apesar da nomeação, não houve tempo hábil para a entrega dos atos de investidura no cargo. Desta feita, o novo presidente (Thomas Jefferson) assumiu o cargo em março de 1801 e ordenou, ao Secretário de Estado (James Madison), que não fosse entregue os atos de investidura referentes as nomeações do governo anterior.⁸

Neste contexto, William Marbury propôs ação judicial (*writ of mandamus*) com vistas a ter reconhecido o seu direito ao cargo, baseado em uma lei de 1789 (*the*

⁵ *Ibid.*

⁶ TAVARES, André. R. **Curso de Direito Constitucional**. Editora Saraiva, 2021.

⁷ BARROSO, Luís. R., **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro.**, 8. ed. [s.l.]: Editora Saraiva, 2019.

⁸ BARROSO, Luís. R., **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro.**, 8. ed. [s.l.]: Editora Saraiva, 2019.

Judicial Act). Esta norma infraconstitucional conferia legitimidade originária para que a suprema corte conhecesse deste tipo de ação.⁹

Isto posto, a Suprema Corte dos Estados Unidos se reuniu para julgar o caso, o qual faria história no Direito Constitucional. Assim, o caso *Marbury vs. Madison* foi o primeiro caso em que a Suprema Corte afirmou seu poder de exercer o controle de constitucionalidade. Dessa maneira, negou a aplicação a leis que, de acordo com seu entendimento, afrontassem a Constituição.¹⁰

É de se ressaltar que naquele contexto histórico, a Constituição não conferia de modo explícito à Suprema Corte, ou a outro órgão, o poder de exercer o controle de constitucionalidade. Desta forma, ao julgar o caso, a Corte defendeu a ideia de que a atribuição era decorrência de uma interpretação sistemática. John Marshall (presidente da Suprema Corte) desenvolveu argumentação no sentido de haver supremacia da Constituição, necessidade de *Judicial Review*, bem como competência do Judiciário para apreciar a matéria. Apesar de haver precedentes históricos que trataram sobre o controle de Constitucionalidade, foi com o caso *Marbury v. Madison* que a temática ganhou especial relevância no mundo político e jurídico.¹¹

Marshall se deparou com três principais questões em relação a este caso. Na primeira etapa decidiu-se que *Marbury* teria direito ao cargo. Em seguida, defendeu que se havia um direito, deveria haver um remédio jurídico para garanti-lo. A terceira e última questão se dividia em dois itens: o remédio escolhido, *writ of mandamus*, era a via própria? Caso fosse, a Suprema Corte era legítima para concessão?¹²

Em prosseguimento da decisão, Marshall respondeu positivamente que o *writ of mandamus* era a via adequada. Isto porque, em regra, os atos do poder Executivo são passíveis de controle jurisdicional no tocante à legalidade e constitucionalidade.¹³

Por fim, à última pergunta respondeu que a Suprema Corte não era legítima para conceder o *writ of mandamus*. Devido a diversas circunstâncias políticas atinentes à época, fundamentou sua decisão na inconstitucionalidade do §13 da Lei Judiciária de 1789. Como fundamento, justificou que uma lei ordinária não poderia

⁹ *Ibid.*

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ BARROSO, Luís. R., **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro.**, 8. ed.: Editora Saraiva, 2019.

¹² BARROSO, Luís. R., **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro.**, 8. ed.: Editora Saraiva, 2019.

¹³ *Ibid.*

outorgar uma nova competência originária à Suprema Corte, em desacordo com o previsto no art. 3º da Constituição.¹⁴

Esta decisão foi histórica porque Marshall deixou de aplicar, por inválida, lei inconstitucional. Para isto, usou como justificativa três questões principais. A primeira é a supremacia da constituição. Por este conceito a Constituição escrita é a lei fundamental e suprema da nação. O segundo fundamento foi de que a lei que contrarie a Constituição é nula. Dessa forma, todo ato emanado pelo poder legislativo que afronte a constituição é nulo.¹⁵

Por fim, no terceiro, afirmou que o poder Judiciário é o intérprete final da Constituição. Desta forma, é competência de o Poder Judiciário dizer o Direito. Havendo conflito entre norma ordinária e a Constituição, esta última é quem deve reger o caso ao qual ambos se aplicam.¹⁶

1.2 Histórico constitucional do controle de constitucionalidade no Brasil

Segundo a doutrina majoritária, a Constituição brasileira de 1824 não apresentou qualquer forma de controle jurisdicional de constitucionalidade. E, em geral, nenhuma forma de controle.¹⁷

Com a República e a Constituição de 1891 foi inaugurado no Brasil o controle da constituição. Neste sistema, optou-se pelo sistema americano difuso - concreto. Isto devido à influência das ideias liberais estadunidenses. Muitos doutrinadores brasileiros, a exemplo de Rui Barbosa, foram atraídos por esses conceitos de origem do *commom law* proveniente dos Estados Unidos.¹⁸

Embora tenha sido adotado em primeiro momento o sistema difuso, a tradição brasileira tinha mais afinidade com o sistema europeu (concentrado). Desta forma, na constituição de 1934 há mudança de paradigmas. Assim, o sistema deixa de ser difuso e concreto na sua forma pura, para caminhar em direção ao modelo concentrado e abstrato.¹⁹

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ BARROSO, Luís. R., **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro.**, 8. ed.: Editora Saraiva, 2019.

¹⁶ BARROSO, Luís. R., **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro.**, 8. ed.: Editora Saraiva, 2019.

¹⁷ DELLORE, LUIZ, **Estudos sobre coisa Julgada e Controle de Constitucionalidade**, [s.l.]: Grupo GEN, 2013.

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ DELLORE, LUIZ, **Estudos sobre coisa Julgada e Controle de Constitucionalidade**, Grupo GEN, 2013.

Em 1937, contudo, uma constituição eminentemente autoritária substituiu a anterior. Havia dispositivos constitucionais que concediam ao poder executivo a prerrogativa de afastar a decisão sobre controle de constitucionalidade emitida pelo Tribunal. Assim, na prática, houve uma ausência de controle de constitucionalidade por parte do judiciário brasileiro.²⁰

Em 1946, com uma nova constituição, retomou-se a ideia de controle de constitucionalidade trazida com a constituição de 1934. Um dos marcos mais importantes desta constituição foi a emenda constitucional (EC) 16/1965. Apesar do momento histórico, afastamento dos princípios democráticos, foi com esta emenda que o sistema brasileiro passou a ser misto, com a inclusão da representação genérica. Esta ação é característica de um controle concentrado e correspondeu ao início da atual Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI).²¹

Desde este marco temporal, o controle concentrado ganhou especial relevância. Enquanto isso, o controle difuso foi perdendo força no contexto de controle de constitucionalidade brasileiro.²²

A constituição de 1967-1969 consolidou a ação de representação genérica sem apresentar inovações marcantes para o tema. Com a EC 7/1977 (pacote de abril) houve efetiva mudança no controle de constitucionalidade brasileiro. Isto porque foi inserido a representação interpretativa e a arguição de relevância da questão federal.²³

Com o advento da constituição de 1988, houve mudanças significativas no controle de constitucionalidade brasileiro, principalmente no tocante ao controle concentrado. O sistema misto de controle foi consagrado. Desta forma, previu-se o modelo difuso, por meio da possibilidade de o STF exercer o controle de constitucionalidade via recurso extraordinário, de maneira difusa-concreta-incidental.²⁴

Quanto a controle concentrado, muitas inovações foram previstas. A representação interventiva mudou de nomenclatura, passando a ser denominada de Ação Direta de Inconstitucionalidade interventiva (ADI interventiva). A representação

²⁰ DELLORE, LUIZ, **Estudos sobre coisa Julgada e Controle de Constitucionalidade**, Grupo GEN, 2013.

²¹ *Ibid.*

²² DELLORE, LUIZ, **Estudos sobre coisa Julgada e Controle de Constitucionalidade**, Grupo GEN, 2013.

²³ *Ibid.*

²⁴ DELLORE, LUIZ, **Estudos sobre coisa Julgada e Controle de Constitucionalidade**, Grupo GEN, 2013.

genérica de inconstitucionalidade foi denominada de ADI. Também houve incremento no número dos legitimados ativos. Desta forma, não apenas o Procurador Geral veio a ter legitimidade, ampliando o acesso ao controle concentrado. Foi criada a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) e o Mandado de Injunção, ambos com vistas a combater eventuais omissões constitucionais. Outro instrumento previsto foi a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF).²⁵

Posteriormente, com o advento da emenda constitucional n. 3 de 1993, foi criada a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC). Trata-se de uma ação sem precedente no direito comparado. No entanto, apesar das críticas doutrinárias no sentido de ser inconstitucional, o STF declarou que a ADC seria constitucional.²⁶

Em 2004, houve a emenda constitucional n. 45 na Constituição Federal de 1988. Em relação ao controle concentrado foi prevista extensão da eficácia contra todos e efeito vinculante também para ADI (já havia previsão para ADC), bem como se equiparou os legitimados ativos para ADI e ADC. Quanto ao controle difuso, esta emenda previu duas relevantes alterações que acabaram por concentrar o poder da cúpula do judiciário. Ademais, fizeram com que os efeitos do controle difuso e concentrado ficassem mais próximos. Estas inovações foram a previsão da súmula vinculante e da repercussão geral da questão constitucional.²⁷

Diante deste histórico evolutivo do controle de constitucionalidade, com o advento da Constituição de 1988 e suas posteriores emendas, pode-se perceber uma concretização de um sistema híbrido. Isto porque se manteve o sistema difuso, ao mesmo tempo que aumentou-se a presença do controle concentrado, principalmente depois das emendas constitucionais posteriores a Constituição Federal de 1988 (CF).²⁸

1.3 Modelo adotado no Brasil

O Brasil adota um modelo misto de controle de constitucionalidade. Há aqui, predominantemente, o controle concreto e o controle abstrato de constitucionalidade.²⁹

²⁵ DELLORE, LUIZ, **Estudos sobre coisa Julgada e Controle de Constitucionalidade**, Grupo GEN, 2013.

²⁶ *Ibid.*

²⁷ *Ibid.*

²⁸ DELLORE, LUIZ, **Estudos sobre coisa Julgada e Controle de Constitucionalidade**, Grupo GEN, 2013.

²⁹ TAVARES, André. R. **Curso de Direito Constitucional**. Editora Saraiva, 2021.

O Supremo Tribunal Federal (STF) exerce o controle concreto ao julgar um Recurso Extraordinário (RE), o qual precisa ter como matéria de direito uma questão constitucional para ser objeto de julgamento. No entanto, o STF deve também decidir o caso concreto da demanda recursal. Desta forma, trata-se de controle difuso-concreto.³⁰

Os efeitos da demanda em controle difuso-concreto são, via de regra, exclusivamente interpartes. No entanto, caso haja resolução do Senado (art. 52, X, da CF) estende-se este efeito para todos (*erga omnes*), de forma *ex nunc*.³¹

A partir de 1965, por meio da emenda constitucional n.16, há uma ampliação dos poderes do Poder Judiciário, para, em abstrato, analisar a constitucionalidade de atos normativos. Neste formato, tem-se uma semelhança com o modelo austríaco. Isto porque, apenas o Supremo Tribunal Federal poderia analisar normas de forma abstrata e proferir decisões com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante (Administração Pública e Judiciário).³²

Com a Constituição Federal de 1988, houve uma ampliação de instrumentos para acesso ao Supremo Tribunal Federal, por meio do controle abstrato-concentrado. Assim, houve um acréscimo das ações possíveis para este propósito. Antes da CF, o sistema jurídico brasileiro contava apenas com uma ação para esta finalidade.³³

1.4 Conceitos básicos

Quando se fala em controle de constitucionalidade, deve-se ter em mente dois pressupostos básicos da constituição: a higidez e supremacia.

Por higidez, entende-se que as normas constitucionais devem possuir uma formalidade maior no seu processo de criação. Vale dizer, o requisito formal deve ser necessariamente mais complexo. Caso não fosse assim, não haveria motivo para se falar em controle de constitucionalidade. Isto porque, diante de uma contrariedade entre normas, o novo texto legal simplesmente revogaria o anterior.³⁴

Como supremacia, entende-se que uma constituição tem esta característica quando é hierarquicamente superior que as demais normas de um ordenamento

³⁰ TAVARES, André. R. **Curso de Direito Constitucional**. Editora Saraiva, 2021.

³¹ *Ibid.*

³² TAVARES, André. R. **Curso de Direito Constitucional**. Editora Saraiva, 2021.

³³ *Ibid.*

³⁴ BARROSO, Luís. R., **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro.**, 8. ed. Editora Saraiva, 2019.

jurídico. Neste sentido, norma constitucional suprema seria aquela que se estrutura de forma escalonada sobre as demais, em níveis diferentes. Ou seja, a norma constitucional é pressuposto de validade para as demais normas de um ordenamento jurídico.³⁵

2. CASOS PRÁTICOS DECIDIDOS PELO STF

2.1 Controle concentrado – abstrato de constitucionalidade: inconstitucionalidade formal

A verificação da constitucionalidade das normas pode ser realizada sob o aspecto formal ou material. Isto com vista a verificar a compatibilidade com a Constituição Federal.³⁶

O controle de constitucionalidade formal ocorre quando houver vício no processo legislativo. Pode haver inconstitucionalidade formal subjetiva, nos casos em que há vício de iniciativa para elaboração da norma, e formal objetiva, a qual ocorre quando há vício de procedimento, isto é, na tramitação da norma.³⁷

Também há inconstitucionalidade formal orgânica, quando se trata de falha na competência legislativa. Este tipo de inconstitucionalidade está relacionada com as competências legislativas que tratam de conflito federativo (ex., arts. 22, 23 e 24 da CF).³⁸

Por fim, há inconstitucionalidade formal por violação de pressuposto objetivo do ato normativo. Nesses casos, o vício atinge pressuposto obrigatório para formação do ato. Ocorre por exemplo quando se edita medida provisória sem os requisitos de relevância e urgência. Outro exemplo é quando uma lei estadual se propõe a criar um novo município sem que sejam respeitadas as condições impostas pelo artigo 18, § 4.º, da CF.³⁹

Passa-se agora para análise dos casos concretos envolvendo controle de Constitucionalidade por parte do Supremo Tribunal Federal. Neste julgado, houve controle concentrado de constitucionalidade, no qual declarou-se vício de inconstitucionalidade formal, por parte do Supremo Tribunal Federal.

³⁵ BARROSO, Luís. R., **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro.**, 8. ed. Editora Saraiva, 2019.

³⁶ MORAES, Alexandre D., **Direito Constitucional**, 37. ed. Grupo GEN, 2021.

³⁷ PADILHA, Rodrigo, **Direito Constitucional**, 6. ed. Grupo GEN, 2019.

³⁸ PADILHA, Rodrigo, **Direito Constitucional**, 6. ed. Grupo GEN, 2019.

³⁹ PADILHA, Rodrigo, **Direito Constitucional**, 6. ed. Grupo GEN, 2019.

Ementa: CONSTITUCIONAL. FEDERALISMO E RESPEITO AS REGRAS DE DISTRIBUIÇÃO DE COMPETÊNCIA. LEI ESTADUAL 3.594/2005, DO DISTRITO FEDERAL. DISPENSA DO PAGAMENTO DE JUROS E MULTAS DE TRIBUTOS E TÍTULOS OBRIGACIONAIS VENCIDOS NO PERÍODO DE PARALISAÇÃO POR GREVE. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL, POR USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DA UNIÃO EM MATÉRIA DE DIREITO CIVIL. 1. As regras de distribuição de competências legislativas são alicerces do federalismo e consagram a fórmula de divisão de centros de poder em um Estado de Direito. Princípio da predominância do interesse. 2. A própria Constituição Federal, presumindo de forma absoluta para algumas matérias a presença do princípio da predominância do interesse, estabeleceu, a priori, diversas competências para cada um dos entes federativos, União, Estados-Membros, Distrito Federal e Municípios, e a partir dessas opções pode ora acentuar maior centralização de poder, principalmente na própria União (CF, art. 22), ora permitir uma maior descentralização nos Estados-Membros e Municípios (CF, arts. 24 e 30, inciso I). 3. A lei distrital sob análise atinge todos os devedores e tem por objeto obrigações originadas por meio dos títulos que especifica; sendo, consequentemente, norma de Direito Civil, previsto como de competência privativa da União, nos termos do artigo 22, inciso I, da Constituição Federal. Precedentes nesse sentido. 4. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente, por vício formal. (ADI 3605, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 30/06/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-207 DIVULG 12-09-2017 PUBLIC 13-09-2017)

No caso em tela, houve ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade pelo Governador do Distrito Federal, em face da Lei Distrital 3.594, de 27 de abril de 2005. Esta lei previa o seguinte:

Art. 1º Em caso de paralisação por greve, que impossibilite o consumidor de efetuar o pagamento de fichas de compensação, boletos de cobrança, tributos e outros títulos obrigacionais, ficam as concessionárias, os órgãos públicos, credores e as instituições financeiras, no Distrito Federal, proibidos de cobrar multas por atraso das obrigações vencidas no período da paralisação, desde que pagas pelo consumidor no primeiro dia útil de retorno às atividades normais.

Art. 2º O descumprimento do disposto nesta Lei sujeita os infratores à multa prevista no art. 57, parágrafo único, da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, sem prejuízo de outras sanções cabíveis.

Art. 3º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 4º Revogam-se as disposições em contrário.

O STF, por meio de decisão do plenário, entendeu que a lei sobre análise tratou sobre obrigações originadas por meios dos títulos especificados no texto legislativo. Desta forma, ao ter incidência sobre todos os devedores, seria norma de Direito Civil.

O artigo 22, inciso I, da Constituição Federal, prevê que compete a união legislar privativamente sobre direito Civil. Desta forma, o STF declarou a inconstitucionalidade por vício formal da Lei Distrital 3.594, de 27 de abril de 2005.

Isto porque o Distrito Federal violou competência legislativa privativa da União. Feriu, assim, as regras de distribuição de competências legislativas constitucionais.

2.2 Controle concentrado - abstrato de constitucionalidade: inconstitucionalidade material

O controle de constitucionalidade sob o aspecto material ou substancial é realizado ao se verificar a compatibilidade material do objeto do ato normativo ou lei, em relação a Constituição Federal.⁴⁰

Neste julgado, houve declaração de inconstitucionalidade formal e material. Passa-se a análise apenas da inconstitucionalidade sob o aspecto material. Uma vez que a inconstitucionalidade formal já foi analisada anteriormente.

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONSTITUCIONAL E AMBIENTAL. FEDERALISMO E RESPEITO ÀS REGRAS DE DISTRIBUIÇÃO DE COMPETÊNCIA LEGISLATIVA. IMPOSSIBILIDADE DE NORMA ESTADUAL AUTORIZAR EDIFICAÇÃO POR PARTICULARES EM ÁREAS DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE – APP, COM FINALIDADE EXCLUSIVAMENTE RECREATIVA. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL E MATERIAL. 1. A competência legislativa concorrente cria o denominado “condomínio legislativo” entre a União e os Estados-Membros, cabendo à primeira a edição de normas gerais sobre as matérias elencadas no art. 24 da Constituição Federal; e aos segundos o exercício da competência complementar — quando já existente norma geral a disciplinar determinada matéria (CF, art. 24, § 2º) — e da competência legislativa plena (supletiva) — quando inexistente norma federal a estabelecer normatização de caráter geral (CF, art. 24, § 3º). 2. Inconstitucionalidade formal de norma estadual que, de caráter pleno e geral, permite a edificação particular com finalidade unicamente recreativa em áreas de preservação permanente – APP; apesar da existência de legislação federal regente da matéria (Código Florestal) em sentido contrário. 3. Inconstitucionalidade material presente em face do excesso e abuso estabelecidos pela legislação estadual ao relativizar a proteção constitucional ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, cujo titular é a coletividade, em face do direito de lazer individual. Desproporcionalidade da legislação estadual impugnada. 4. Ação direta julgada procedente. (ADI 4988, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 19/09/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-213 DIVULG 04-10-2018 PUBLIC 05-10-2018).

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade interposta pelo Procurador Geral Da República em face o art. 3º, inciso III, alínea “I”, da Lei 1.939/2008 do Estado do Tocantins, a qual segue em termos:

Art. 3º. Para fins desta Lei, o órgão ambiental competente somente pode autorizar a intervenção ou supressão de vegetação em APP, devidamente

⁴⁰ MORAES, Alexandre D., **Direito Constitucional**, 37. ed. Grupo GEN, 2021.

caracterizada e motivada, mediante procedimento administrativo autônomo e prévio, nos casos de:

(...)

III - ações eventuais e de baixo impacto ambiental para:

(...)

I) pequenas construções com área máxima de 190 metros quadrados, utilizadas exclusivamente para lazer e que não contenham fossas sépticas ou outras fontes poluidoras;

No caso em análise, o plenário do Supremo Tribunal Federal declarou a norma inconstitucional, no seu aspecto material. Isto porque o inciso da supracitada lei afronta ao artigo 225, caput, da Constituição. Este artigo confere especial proteção ao meio ambiente. Senão vejamos:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

O ministro relator Alexandre de Moraes destacou que a lei estadual tinha o intuito de promover uma proteção ao lazer individual, ao permitir a construção de imóveis situados à margem do curso d'água.

No entanto, houve desproporcionalidade ao sacrificar o direito coletivo ao meio ambiente equilibrado. Desta forma, a lei estadual fragilizou a proteção ao meio ambiente ao permitir construção de área de lazer em área de proteção permanente (APP). Ademais, foi ressaltado no voto do ministro que os proprietários dispõem de todo o restante do imóvel para promover atividades relacionadas ao bem-estar, fazendo-se dispensável, portanto, que as construções sejam erigidas nas APPs.

2.3 Controle difuso- concreto de constitucionalidade

Neste julgado, o Supremo Tribunal Federal, de maneira inovadora declarou uma norma inconstitucional, em sede de controle difuso de constitucionalidade, com efeitos vinculante e *erga omnes*.

EMENTA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI Nº 3.579/2001 DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. SUBSTITUIÇÃO PROGRESSIVA DA PRODUÇÃO E DA COMERCIALIZAÇÃO DE PRODUTOS CONTENDO ASBESTO/AMIANTO. LEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM. PERTINÊNCIA TEMÁTICA. ART. 103, IX, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL POR USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DA UNIÃO. INOCORRÊNCIA. COMPETÊNCIA LEGISLATIVA CONCORRENTE. ART. 24, V, VI E XII, E §§ 1º A 4º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. CONVENÇÕES NºS 139 E

162 DA OIT. CONVENÇÃO DE BASILEIA SOBRE O CONTROLE DE MOVIMENTOS TRANSFRONTEIRIÇOS DE RESÍDUOS PERIGOSOS E SEU DEPÓSITO. REGIMES PROTETIVOS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS. INOBSERVÂNCIA. ART. 2º DA LEI Nº 9.055/1995. PROTEÇÃO INSUFICIENTE. ARTS. 6º, 7º, XXII, 196 E 225 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. CONSTITUCIONALIDADE MATERIAL DA LEI FLUMINENSE Nº 3.579/2001. IMPROCEDÊNCIA. DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 2º DA LEI Nº 9.055/1995. EFEITO VINCULANTE E ERGA OMNES. 1. Legitimidade ativa ad causam da Confederação Nacional dos Trabalhadores na Indústria - CNTI (art. 103, IX, da Constituição da República). Reconhecimento da pertinência temática com o objeto da demanda, em se tratando de confederação sindical representativa, em âmbito nacional, dos interesses dos trabalhadores atuantes em diversas etapas da cadeia produtiva do amianto. 2. Alegação de inconstitucionalidade formal por usurpação da competência da União. Competência legislativa concorrente (art. 24, V, VI e XII, e §§ 1º a 4º, da CF). A Lei nº 3.579/2001, do Rio de Janeiro, que dispõe sobre a progressiva substituição da produção e do uso do asbesto/amianto no âmbito do Estado, veicula normas incidentes sobre produção e consumo, proteção do meio ambiente, controle da poluição e proteção e defesa da saúde, matérias a respeito das quais, a teor do art. 24, V, VI e XII, da CF, compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente. 3. No modelo federativo brasileiro, estabelecidas pela União as normas gerais para disciplinar a extração, a industrialização, a utilização, a comercialização e o transporte do amianto e dos produtos que o contêm, aos Estados compete, além da supressão de eventuais lacunas, a previsão de normas destinadas a complementar a norma geral e a atender as peculiaridades locais, respeitados os critérios da preponderância do interesse local, do exaurimento dos efeitos dentro dos respectivos limites territoriais e da vedação da proteção insuficiente. Ao assegurar nível mínimo de proteção a ser necessariamente observado em todos os Estados da Federação, a Lei nº 9.055/1995, na condição de norma geral, não se impõe como obstáculo à maximização dessa proteção pelos Estados, ausente eficácia preemptiva da sua atuação legislativa, no exercício da competência concorrente. A Lei nº 3.579/2001 do Estado do Rio de Janeiro não excede dos limites da competência concorrente suplementar dos Estados, consentânea a proibição progressiva nela encartada com a diretriz norteadora da Lei nº 9.055/1995 (norma geral), incorrente afronta ao art. 24, V, VI e XII, e §§ 2º, 3º e 4º, da CF. 4. Alegação de inconstitucionalidade formal dos arts. 7º e 8º da Lei nº 3.579/2001 do Estado do Rio de Janeiro por usurpação da competência privativa da União (arts. 21, XXIV, e 22, I e VIII, da CF). A despeito da nomenclatura, preceito normativo estadual definidor de limites de tolerância à exposição a fibras de amianto no ambiente de trabalho não expressa norma trabalhista em sentido estrito, e sim norma de proteção do meio ambiente (no que abrange o meio ambiente do trabalho), controle de poluição e proteção e defesa da saúde (art. 24, VIII e XII, da Lei Maior), incorrente ofensa aos arts. 21, XXIV, e 22, I, da Constituição da República. A disciplina da rotulagem de produto quando no território do Estado não configura legislação sobre comércio interestadual, incólume o art. 22, VIII, da CF. 5. Alegação de inconstitucionalidade formal do art. 7º, XII, XIII e XIV, da Lei nº 3.579/2001 do Estado do Rio de Janeiro, por vício de iniciativa (art. 84, II e VI, “a”, da CF). Não se expõe ao controle de constitucionalidade em sede abstrata preceito normativo cujos efeitos já se exauriram. 6. À mesma conclusão de ausência de inconstitucionalidade formal conduz o entendimento de que inconstitucional, e em consequência nulo e ineficaz, o art. 2º da Lei nº 9.055/1995, a atrair por si só a incidência do art. 24, § 3º, da Lei Maior, segundo o qual “inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena”. Afastada, também por esse fundamento, a invocada afronta ao art. 24, V, VI e XII, e §§ 1º a 4º, da CF. 7. Constitucionalidade material da Lei fluminense nº 3.579/2001. À luz do

conhecimento científico acumulado sobre a extensão dos efeitos nocivos do amianto para a saúde e o meio ambiente e à evidência da ineficácia das medidas de controle nela contempladas, a tolerância ao uso do amianto crisotila, tal como positivada no art. 2º da Lei nº 9.055/1995, não protege adequada e suficientemente os direitos fundamentais à saúde e ao meio ambiente equilibrado (arts. 6º, 7º, XXII, 196, e 225 da CF), tampouco se alinha aos compromissos internacionais de caráter supralegal assumidos pelo Brasil e que moldaram o conteúdo desses direitos, especialmente as Convenções nºs 139 e 162 da OIT e a Convenção de Basileia. Inconstitucionalidade da proteção insuficiente. Validade das iniciativas legislativas relativas à sua regulação, em qualquer nível federativo, ainda que resultem no banimento de todo e qualquer uso do amianto. 8. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente, com declaração incidental de inconstitucionalidade do art. 2º da Lei nº 9.055/1995 a que se atribui efeitos vinculante e erga omnes. (ADI 3470, Relator(a): ROSA WEBER, Tribunal Pleno, julgado em 29/11/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-019 DIVULG 31-01-2019 PUBLIC 01-02-2019)

Este julgado se trata ação direta de inconstitucionalidade proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores da Indústria em face da Lei nº 3.579, de 07 de junho de 2001 do Estado do Rio de Janeiro, por haver inconstitucionalidade formal e material. Ressalta-se que este texto normativo estadual regulamentou sobre a obrigação de substituição progressiva da produção e da comercialização de produtos que contenham asbesto e dá outras providências.

Ao que interessa ao propósito desta análise, um dos argumentos perpetrados pela parte autora foi de que houve inconstitucionalidade formal da lei impugnada por violação dos arts. 1º, 22, I e XII, 24 e 25, § 1º, da Constituição da República, por invadir a competência privativa da União para legislar sobre direito do trabalho, direito comercial e recursos minerais; bem como por estabelecer normas de caráter geral sobre a produção e o consumo de materiais contendo amianto, isso é, asbesto.

Isto porque estas matérias seriam de competência concorrente, já disciplinadas em lei federal (lei nº 9.055/1995). Desta forma, a lei estadual teria excedido os limites de competência suplementar do Estado para legislar sobre o tema.

A parte autora, em complemento, alegou que a União, no exercício da competência que editou a referida Lei nº 9.055/1995, visando a disciplinar a extração, a industrialização, a utilização, a comercialização e o transporte do asbesto/amianto e dos produtos que o contenham, bem como das fibras naturais e artificiais, de qualquer origem, utilizadas para o mesmo fim. Em complemento aduz que o art. 2º da referida lei federal autoriza expressamente a exploração do amianto do tipo crisotila. Desta forma, a lei nº 3.579, de 07 de junho de 2001, do Estado do Rio de Janeiro deveria ser declarada inconstitucional em sua integralidade. Isto porque proibiu, sem

justificativa razoável, a fabricação, o comércio e a extração de materiais contendo qualquer espécie de amianto.

O STF, por meio do plenário, decidiu que a lei do Estado do Rio de Janeiro era constitucional. Julgou, portanto, improcedente a ADI interposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores. No entanto, de forma incidental, declarou inconstitucional o art. 2º da lei nº 9.055/1995. Vale ressaltar que a referida lei federal não era objeto da ação principal de inconstitucionalidade.

Houve, portanto, uma declaração incidental de inconstitucionalidade do art. 2º da lei nº 9.055/1995. Isto equivale dizer que o Supremo Tribunal Federal realizou controle difuso de constitucionalidade. E mais, atribuiu efeito vinculante e *erga omnes*. Veja-se o extrato da decisão publicada pelo STF, em referência a ADI 3470:

Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto da Relatora, julgou improcedente a ação, e, incidentalmente, declarou a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei 9.055/95, com efeito vinculante e erga omnes. Vencidos o Ministro Marco Aurélio, que votou pela procedência do pedido, e, em parte, o Ministro Alexandre de Moraes, que divergia parcialmente para julgar parcialmente procedente o pedido e dar interpretação conforme aos arts. 2º e 3º da Lei 3.579 do Estado do Rio de Janeiro, nos termos de seu voto. Ao final, o Tribunal indeferiu pedido de análise de modulação de efeitos suscitado da tribuna. Impedido o Ministro Roberto Barroso. Ausente, justificadamente, o Ministro Ricardo Lewandowski. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 29.11.2017.

Interessante também destacar um trecho da discussão do voto do Ministro Gilmar Mendes, na ADI 3470, ao defender o efeito vinculante e erga omnes do controle incidental de inconstitucionalidade:

Estou dizendo só do reforço. A proposta que já tinha feito em outro momento é que... Claro que não estamos fazendo uma interpretação ablativa do texto constitucional, do artigo 52, X, mas fazendo uma releitura, para dizer que comunicamos ao Senado, para que o Senado faça a publicação, ou seja intensifique a publicidade, só isso. A decisão já é bastante em si.

2.4 Controle preventivo de constitucionalidade

Passa-se a análise de (im)possibilidade do controle preventivo de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal.

Desta feita, colaciona-se dois julgados do tribunal pleno do STF:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. PODER LEGISLATIVO: ATOS: CONTROLE JUDICIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. PARLAMENTARES. I. - O Supremo Tribunal Federal admite a legitimidade do parlamentar - e somente

do parlamentar - para impetrar mandado de segurança com a finalidade de coibir atos praticados no processo de aprovação de lei ou emenda constitucional incompatíveis com disposições constitucionais que disciplinam o processo legislativo. II. - Precedentes do STF: MS 20.257/DF, Ministro Moreira Alves (leading case) (RTJ 99/1031); MS 20.452/DF, Ministro Aldir Passarinho (RTJ 116/47); MS 21.642/DF, Ministro Celso de Mello (RDA 191/200); MS 24.645/DF, Ministro Celso de Mello, "D.J." de 15.9.2003; MS 24.593/DF, Ministro Maurício Corrêa, "D.J." de 08.8.2003; MS 24.576/DF, Ministra Ellen Gracie, "D.J." de 12.9.2003; MS 24.356/DF, Ministro Carlos Velloso, "D.J." de 12.9.2003. III. - Agravo não provido. (MS 24667 AgR, Relator(a): CARLOS VELLOSO, Tribunal Pleno, julgado em 04/12/2003, DJ 23-04-2004 PP-00038 EMENT VOL-02148-04 PP-00714)

O caso em tela tratou-se de agravo regimental com pedido de reconsideração impetrado por servidores públicos federais contra decisão que negou seguimento o pedido formulado em mandado de segurança, em razão de ilegitimidade ativa.

O mandado de segurança (MS) originário tratava-se de remédio constitucional preventivo contra iminente ato de deliberação do Senado Federal, em sede de emenda constitucional, o qual tratava sobre contribuição previdenciária dos servidores públicos.

Como se percebe da ementa supracitada, o agravo regimental não foi provido.

O STF entendeu que excepcionalmente pode-se impetrar mandado de segurança com finalidade de coibir atos praticados no processo de aprovação de lei ou emenda constitucional. No entanto, isto apenas é possível quando há afronta às normas constitucionais que disciplinam o processo legislativo (aspectos formais e procedimentais).

Ademais, a legitimidade ativa está restrita somente ao parlamentar. Desta feita, aquele que não detém o mandato eletivo não pode ajuizar mandado de segurança discutindo tramitação de lei ou emenda constitucional.

Ementa: CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. CONTROLE PREVENTIVO DE CONSTITUCIONALIDADE MATERIAL DE PROJETO DE LEI. INVIABILIDADE. 1. Não se admite, no sistema brasileiro, o controle jurisdicional de constitucionalidade material de projetos de lei (controle preventivo de normas em curso de formação). O que a jurisprudência do STF tem admitido, como exceção, é "a legitimidade do parlamentar - e somente do parlamentar - para impetrar mandado de segurança com a finalidade de coibir atos praticados no processo de aprovação de lei ou emenda constitucional incompatíveis com disposições constitucionais que disciplinam o processo legislativo" (MS 24.667, Pleno, Min. Carlos Velloso, DJ de 23.04.04). Nessas excepcionais situações, em que o vício de inconstitucionalidade está diretamente relacionado a aspectos formais e procedimentais da atuação legislativa, a impetração de segurança é admissível, segundo a jurisprudência do STF, porque visa a corrigir vício já efetivamente concretizado no próprio curso do processo de formação da norma, antes mesmo e independentemente de sua final aprovação ou não. 2.

Sendo inadmissível o controle preventivo da constitucionalidade material das normas em curso de formação, não cabe atribuir a parlamentar, a quem a Constituição nega habilitação para provocar o controle abstrato repressivo, a prerrogativa, sob todos os aspectos mais abrangente e mais eficiente, de provocar esse mesmo controle antecipadamente, por via de mandado de segurança. 3. A prematura intervenção do Judiciário em domínio jurídico e político de formação dos atos normativos em curso no Parlamento, além de universalizar um sistema de controle preventivo não admitido pela Constituição, subtrairia dos outros Poderes da República, sem justificação plausível, a prerrogativa constitucional que detém de debater e aperfeiçoar os projetos, inclusive para sanar seus eventuais vícios de inconstitucionalidade. Quanto mais evidente e grotesca possa ser a inconstitucionalidade material de projetos de leis, menos ainda se deverá duvidar do exercício responsável do papel do Legislativo, de negar-lhe aprovação, e do Executivo, de apor-lhe veto, se for o caso. Partir da suposição contrária significaria menosprezar a seriedade e o senso de responsabilidade desses dois Poderes do Estado. E se, eventualmente, um projeto assim se transformar em lei, sempre haverá a possibilidade de provocar o controle repressivo pelo Judiciário, para negar-lhe validade, retirando-a do ordenamento jurídico. 4. Mandado de segurança indeferido. (MS 32033, Relator(a): GILMAR MENDES, Relator(a) p/ Acórdão: TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 20/06/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-033 DIVULG 17-02-2014 PUBLIC 18-02-2014 RTJ VOL-00227-01 PP-00330)

Este julgado refere-se ao MS 32033 ajuizado no STF, com pedido de liminar. Foi impetrado por parlamentar contra projeto de lei em trâmite, na casa legislativa a qual pertence, por suposta violação material da constituição.

No mérito pediu, segundo trecho do relatório do julgado do MS 32033, a concessão da ordem nos seguintes termos:

para que referido projeto de lei seja definitivamente arquivado, considerando-se que sua mera tramitação, casuística e abusiva, além de se qualificar como causa de sensível perturbação institucional, ofende de morte os postulados básicos, centrais e fundantes da ordem constitucional, tais como o pluripartidarismo, a igualdade entre agremiações partidárias, o direito à livre criação de partidos, elementos sem os quais resta substancialmente comprometida a própria sobrevivência de nosso sistema democrático.

O Supremo Tribunal Federal entendeu que se tratava de controle preventivo de constitucionalidade material de norma em curso de formação. Por este motivo, indeferiu o remédio constitucional.

O STF, ao julgar este MS, reafirmou a sua jurisprudência no sentido de que cabe somente a “parlamentar impetrar mandado de segurança com a finalidade de coibir atos praticados no processo de aprovação de lei ou emenda constitucional incompatíveis com disposições constitucionais que disciplinam o processo legislativo”.

Desta forma, para o STF é permitido apenas o controle preventivo no que tange a vícios de constitucionalidade relacionados a aspectos formais e procedimentais do processo legislativo.

Conforme ementa do Julgado do MS 32033, pode-se concluir que, em regra, “não se admite, no sistema brasileiro, o controle jurisdicional de constitucionalidade material de projetos de lei (controle preventivo de normas em curso de formação)”. Em caráter excepcional, é permitido mandado de segurança (impetrado somente por parlamentar) com o objetivo de “coibir atos praticados no processo de aprovação de lei ou emenda constitucional incompatíveis com disposições constitucionais que disciplinam o processo legislativo”.

Vejamos o esclarecedor trecho do voto do Ministro relator Teori Zavascki (MS 32033, Relator(a): GILMAR MENDES, Relator(a) p/ Acórdão: TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 20/06/2013):

É sabido que nosso sistema constitucional não prevê nem autoriza o controle de constitucionalidade de meros projetos normativos. A jurisprudência desta Corte Suprema está firmemente consolidada na orientação de que, em regra, devem ser rechaçadas as demandas judiciais com tal finalidade. A título ilustrativo, que reflete a visão tradicional da Corte, reporto-me ao que ficou assentado na ADI 466/DF (DJ de 10/05/1991), relatada pelo Ministro Celso de Mello, em que se pretendia, mediante ação direta, o reconhecimento da inconstitucionalidade da Proposta de Emenda Constitucional – PEC n. 1-B, de 1988, que submetia a plebiscito popular a instituição de pena de morte para os crimes nela indicados. Na oportunidade, o Tribunal não admitiu a ação(...).

(...)

Somente em duas situações a jurisprudência do STF abre exceção a essa regra: a primeira, quando se trata de Proposta de Emenda à Constituição – PEC que seja manifestamente ofensiva a cláusula pétrea; e a segunda, em relação a projeto de lei ou de PEC em cuja tramitação for verificada manifesta ofensa a alguma das cláusulas constitucionais que disciplinam o correspondente processo legislativo. Nos dois casos, as justificativas para excepcionar a regra estão claramente definidas na jurisprudência do Tribunal: em ambos, o vício de inconstitucionalidade está diretamente relacionado a aspectos formais e procedimentais da atuação legislativa. Assim, a impetração de segurança é admissível, segundo essa jurisprudência, porque visa a corrigir vício já efetivamente concretizado no próprio curso do processo de formação da norma, antes mesmo e independentemente de sua final aprovação ou não.

(...)

Apenas nessas duas excepcionais situações é que se tem admitido, portanto, o controle da legitimidade constitucional de projetos de lei ou de emenda à Constituição, controle que se viabiliza por mandado de segurança, de iniciativa exclusiva de membro do Parlamento.

CONCLUSÃO

Pode-se perceber que há três principais tipos de controle de constitucionalidade: americano (difuso-concreto); austríaco originário (abstrato-concentrado) e o francês (preventivo). O modelo difuso-concreto tem como ponto de partida um caso concreto. Desta forma, há uma lide intersubjetiva.

Já o abstrato-concentrado não está vinculado a um caso concreto, sendo o objeto principal da lide o próprio controle de constitucionalidade. Tanto o difuso como o concentrado são controles eminentemente repressivos. Já no modelo preventivo, a atuação do controle constitucional ocorre durante o processo legislativo, antes mesmo de a norma ser formada.

O caso emblemático histórico em matéria de controle de constitucionalidade é o *Marbury vs. Madison*, ocorrido nas eleições dos Estados Unidos de 1800. Isto porque, neste episódio, a Suprema Corte Americana afirmou, pela primeira vez, seu poder de exercer o controle de constitucionalidade. Esta decisão foi histórica porque a corte americana deixou de aplicar, por ser inválida, lei inconstitucional.

A importância da análise do direito comparado para o nosso sistema jurídico é perceber que o Brasil passou por algumas fases de controle de constitucionalidade. Na origem, por meio da constituição de 1891, foi adotado o sistema americano difuso. No entanto, o que se prevaleceu a partir da constituição de 1934 foi o sistema concentrado. A partir da emenda n. 45, na Constituição Federal de 1988, percebe-se que o Brasil passa a se aproximar de um sistema híbrido, com características tanto do modelo americano, como do modelo austríaco originário.

Quanto aos julgados do Supremo Tribunal Federal, apreende-se que este sistema híbrido prevalece. Pode-se perceber que o STF realiza o controle de constitucionalidade concentrado em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade e demais ações constitucionais. Ademais, realiza o controle incidental de constitucionalidade, inclusive conferindo efeito vinculante e erga omnes a esta decisão.

Por fim, em casos excepcionais, o Supremo Tribunal Federal cogita em realizar o controle preventivo de constitucionalidade, por meio de mandado de segurança. Nestes casos, a legitimidade subjetiva é exclusiva do parlamentar. E a matéria está restrita apenas aos aspectos formais e procedimentais relacionados a aprovação de lei ou emenda constitucional. A análise se dá em relação a (in)compatibilidade com as disposições da Constituição Federal que disciplinam o processo legislativo.



REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís. R. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 8. ed.: Editora Saraiva, 2019., [s.d.]. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553611959/>>. Acesso em: 26 jan. 2022.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASÍLIA. *Lei n. 3.594, de 27 de abril de 2005*. Disponível em: <http://www.sinj.df.gov.br/sinj/Norma/51527/Lei_3594_27_04_2005.html>. Acesso: 20 fev. 2022.

DELLORE, LUIZ. *Estudos sobre coisa Julgada e Controle de Constitucionalidade*. : Grupo GEN, 2013. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-5604-2/>>. Acesso em: 26 jan. 2022.

MORAES, Alexandre D. *Direito Constitucional*. 37. ed.: Grupo GEN, 2021. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597027648/>>. Acesso em: 23 fev. 2022.

PADILHA, Rodrigo. *Direito Constitucional*. 6. ed. : Grupo GEN, 2019. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530988319/>>. Acesso em: 24 fev. 2022.

Supremo Tribunal Federal. ADI 3470, Relator(a): ROSA WEBER, Tribunal Pleno, julgado em 29/11/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-019 DIVULG 31-01-2019 PUBLIC 01-02-2019. Disponível em <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22ADI%203470%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true>. Acesso em: 20 fev. 2022.

Supremo Tribunal Federal. ADI 4988, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 19/09/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-213 DIVULG 04-10-2018 PUBLIC 05-10-2018. Disponível em <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22ADI%204988%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true>. Acesso em: 20 jan. 2022.



Supremo Tribunal Federal. ADI 3605, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 30/06/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-207 DIVULG 12-09-2017 PUBLIC 13-09-2017. Disponível em <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22ADI%203605%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true>. Acesso em: 10 jan. 2022.

Supremo Tribunal Federal. MS 32033, Relator(a): GILMAR MENDES, Relator(a) p/ Acórdão: TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 20/06/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-033 DIVULG 17-02-2014 PUBLIC 18-02-2014 RTJ VOL-00227-01 PP-00330. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22MS%2032033%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true>. Acesso em: 26 jan. 2022.

Supremo Tribunal Federal. MS 24667 AgR, Relator(a): CARLOS VELLOSO, Tribunal Pleno, julgado em 04/12/2003, DJ 23-04-2004 PP-00038 EMENT VOL 02148-04 PP-00714. Disponível em <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22MS%2024667%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true>. Acesso em: 09 jan. 2022.

TAVARES, André. R. *Curso de Direito Constitucional*.: Editora Saraiva, 2021. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555596915/>>. Acesso em: 27 jan. 2022.



**ANÁLISE E FORTALECIMENTO DA REDE DE PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR
NO COMBATE AO ABATE CLANDESTINO DE ANIMAIS PARA CONSUMO
HUMANO NO ESTADO DA BAHIA: PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO**
ANALYSIS AND STRENGTHENING OF THE CONSUMER PROTECTION
NETWORK IN COMBATING THE CLANDESTINE SLAUGHTER OF ANIMALS FOR
HUMAN CONSUMPTION IN THE STATE OF BAHIA: ROLE OF THE PUBLIC
MINISTRY

Gabriela Argollo Araujo Marins¹

Resumo: O presente artigo aborda o problema do abate clandestino e sua repercussão como problema de saúde e na seara do direito do consumidor trazendo a necessidade da atuação da rede de proteção ao consumidor para combate da prática, sobretudo a importância do Ministério Público.

Palavras-Chave: Abate Clandestino; Combate; Proteção ao Consumidor; Ministério Público.

Abstract: This article addresses the problem of clandestine slaughter and its repercussions as a health problem and in the area of consumer rights, bringing the need for the action of the consumer protection network to combat the practice, especially the importance of the Public Prosecutor's Office.

Keywords: Clandestine Slaughter; Combat; Consumer protection; Public ministry.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho se insere em um contexto amplo de proteção e defesa do consumidor e busca abordar especificamente o problema do abate clandestino de animais e a introdução desse produto no mercado para consumo humano. Esse problema é de grande relevância para a sociedade, uma vez que envolve questões de saúde pública, segurança alimentar, bem-estar animal e direitos do consumidor.

No domínio público, é observável a preocupação crescente com a qualidade e a segurança dos alimentos consumidos pela população, bem como com as práticas ilegais relacionadas ao abate de animais. Casos de contaminação alimentar, surtos de doenças transmitidas por alimentos e a crescente demanda por alimentos de origem animal produzidos de forma ética têm despertado a atenção da sociedade e das autoridades responsáveis.

¹ Graduada em Direito pela Universidade Católica de Salvador. Analista Jurídico do Ministério Público da Bahia. Especialista em Direito do Estado pela Faculdade Baiana de Direito.

O tema se insere nos campos do Direito Público e do Direito Privado, uma vez que envolve a aplicação de leis e normas que visam a proteger a saúde e os direitos e interesses dos consumidores. Além disso também se relaciona com modelos de governança, uma vez que busca analisar a atuação dos órgãos de vigilância sanitária municipal e defesa agropecuária, a fim de identificar possíveis falhas ou lacunas nesse sistema de proteção ao consumidor. A partir dessa análise, serão propostas medidas para fortalecer a proteção e defesa do consumidor e coibir o abate clandestino de animais.

O combate à prática do abate clandestino está intrinsecamente ligado às técnicas de elaboração, gestão e avaliação de políticas públicas. Serão analisadas as políticas existentes relacionadas à proteção ao consumidor e ao combate ao abate clandestino, buscando compreender sua efetividade e propor melhorias. O objetivo é contribuir para o aprimoramento dessas políticas públicas, oferecendo subsídios para uma atuação mais eficiente dos órgãos competentes e para a garantia de direitos e segurança dos consumidores, bem como o Ministério pode atuar e contribuir nesse aspecto.

A influência direta ou indireta sobre o tema da aplicação do Direito, dos modelos de governança e das técnicas de elaboração, gestão ou avaliação de Políticas Públicas se dá no limite em que, por meio da presente pesquisa, será possível identificar lacunas, propor soluções e fortalecer a proteção ao consumidor no contexto do combate ao abate clandestino de animais. A abordagem do tema de forma interdisciplinar e integrada permitirá uma compreensão mais abrangente dos desafios enfrentados nesse campo e contribuirá para a construção de políticas mais eficientes e eficazes.

Como melhorar a rede de proteção e defesa do consumidor e a atuação do Ministério Público no combate ao abate clandestino de animais para consumo humano, considerando a falha no enfrentamento a essa prática e a estrutura deficiente da rede de proteção do consumidor?

O objeto da análise recai sobre o estado da Bahia, nas atividades relacionadas à proteção ao consumidor nesse contexto específico, analisando a atuação dos órgãos de vigilância sanitária municipal, agências reguladoras, Ministério Público, associações de consumidores, comerciantes e consumidores envolvidos no setor de alimentos.

Será analisada a legislação existente relacionada à proteção ao consumidor e ao combate ao abate clandestino de animais para consumo humano, bem como as ações e programas implementados pelas autoridades competentes. Serão observadas as políticas públicas voltadas para a proteção ao consumidor nesse contexto específico, buscando compreender a efetividade e os desafios enfrentados na aplicação dessas políticas. A comunidade envolvida será as macrorregiões do estado da Bahia, considerando os diferentes atores e suas interações no âmbito da proteção ao consumidor e do combate ao abate clandestino.

A proteção ao consumidor é de suma importância para garantir a saúde e segurança da população usuária de carne animal. O combate ao abate clandestino de animais para consumo humano é um desafio que afeta diretamente a saúde pública e o bem-estar animal. A existência de estruturas deficientes e falhas no sistema de proteção ao consumidor torna mais grave essa problemática.

A temática é de relevante importância para resolver o problema do abate clandestino de animais para consumo humano e fortalecer a proteção ao consumidor. Existem diversas razões que tornam essa questão relevante e urgente de ser abordada:

Saúde pública e segurança alimentar: O abate clandestino de animais representa um risco para a saúde pública, pois os produtos resultantes dessas práticas irregulares podem estar contaminados por agentes patogênicos, como bactérias e parasitas, colocando em risco a saúde dos consumidores. Além disso, a falta de controle sanitário compromete a segurança alimentar, uma vez que não há garantias sobre as condições de produção, transporte e armazenamento dos alimentos.

Bem-estar animal: O abate clandestino muitas vezes ocorre de forma cruel e sem respeitar os princípios de bem-estar animal. Animais são submetidos a condições inadequadas de abate, resultando em sofrimento e maus-tratos. A proteção ao consumidor também está ligada ao bem-estar animal, uma vez que consumidores têm direito a adquirir produtos de origem animal produzidos de forma ética e sustentável.

Direitos do consumidor: Os consumidores têm direito à informação clara e adequada sobre os produtos que consomem, incluindo sua origem, condições de produção e segurança. O abate clandestino vai de encontro a esses direitos, uma vez que os consumidores são enganados e expostos a riscos desconhecidos.

Ineficiência das políticas públicas existentes: A existência do abate clandestino de animais revela falhas nas políticas públicas de proteção ao consumidor e de controle sanitário. A pesquisa se propõe a identificar as deficiências dessas políticas e oferecer subsídios para o aprimoramento das mesmas, visando a uma atuação mais eficiente dos órgãos competentes.

Ao resolver o problema do abate clandestino de animais para consumo humano e fortalecer a proteção ao consumidor, espera-se garantir alimentos mais seguros, promover o bem-estar animal, proteger os direitos do consumidor e fortalecer a governança e as políticas públicas relacionadas à proteção ao consumidor.

Fortalecer a proteção ao consumidor no combate ao abate clandestino de animais para consumo humano por meio da análise da estrutura deficiente da rede de proteção do consumidor e da proposição de medidas para melhoria.

Analisar a legislação vigente relacionada à defesa do consumidor no combate ao abate clandestino de animais para consumo humano. Identificar as falhas no enfrentamento ao abate clandestino de animais e suas consequências para a proteção do consumidor. Avaliar a estrutura da rede de proteção ao consumidor no contexto do combate ao abate clandestino de animais. Avaliar como o Ministério Público pode contribuir e propor medidas e estratégias para fortalecer a proteção ao consumidor e coibir o abate clandestino de animais para consumo humano.

2. O ABATE CLANDESTINO, SUAS REPERCUSSÕES E ATUAÇÃO DA REDE DE PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR

O abate clandestino obstaculiza o controle sanitário e o rastreamento da carne, na medida em que impede a realização de exames adequados nas carcaças e realiza o abate sem a devida observância de normas e procedimentos sanitários durante a manipulação do animal.

É prática extremamente condenada no ordenamento jurídico pátrio, pois, representa alto fator de risco à saúde pública, visto que, expõe a população aos agentes infecciosos e parasitas (transmitidos pelos homens, animais ou pela própria condição imprópria através da qual se abatem os animais – contato com ambiente inadequado), capazes de causar doenças com consequências gravíssimas.

Estudos realizados por órgãos da saúde pública comprovaram que existem, atualmente, mais de 30 doenças transmissíveis via carne contaminada. Entre as

principais zoonoses, encontram-se a tuberculose, cisticercose, brucelose, botulismo, aftosa e raiva.

Essa contaminação pode resultar tanto pelo contato humano com o alimento decorrente de abate clandestino, que estará destituído, portanto, de qualidade sanitária exigida pela legislação, bem como, pelo contato humano com o meio ambiente inapropriado no qual o abate ocorre clandestinamente.

Há de se assumir, porém, que existe um longo caminho a ser percorrido para que sejam resolvidos os problemas da clandestinidade. Quase 50% da carne consumida no Brasil tem origem nos abatedouros clandestinos, onde não existe nenhum tipo de fiscalização ou condições técnicas para o abate de animais, contrariando todas as regras de higiene, o que coloca a população em risco permanente para a saúde.

Neste sentido, afirma-se que as péssimas condições de abate, armazenamento e transporte da carne bovina apontam o estado de ameaça a que consumidores estão sujeitos diariamente sem, sequer, ter ideia do risco que correm.

O abate clandestino pode provocar, ainda, danos ambientais, afetando outros organismos vivos, e tornando o meio ambiente inadequado para a sustentação de uma vida humana saudável. Sendo, portanto, indiscutivelmente, um problema de natureza difusa e de interesse coletivo.

Outro reflexo gritante se refere ao aumento de gastos públicos com a saúde, decorrentes de políticas de prevenção e combate às doenças decorrentes do abate clandestino, em razão da impropriedade do alimento e contaminação do ambiente resultante dessa prática abominável.

Como trabalham na clandestinidade, os abatedouros clandestinos não recolhem qualquer tipo de impostos, nem contribuem com benefícios para a sociedade.

Outra transgressão são os maus tratos para com os animais no momento de seu abate. Nos frigoríficos legalizados o atordoamento do animal se dá entre 100 a 200 milésimos de segundos, ao passo que, nos clandestinos, o animal agoniza por longos minutos, uma vez que é impiedosamente abatido a golpes de facão, machado ou marreta.

Sendo assim, urge um combate ao abate clandestino de forma integrada, convergente e efetiva entre os diversos organismos, governamentais ou não, em razão desta prática poder afetar diversos sujeitos passivos, nas mais diversas áreas.

Impõe-se, portanto, atuação conjunta no combate a esta causa, entre os órgãos de Vigilância Sanitária, Sistema Único de Saúde, Prefeituras Municipais, Ministérios Públicos, Autoridades Policiais, bem como, das empresas que exploram a atividade de maneira lícita e conforme as exigências legais, e ainda, da sociedade em geral, no sentido de contribuir na identificação e divulgação da possível existência de locais onde ocorram a prática do abate clandestino de animais.

No que tange à responsabilidade de fiscalização do rebanho, inclusive de seu transporte, compete a ADAB, por meio da Diretoria de Defesa Animal, que tem por finalidade supervisionar, fiscalizar e orientar as ações da política de saúde animal, atua por meio dos programas oficiais, reunindo as atividades de prevenção, vigilância, controle e erradicação das doenças dos animais, bem como o desenvolvimento de políticas de Educação Sanitária e a programação e implementação de treinamentos e capacitação em saúde animal.

Assim dispõe o Decreto Estadual/BA n. 22.288/2023:

A Agência Estadual de Defesa Agropecuária da Bahia - ADAB tem por finalidade promover e executar a defesa sanitária animal e vegetal, o controle e a inspeção de produtos de origem agropecuária.

Compete à ADAB:

I - elaborar e executar os programas de promoção e proteção da saúde animal e vegetal e a educação sanitária, constituindo-se na autoridade estadual de sanidade agropecuária;

II - fiscalizar a entrada, o trânsito, o comércio e o beneficiamento de produtos, subprodutos e derivados agropecuários no território baiano;

IV - exercer as atividades de vigilância epidemiológica;

V - atuar na profilaxia e controle das pragas e doenças dos animais e vegetais e na inspeção dos produtos de origem agropecuária;

VI - elaborar e propor normas legais para assegurar a saúde dos animais e vegetais e a qualidade sanitária dos produtos de origem agropecuária;

VII - modernizar, coordenar e executar as atividades do Sistema Estadual de Defesa Agropecuária;

VIII - cadastrar e fiscalizar pessoas físicas e jurídicas que produzem, comercializam e distribuem produtos quimioterápicos, biológicos, agrotóxicos e produtos afins, bem como prestadores de serviços zootossanitários;

IX - aplicar multas e outras sanções aos infratores das leis, decretos, portarias e normas de defesa sanitária animal e vegetal ou de produtos correlatos;

X - interditar, por descumprimento de medida sanitária, profilática ou preventiva, estabelecimento público ou particular e proibir o trânsito de animais, vegetais e seus subprodutos em desacordo com a regulamentação sanitária."

O objetivo das ações da ADAB é garantir a sanidade e a qualidade na cadeia do setor pecuário, aumentando a sua competitividade no mercado nacional e internacional, contribuindo de forma decisiva para proteção da saúde pública e o meio ambiente.

Por meio deste link é possível consulta a legislação que rege a matéria <http://www.adab.ba.gov.br/servicos/sanidade-animal/>.

Quanto à inspeção e fiscalização de estabelecimentos que realizem o comércio interestadual ou internacional, esta é objeto de regramento pelo Ministério da Agricultura- MAPA – Regulamento de Inspeção Industrial e Sanitária de Produtos de Origem Animal- RISPOOA (Decreto 10.468/2020), se estendendo tal atribuição às casas atacadistas que recebam e armazenem produtos de origem animal, em caráter supletivo às atividades de fiscalização da vigilância municipal.

No caso de comércio interestadual ou intermunicipal os serviços de fiscalização poderão ser executados por serviços de inspeção estadual e dos municípios.

É de atribuição das Vigilâncias Sanitárias Municipais, integrantes do Sistema Único de Saúde, nos termos dos arts.6º, VIII e art.18 da Lei 8.080/90, a responsabilidade pela fiscalização e a inspeção de alimentos para consumo humano.

De modo que, cabe a VISA Municipal a realização de fiscalização e inspeção de alimentos em supermercados, mercados municipais, açougues e estabelecimentos congêneres que comercializem alimentos, inclusive carnes, podendo aplicar, inclusive, sanções como interdição do estabelecimento comercial e apreensão dos produtos impróprios.

A despeito do alegado pelo referido órgão, a competência/atribuições da Vigilância não foram afetadas pela Lei Federal n.13.874/2019, haja vista que o referido órgão tem o Poder-Dever, inclusive de polícia, para atuar concedendo licença para funcionamento conforme normas técnicas para preservação da saúde coletiva, bem como fiscalizando e aplicando sanções em caso de descumprimento das normas legais.

3. O PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Quanto ao Ministério Público a linha de atuação gira em torno das seguintes temáticas:

- a. Abate realizado por Matadouro sem autorização e registro perante os órgãos competentes;
- b. Abate realizado, por Matadouro com ou sem registro, fora das especificações exigidas pela legislação vigente;

c. Distribuição/Transporte de material clandestinamente abatido, ou, mesmo se decorrente de abate de acordo com os critérios legais exigidos, sejam, a distribuição/transporte desconformes com as normas que regulamentam a atividade.

d. Comercialização de material clandestinamente abatido, ou, mesmo se decorrente de abate de acordo com os critérios legais exigidos, sejam, o transporte e/ou comercialização (estocagem e armazenamento) desconformes com as normas que regulamentam a atividade.

e. Destinação dos resíduos e utilização dos subprodutos (vísceras, couro, etc.) decorrentes do abate.

No âmbito de atuação do Ministério Público sugere-se a instauração de Procedimento Administrativo ou de Inquérito Civil para acompanhar a irregularidades, bem como oficial órgãos com a ADAB e a Vigilância Sanitária Municipal, para que em conjunto promovam a regularização dos estabelecimentos ou promovam a interdição do local judicialmente ou por meio administrativo.

Sob o aspecto criminal, o enquadramento da conduta/tipicidade não é matéria pacífica, existindo posições variadas tanto na doutrina como na jurisprudência, sendo o material jurídico disponível (especialmente doutrinário) escasso. Assim, diante da pesquisa realizada, resumidamente, temos as seguintes possibilidades de tipificação: Uma possível tipificação da conduta como crime de infração de medida sanitária preventiva.

Inicialmente vislumbra-se a possibilidade de tipificação da referida conduta no crime intitulado “Infração de medida sanitária preventiva”, previsto no art.268 do Código Penal, in verbis:

“Art. 268 - Infringir determinação do poder público, destinada a impedir introdução ou propagação de doença contagiosa:

Pena - detenção, de um mês a um ano, e multa.

Parágrafo único - A pena é aumentada de um terço, se o agente é funcionário da saúde pública ou exerce a profissão de médico, farmacêutico, dentista ou enfermeiro.”

Nota-se pela redação acima que, em tese, é possível o enquadramento da conduta do agente responsável pelo abate nas penas do crime referido.

Ainda encontramos na jurisprudência o seguinte acórdão, que pode ser adequado ao caso em comento:



“CRIME CONTRA A SAÚDE PÚBLICA - Infração de medida sanitária preventiva - Abate clandestino de gado vacum - Carne não destinada, porém, à população, mas a familiares e convidados, para churrasco oferecido pelos acusados - Inexistência de dolo - Absolução decretada - Inteligência do art. 268 do CP de 1940. Se a carne obtida através de abate clandestino de gado vacum era destinada não ao consumo público, mas a ser servida, em churrasco, a familiares e convidados dos acusados, não se configura a infração do art. 268 do CP de 1940, por falta de dolo específico”. Ap. 338.977 - Lorena - 5ª. C. - j. 9.5.84 - rel. Juiz Edmeu Carmesini - v. u. (RT 597/328).

Portanto, da análise do julgado acima, ao revés, mais uma vez se chega à conclusão de que será possível o enquadramento no artigo 268 do Código Penal se o agente praticar abate clandestino de gado, com o objetivo de destinar a mercadoria para consumo, representando um perigo para um número indeterminado de pessoas, sendo, portanto, modalidade de crime de perigo abstrato.

Cabe observar que sendo a conduta enquadrada no citado artigo é importante lembrar que, pela pena máxima cominada em abstrato (1 ano), a infração será de menor potencial ofensivo, sendo, desse modo, da competência dos Juizados Especiais Criminais. Logo, na transação penal (art. 76 da Lei nº 9.099/1995) é recomendável, como proposta de pena alternativa, alguma pena adequada ao crime.

Outras disposições legais previstas no Código Penal Brasileiro podem ser eventualmente utilizadas para tipificar tal fato delituoso, dependendo do caso concreto. Assim, por exemplo, lembramos os artigos 259 (“Difundir doença ou praga que possa causar dano a floresta, plantação ou animais de utilidade econômica”) e 278 (“Fabricar, vender, expor à venda, ter em depósito para vender ou, de qualquer forma, entregar a consumo coisa ou substância nociva à saúde, ainda que não destinada à alimentação ou a fim medicinal”). Porém, a tipificação nos delitos citados encontra maior dificuldade prática.

Também não pode ser ignorada a Lei nº 9.605 (que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente), podendo, eventualmente, a conduta ser enquadrada em algum tipo específico da lei ambiental, no que se refere a crime contra a fauna ou, até mesmo, crime de poluição. Apesar disso, não encontramos referências na jurisprudência, o que não impede que se utilize da presente lei caso se consiga um ideal enquadramento de acordo com ao fato praticado.

Finalmente, destacamos ser forte o entendimento jurisprudencial no sentido de tipificar a conduta como crime contra a relação de consumo, notadamente no que diz respeito às condutas de depósito para a venda ou exposição de carne clandestina.

Neste sentido, é corrente o posicionamento que admite a possibilidade de seu enquadramento no art. 7º, IX, da Lei nº 8.137/1990, pois é inegável que referidas mercadorias, por terem o processo de abate e distribuição em desacordo com as normas regulamentares, se apresentam impróprias para o consumo, violando, portanto, bem jurídico da coletividade de consumidores, na medida em que tal conduta atinge diretamente os interesses econômicos ou sociais do consumidor e, indiretamente, colocam em risco a vida, a saúde, o patrimônio e o mercado.

Vejamos o que diz o artigo mencionado:

“Art. 7º. Constitui crime contra as relações de consumo:

I – (...)

IX – vender, ter em depósito para vender ou expor à venda ou, de qualquer forma, entregar matéria-prima ou mercadoria, em condições impróprias ao consumo.

Pena – detenção, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, ou multa.”

Comentado o referido inciso, leciona Luiz Regis Prado:

“A ação típica prevista no inciso IX consiste em vender (consubstanciada na ação de comercializar, ou seja, transferir propriedade para outra pessoa, mediante pagamento), ter em depósito para vender (que significa guardar, conservar, deter, implicando posse ou detenção com o fim posterior de colocar à venda a matéria-prima ou mercadoria imprópria ao consumo) ou expor à venda (que expressa pôr à vista, mostrar, apresentar, oferecer, exibir para a venda) ou, de qualquer forma, entregar (designa a translação de uma mercadoria ou matéria-prima para cumprimento de uma obrigação contratual) matéria-prima ou mercadoria, em condições impróprias ao consumo.”

Importante destacar que o tipo em questão configura norma penal em branco, uma vez que matéria-prima ou mercadoria consideradas impróprias para o consumo encontram-se mencionadas na Lei nº 8.072/1990 (Código de Defesa do Consumidor), em seu art. 16, § 6º:

“Art. 18. (...)

§ 6º - São impróprios ao uso e consumo:

I – Os produtos cujos prazos de validade estejam vencidos;

II – Os produtos deteriorados, alterados, adulterados, avariados, falsificados, corrompidos, fraudados, nocivos à vida ou à saúde, perigosos ou, ainda, aqueles em desacordo com as normas regulamentares de fabricação, distribuição ou apresentação;

III – Os produtos que, por qualquer motivo, se revelem inadequados ao fim a que se destinam”. (grifamos)

Portanto, o citado art. 18, § 6º da Lei nº 8.072/1990 poderá servir de norma complementar ao art. 7º, IX, da Lei nº 8.137/1990, sendo interessante o Ministério Público, como estratégia de atuação, valer-se desses diplomas legais para um melhor enquadramento da conduta praticada.

Quanto à necessidade ou não da realização de perícia para a comprovação da materialidade do crime, o entendimento majoritário é que é dispensável. De fato, para a caracterização do crime previsto no inc. IX do art. 7º, da Lei nº 8.137/1990 não há que se falar na necessidade de laudo pericial para comprovação de que a mercadoria é imprópria para consumo, pois estamos diante de um crime de perigo abstrato, sendo essa, aliás, posição já adotada pelo Superior Tribunal de Justiça:

“Crime contra as relações de consumo – Abatedouro clandestino – Crime formal que se concretiza com a colocação em risco da saúde de eventual consumidor da mercadoria – Desnecessidade de laudo pericial da comprovação da impropriedade para consumo, por ser delito de perigo abstrato – Inteligência do art. 7º, IX, da Lei 8.137/1990. Ementa Oficial: O tipo do inciso IX do art. 7º da Lei 8.137/1990 trata de crime formal, bastando, para sua concretização, que se coloque em risco a saúde de eventual consumidor da mercadoria. Cuidando-se de crime de perigo abstrato, desnecessária se faz a constatação, via laudo pericial, da impropriedade do produto para consumo.” (STJ – 5ª T. – Resp 235.271 – PR – rel. Min. Gilson Dipp – j. 02.05.2002 – RT 807/582).

4. CONCLUSÃO

A prática do abate clandestino necessita de uma atuação conjunta de todos os órgãos integrantes do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor e ainda atuação interdisciplinar com órgãos de proteção ambiental e na seara política, a fim de que sejam adotadas medidas efetivas para que funcionem nos municípios e regiões estabelecimentos em que seja viável um abate de animais dentro das diretrizes legais e sanitárias.

Um esforço conjunto deve ser feito para que desde o abate, passando pelo transporte e finalizando com o comércio de carnes para que toda a cadeia produtiva seja realizada dentro das normas sanitárias e que preserve a saúde dos consumidores, destinatários finais.

O Ministério Público tem atuação relevante na temática, posto que deve investigar, identificar eventuais locais e práticas de abate clandestino, agindo com os demais órgãos a fim de promover a regularização de tais condutas, bem como punindo os autores de eventuais crimes.



REFERÊNCIAS

BRASIL. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Resolução RDC nº 259, de 20 de setembro de 2002. Regulamento técnico para rotulagem de alimentos embalados. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 23 set. 2002. Seção 1, p. 32.

BRASIL. Lei n.º 1.283, de 18 de dezembro de 1950. Dispõe sobre a inspeção industrial e sanitária dos produtos de origem animal. Art. 1º, 1p., 1950.

BRASIL. Lei nº 7.889, de 23 de novembro de 1989. Dispõe sobre a Inspeção Sanitária e Industrial dos Produtos de Origem Animal, e dá outras Providências; Art. 4º; 2p.; 1989.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 12 set. 1990.

BRASIL. NOVO RIISPOA DECRETO Nº 9.013, DE 29 DE MARÇO DE 2017. Alterado pelo Decreto nº 9.069, de 31 de maio de 2017; Regulamenta a Lei nº 1.283, de 18 de dezembro de 1950, e a Lei nº 7.889, de 23 de novembro de 1989, que dispõem sobre a inspeção industrial e sanitária de produtos de origem animal; 2017.

BRASIL. Presidência da República. Decreto nº 10.468, de 18 de agosto de 2020. Altera o Decreto nº 9.013, de 29 de março de 2017, que regulamenta a Lei nº 1.283, de 18 de dezembro de 1950, e a Lei nº 7.889, de 23 de novembro de 1989, que dispõem sobre o regulamento da Inspeção Industrial e Sanitária de Produtos de Origem Animal. Diário Oficial da União. 19 de agosto de 2020. Brasília, DF.

COSTA, P.C.; RODRIGUES, P.R.; GURGEL, M.P.L. et al. ABATE CLANDESTINO – RISCOS E CONSEQUÊNCIAS. In: X SECOMV. UFES, Alegre, Espírito Santo, 2011.

IBGE, Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. 2015. Pesquisa Trimestral de Abate de Animais. Disponível em: <www.sidra.ibge.gov.br/bda/tabela/listabl.asp?z=t&o=1&i=P&c=1092>.

LUNDGREN, P.U. et al. Perfil da qualidade higiênico-sanitária da carne bovina comercializada em feiras livres e mercados públicos de João Pessoa-PB. Alim. Nutr. 20 (1): 113-119. 2009.

MARRA, G.C. et al. Avaliação dos riscos ambientais na sala de abate de um matadouro de bovinos. Saúde em Debate, v. 41, p. 175-187, 2017.



PEIXOTO, S.T; BLANES, M.E. de C; PYRRHO, A. dos S. Abate clandestino: uma questão a ser enfrentada. Hig. alim., p. 42-46, 2013.

SCHMIDT, Thiago Augusto; SILVA, Janaynna Pedrina da; GRACIOLLI, Graziela. O abate clandestino de animais e a saúde pública: uma análise dos riscos e desafios. Revista de Direito Sanitário, São Paulo, v. 18, n. 3, p. 139-160, 2018.

SILVA, Hellen Lopes. ALMEIDA, Thamara Venâncio de. Abate clandestino de bovinos: Uma reflexão sobre os riscos à saúde pública. Revista Científica Multidisciplinar Núcleo do Conhecimento. Ano 06, Ed. 02, Vol. 11, pp. 139-170. Fevereiro de 2021. ISSN: 2448-0959, Link de acesso: <<https://www.nucleodoconhecimento.com.br/veterinaria/abate-clandestino>>.

SOBCZAK, A. Carne Ilegal: Governo, produtores e entidades protetoras dos animais se unem contra o abate clandestino no país. Revista Panorama Rural. Edição nº 149. 2011. Disponível em: <www.panoramarural.com.br/noticia.aspx?id=2521&edic=149>.

**MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS E SEUS OBJETIVOS PEDAGÓGICOS E****PUNITIVOS: UMA ANÁLISE À LUZ DE SUAS ESPÉCIES****SOCIO-EDUCATIONAL MEASURES AND THEIR PEDAGOGICAL AND PUNITIVE****OBJECTIVES: AN ANALYSIS IN THE LIGHT OF THEIR SPECIES**Claudino Silva Santos¹

Resumo: O presente trabalho tem como escopo análise dos objetivos das medidas socioeducativas à luz de suas espécies. Não obstante o legislador tenha estabelecidos objetivos comuns a todas elas, estes não se apresentam de forma uniforme. Às vezes o caráter punitivo se sobressai ao pedagógico, às vezes acontece o contrário. Algumas medidas apenas repreendem o adolescente, outras restringem sua liberdade. Quando se está diante de uma conduta mais grave, aplica-se uma medida mais gravosa e, por consequência, o caráter punitivo tende a ser mais latente. É, a partir dessa perspectiva, que se busca delinear em cada espécie de medida socioeducativa, qual objetivo prepondera e como se revela cada um deles.

Palavras-Chave: Objetivos. Pedagógico. Punitivo. Adolescente.

Abstract: The scope of this work is to analyze the objectives of socio-educational measures in light of their species. Although the legislator has established common objectives for all of them, these are not presented in a uniform manner. Sometimes the punitive nature outweighs the pedagogical, sometimes the opposite happens. Some measures only reprimand the teenager, others restrict their freedom. When faced with more serious conduct, a more severe measure is applied and, consequently, the punitive nature tends to be more latent. It is, from this perspective, that we seek to outline in each type of socio-educational measure, which objective prevails and how each of them is revealed.

Keywords: Objectives. Pedagogical. Punitive. Adolescent.

INTRODUÇÃO

De certo os adolescentes têm seus direitos e garantias assegurados pela Constituição Federal e pela Legislação infraconstitucional, a exemplo do Estatuto da Criança e do Adolescente. Na seara infracional não é diferente. Logo, toda vez que um ato infracional é cometido por uma criança ou adolescente, haverá uma resposta estatal que, à luz dos princípios que regem o sistema protetivo, deve, antes de tudo, atender o melhor interesse da criança e do adolescente.

Por outro lado, o ato infracional é uma ação antinormativa, que se amolda a uma conduta típica tida como crime ou contravenção (art. 103, E.C.A.), e como tal, deve ser objeto do direito sancionador do Estado, ocasionando a responsabilização

¹ Bacharel em Direito. Licenciado em Letras. Pós-graduado em Direito Penal e Criminologia. Defensor Público.



do adolescente quanto às consequências lesivas do ato infracional, sempre que possível incentivando a sua reparação, à luz do art. 1º, §2º, I, da Lei nº 12.594/2012.

Observe-se então, que, formalmente, o direito sancionador do Estado em matéria de ato infracional, busca harmonizar institutos pedagógicos e de responsabilização, que, muitas vezes, parecem conflitantes, pois, às vezes, as práticas pedagógicas vem acompanhada da privação da liberdade.

Contudo, como dito alhures, os adolescentes, inclusive aqueles que cometem ato infracional têm seus direitos e garantias assegurados pela Constituição Federal e pela Legislação infraconstitucional. Um dessas garantias é a observância do princípio da legalidade, que norteia a definição de ato infracional. Isto porque, para que o comportamento do adolescente ou criança seja caracterizado como conduta em conflito com a lei, frise-se, deverá corresponder a um fato típico e antijurídico.

Ademais, a lei garante ao adolescente, ao menos, em tese, um sistema totalmente compatível com seu grau de responsabilização.² Por questões lógicas, não se pode punir uma criança ou um adolescente como se um adulto fosse, já que ambos possuem níveis de maturidade distintos entre si.

Dessarte, o legislador preocupou-se em definir quando a criança ou adolescente incorreria em ato infracional (art.103, E.C.A.). A norma estatutária procurou estabelecer um sistema de proteção. Por isso essa descrição legal do que seria ato infracional buscou evitar que o infanto-juvenil fosse vítima da arbitrariedade e insegurança social. É o que se pode extrair das palavras do magistrado João Batista Costa Saraiva³:

O garantismo penal impregna a normativa relativa ao adolescente infrator como forma de proteção deste em face da ação do Estado. A ação do Estado, autorizando-se a sancionar o adolescente e infligir-lhe uma medida socioeducativa, fica condicionado à apuração, dentro do devido processo legal, que este agir típico se faz antijurídico e reprovável – daí culpável”

É sabido que tanto a criança quanto o adolescente pode cometer ato infracional, o que se diferencia é o tratamento dispensado a cada um deles. De tal modo que, se uma criança e um adolescente cometem um ato infracional, as sanções

² MORAES, Bianca Mota **In Curso de Direito da Criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**/ kátia Maciel, coordenadora. -5.Ed.– Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011,pág.1027

³ SARAIVA, João Batista Costa. **Compêndio de Direito Penal Juvenil – adolescente ato infracional**. 3 ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006, pag. 32. In Curso de Direito da Criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos/ kátia Maciel, coordenadora. -5.Ed.– Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011,p.1027



serão distintas: o primeiro, estará sujeito a uma das medidas protetivas, previstas no E.C.A. e o segundo, a uma das medidas socioeducativas previstas no mesmo diploma legal, é nessa segunda hipótese que, em certas situações, torna-se difícil distinguir qual caráter do poder estatal está mais latente na responsabilização do adolescente, se o pedagógico ou o punitivo, sendo este o objeto desse estudo.

1. O PODER DE PUNIR DO ESTADO E O ATO INFRACIONAL

Na relação entre o poder de punir do Estado e o ato Infracional, é imprescindível a existência de um eixo reflexivo, que tem sido a necessidade de se trabalhar com a contenção do poder Estatal. Todavia, é cediço que este ponto argumentativo não é recente, pois desde a gênese do constitucionalismo e as origens clássicas do direito penal, já se almejava conter o poder absoluto do Estado.⁴

Neste contexto, é importante citar um trecho das palavras de Cesare Beccaria⁵, que, na sua época, analisou e, por consequência, fundamentou e definiu o poder de punir do Estado:

Fatigados de só viver em meio a temores e de encontrar inimigos em toda parte, cansados de uma liberdade cuja incerteza de conservá-la tornava inútil, sacrificaram uma parte dela para usufruir do restante com mais segurança. A soma dessas parcelas de liberdade, assim sacrificadas ao bem geral, constituiu a soberania da nação; e aquele que foi encarregado pelas leis como depositário dessas liberdades e dos trabalhos da administração foi proclamado o soberano do povo (...) Desse modo, somente a necessidade obriga os homens a ceder uma parcela de sua liberdade; disso advém que cada qual apenas concorda em pôr no depósito comum a menor porção possível dela, quer dizer, exatamente o que era necessário para empenhar os outros em mantê-lo na posse do restante. A reunião de todas essas pequenas parcelas de liberdade constitui o fundamento do direito de punir.

Não obstante o reconhecimento histórico da necessidade de contenção do poder de punir do Estado, o fato é que superado o estágio da vingança privada, o Estado tomou para si a responsabilidade de sancionar condutas antinormativas, dentre elas está, invariavelmente, os atos infracionais.

O que diferencia o exercício de poder punitivo do estado na hipótese de ato infracional é que não se pode confundir a responsabilização por meio das medidas socioeducativas do sistema juvenil com a retribuição da pena do sistema penal

⁴ NEWTON, Eduardo Januário. **O Ato infracional**. Disponível em: <<http://www.r2concursos.com.br>> Acesso em: 02 de fev. de 2014.

⁵ BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. São Paulo: Ed. Martin Claret, 2004, p. 19



aplicado aos adultos. No primeiro, sempre deve prevalecer o caráter pedagógico da medida.

2. DA INIMPUTABILIDADE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E DOS OBJETIVOS DA MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS

A inimizabilidade atribuída à criança e ao adolescente na Constituição brasileira é mais umas das garantidas do sistema protetivo, bem como, pode ser considerada uma das hipóteses de contenção do poder punitivo do Estado. Em seu art. 228⁶ o texto constitucional dispõe que: “São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial.”⁷

Essa garantida não significa impunidade, em verdade apenas assegura tratamento diferenciado ao adolescente, que não terá sua conduta apurada sob a égide da legislação Penal, mas sim no âmbito das normas contidas no Estatuto da Criança e do adolescente (Lei 8.069 de 1990).

Ressalte-se que, embora não se aplique o direito penal sancionador ao adolescente, suas garantias e princípios devem ser observadas, quando necessários a frear o poder de punir Estatal. Isso se dá porque adolescentes e as crianças pertencem a um grupo de vulneráveis, pois são seres que estão em processo de desenvolvendo físico e mental. Em muitas vezes, tornam-se hipervulneráveis, pois submetidos a condições psicossociais degradantes.

Volpy, nas palavras de Cury⁸, escreve muito bem sobre este tema ao dizer que: “o cometimento de um ato infracional não decorre simplesmente da índole má ou de um desvio moral. A maioria absoluta é reflexo da luta pela sobrevivência, abandono social, das carências e violências a que meninos e meninas pobres são submetidos.”

Considerando essas condições, a Lei nº 12.594/2012 estabelece como objetivos das medidas socioeducativas, em síntese, a responsabilização do adolescente quanto às consequências lesivas do ato infracional, a integração social do adolescente e a garantia de seus direitos individuais e sociais e a desaprovação da conduta infracional.

⁶ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acessado em: 17 de jan. de 2014.

⁷ NEWTON, Eduardo Januário. **O Ato infracional**. Disponível em: <<http://www.r2concursos.com.br>> Acesso em: 02 de fev. de 2014.

⁸ CURY, Munir. **Estatuto da criança e do adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 340 e 341

Percebe-se que o legislador buscou atribuir às medidas socioeducativa uma natureza pedagógico-sancionatória indistintamente. Ocorre que não há como negar que algumas possuem uma carga mais sancionatória que outras, conforme veremos a seguir.

3. DAS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS E SEUS OBJETIVOS

Antes de adentrarmos na análise das medidas socioeducativas em espécie, necessário se faz tecer algumas considerações acerca das noções gerais que regem a matéria. À luz da legislação brasileira, os menores de 18 anos, criança ou adolescente, não praticam crimes, mas sim ato infracional. Partindo dessa análise, faz-se necessário diferenciar criança de adolescente. A diferença entre ambos, segundo o Estatuto da Criança e do Adolescente, seria etário, nos seguintes termos: “Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompleto e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade.” (art.2º do E.C.A.).⁹

Existe diferença no tratamento dado à criança e ao adolescente que comete ato infracional, a saber: se uma criança praticar ato infracional só poderá ser aplicada a ela uma das medidas de proteção (arts. 105¹⁰ e 101¹¹ do E.C.A.).

Há várias medidas de proteção previstas no E.C.A., estas medidas protetivas podem ser classificadas como medidas de grau ténue, medidas de grau intermediário e medidas de grau mais gravoso. A primeira pode ser exemplificada pela medida protetiva do “encaminhamento aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade” (art.101, I do E.C.A.); já a segunda, tem-se, como exemplo, “requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar

⁹ BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acessado em 27 de jan. de 2014.

¹⁰ Art. 105. Ao ato infracional praticado por criança corresponderão as medidas previstas no art. 101.

¹¹ Art. 101. Verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 98, a autoridade competente poderá determinar, dentre outras, as seguintes medidas: I - encaminhamento aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade; II - orientação, apoio e acompanhamento temporários; III - matrícula e frequência obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino fundamental; IV - inclusão em programa comunitário ou oficial de auxílio à família, à criança e ao adolescente; V - requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial; VI - inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos; VII - acolhimento institucional; VIII - inclusão em programa de acolhimento familiar; IX - colocação em família substituta.

ou ambulatorial” (101, V do E.C.A.); já a ultima, exemplifica-se com “colocação em família substituta” (art.101, IX do E.C.A).¹²

Cury¹³, tendo como base as palavras de Paula, ao lecionar sobre as medidas de proteção, menciona que:

A prevenção ocorre através da abstenção da prática de atos nocivos ao desenvolvimento da criança ou adolescente, mediante iniciativas tendentes a promover seus direitos fundamentais e também por meio do cumprimento espontâneo de obrigações relacionadas à prevenção especial.

Por outro lado, se um adolescente pratica um ato infracional, conforme determina o Estatuto da Criança e do Adolescente, será imposta, a ele, uma medida das medidas socioeducativa.

Todas as medidas socioeducativas estão prevista no Estatuto da Criança e do adolescente. Sendo assim, essas medidas não tem caráter meramente exemplificativo, elas são taxativas. As medidas socioeducativas¹⁴ são:

Art. 112. Verificada a prática de ato infracional, a autoridade competente poderá aplicar ao adolescente as seguintes medidas: I – advertência; II - obrigação de reparar o dano; III - prestação de serviços à comunidade; IV - liberdade assistida; V - inserção em regime de semi-liberdade; VI - internação em estabelecimento educacional; VII - qualquer uma das previstas no art. 101, I a VI. § 1º A medida aplicada ao adolescente levará em conta a sua capacidade de cumpri-la, as circunstâncias e a gravidade da infração. § 2º Em hipótese alguma e sob pretexto algum, será admitida a prestação de trabalho forçado. § 3º Os adolescentes portadores de doença ou deficiência mental receberão tratamento individual e especializado, em local adequado às suas condições.

Destaque-se que as medidas socioeducativas aplicadas ao adolescente são de competência exclusiva do juiz. Dessarte, o Ministério Público, o Conselho Tutelar, a Defensoria Pública ou qualquer outro ente público não pode determinar a aplicação de medida socioeducativa ao adolescente. É o que se depreende do verbete da Súmula nº 108, do Superior Tribunal de Justiça, “A aplicação de medidas

¹² MARTINS, Flavio. **Estatuto da Criança e do Adolescente - Medidas Socioeducativas**. TV justiça do Brasil. Disponível em: <http://www.tvjustica.jus.br/programas.php?id_programas=111> Acesso em 02 de fev. de 2014.

¹³ CURY, Munir., op. cit. 2005, p. 243 – 244.

¹⁴ BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acessado em: 27 de jan. de 2014.

socioeducativas ao adolescente, pela prática de ato infracional, é de competência exclusiva do juiz”.¹⁵

Como dito alhures, os objetivos da medida socioeducativa tem caráter pedagógico e devem visar sempre o o seu melhor interesse do adolescente. Por outro lado, há, também, um aspecto sancionatório, e este se justifica pela necessidade de uma resposta à sociedade pela lesão decorrente do ato infracional.¹⁶

Quem bem trata desse tema é Wilson Donizeti Liberati¹⁷ quando diz:

A medida sócio-educativa é a manifestação do Estado, em resposta ao ato infracional, praticado por menores de 18 anos, de natureza jurídica impositiva, sancionatória e retributiva, cuja aplicação objetiva inibir a reincidência, desenvolvida com finalidade pedagógica-educativa. Tem caráter impositivo, porque a medida é aplicada, independente da vontade do infrator — com exceção daquelas aplicadas em sede de remissão, que têm finalidade transacional. Além de impositiva, as medidas sócio-educativas têm cunho sancionatório, porque, com sua ação ou omissão, o infrator quebrou a regra de convivência dirigida a todos. E, por fim, ela pode ser considerada uma medida de natureza retributiva, na medida em que é uma resposta do Estado à prática do ato infracional praticado.

Não obstante, o exercício legítimo do poder punitivo, monopólio do Estado, as medidas socioeducativas não podem ser impostas ao arrepio das garantias constitucionais asseguradas para o adolescente, notadamente sob a égide da doutrina da proteção integral, vigente no ordenamento jurídico brasileiro e que informa todas as medidas adotadas na seara infanto-juvenil.

3.1. Da medida socioeducativa da advertência

A primeira medida socioeducativa elencada no Estatuto da Criança e do adolescente – E.C.A., é a advertência. Trata-se da mais singela de todas as medidas socioeducativas e, com certeza, aquela em que mais predomina o caráter pedagógico. Como seu próprio nome indica, sua função é advertir, chamar a atenção orientar sobre os riscos e as consequências da conduta praticada.

Conforme as disposições do próprio E.C.A., a advertência consiste numa admoestação verbal, ou seja, é uma reprimenda verbal aplicada pelo Juiz da Infância

¹⁵ BRASIL, **Súmulas do Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas>>. Acessado em: 02 de fev. de 2014.

¹⁶ MOTTA, Bianca, op. cit. 2011, p.1028.

¹⁷ LIBERATI, Wilson Donizeti. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. 9ª ed. Revista e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 102.

e da juventude ao adolescente. Essa deve ser reduzida a termo e assinada pelos pais, responsáveis ou até mesmo pelo infrator (art.105 do E.C.A).¹⁸

Tem como um dos seus objetivos alertar os pais ou responsáveis quanto aos riscos do envolvimento do adolescente em condutas delituosas, a fim de que se evite o envolvimento do adolescente em outras condutas ilícitas mais gravosas.¹⁹

Afonso Konzen²⁰ comenta sobre essa medida socioeducativa:

A medida de advertência, muitas vezes banalizada por sua aparente simplicidade e singeleza, certamente porque confundida com as práticas disciplinares no âmbito familiar ou escolar, produz efeitos jurídicos na vida do infrator, porque passará a constar do registro dos antecedentes e poderá significar fator decisivo para a eleição da medida na hipótese da prática de nova infração. Não está, no entanto, nos efeitos objetivos a compreensão da natureza dessa medida, mas no seu real sentido valorativo para o destinatário, sujeito passivo da palavra determinada autoridade pública. A sensação do sujeito certamente não será outra do que a de se recolher à meditação, e, constrangido, aceitar a palavra da autoridade como promessa de não reiterar na conduta. Será provavelmente um instante de intensa aflição.

Em face do seu caráter eminente pedagógico e seus efeitos menos incisivos sobre o adolescentes, essa medida socioeducativa só vai ter lugar quando se estiver diante de ato infracional menos grave e a medida for adequada ao caso concreto.

3.2. Da medida socioeducativa da obrigação de reparar o dano

A segunda medida socioeducativa prevista no E.C.A. é a medida de reparação de dano. Reza o art. 116 da Lei 8.69/90²¹:

Art. 116. Em se tratando de ato infracional com reflexos patrimoniais, a autoridade poderá determinar, se for o caso, que o adolescente restitua a coisa, promova o ressarcimento do dano, ou, por outra forma, compense o prejuízo da vítima. Parágrafo único. Havendo manifesta impossibilidade, a medida poderá ser substituída por outra adequada.

¹⁸ Art. 115. A advertência consistirá em admoestação verbal, que será reduzida a termo e assinada. (Lei 8.069 de 1990).

¹⁹ RAMOS, Helane, op. cit. 2011, p.1085.

²⁰ KOZEN, Afonso Armando. **Pertinência Socioeducativa – Reflexões Sobre a Natureza Jurídica da Medida**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 46. In Curso de Direito da Criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos/ kátia Maciel, coordenadora. -5.Ed.– Rio de janeiro: Lúmen Juris, 2011,p.1085

²¹ BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acessado em: 27 de jan. de 2014.

Trata-se de medida na qual, embora o adolescente tenha que suportar o ônus de reparar o dano, ainda assim predomina o caráter pedagógico sobre o punitivo. Perceber que seus atos geram consequências de natureza civil, pode despertar no adolescente um senso crítico sobre seus atos sem que seja necessário privar sua liberdade.

Ressalte-se que essa obrigação de reparar o dano só será aplicada se aquele ato infracional teve reflexos patrimoniais. Logo, se foi praticado, por exemplo, um ato infracional análogo ao furto, à apropriação indébita, ao estelionato ou ao dano ao patrimônio alheio, este ato infracional justificaria a aplicação ao adolescente da medida socioeducativa da obrigação de reparar dano.

Ademais, não basta a existência de reflexos patrimoniais, pois a medida de obrigação de reparar o dano só poderá ser aplicada ao infrator se este for detentor de recursos para arcar com o dano causado. De tal modo que, caso o adolescente seja desprovido de recursos que possam reparar o dano, essa não será a medida socioeducativa mais indicada (art.116, parágrafo único do E.C.A.).

3.3 Da medida socioeducativa de prestação de serviço à comunidade

A terceira medida socioeducativa está prevista na Lei 8.069/90, em seu art.117, e estabelece o seguinte:

Art. 117. A prestação de serviços comunitários consiste na realização de tarefas gratuitas de interesse geral, por período não excedente a seis meses, junto a entidades assistenciais, hospitais, escolas e outros estabelecimentos congêneres, bem como em programas comunitários ou governamentais. Parágrafo único. As tarefas serão atribuídas conforme as aptidões do adolescente, devendo ser cumpridas durante jornada máxima de oito horas semanais, aos sábados, domingos e feriados ou em dias úteis, de modo a não prejudicar a frequência à escola ou à jornada normal de trabalho.

Trata-se da prestação de serviços à comunidade. É mais uma medida socioeducativa que prestigia o caráter pedagógico sobre o punitivo. A doutrina costuma apontar diversas características positivas que justificam a aplicação desta medida. Dentre elas, destaca-se o fato de que o adolescente em conflito com a lei terá uma parte do seu tempo ocioso ocupado, pois ele estará realizando serviços úteis tanto para comunidade, quanto para seu aperfeiçoamento como indivíduo pertencente

a aquele grupo social. Além disso, a sociedade tem a sensação de que o Estado está educando o adolescente que cometeu o ato infracional.²²

Sobre o assunto, transcreve-se as palavras de Roberto Bergali:²³

Nesse caso, a submissão de um adolescente a "prestação de serviços à comunidade" tem um sentido altamente educativo, particularmente orientado a obrigar o adolescente a tomar consciência dos valores que supõem a solidariedade social praticada em seus níveis mais expressivos. Assistir aos desvalidos, aos enfermos, aos educandos (atividades que devem ser prestadas em "entidades assistenciais, hospitais, escolas e outros estabelecimentos congêneres") é tarefa que impõe a confrontação com o alter coletivo, de modo que possa demonstrar-se uma confiança recíproca que, por sua vez, está presente em todos os códigos de ética comunitária, como herança dos decálogos religiosos.

Como visto, o serviço prestado pelo adolescente ocorre em lugares que prestam relevantes serviços sociais e esse contato do adolescente com esses ambientes apresentam perspectivas antes desconhecidas pela maioria desses jovens que vivem em exclusão social.

É importante destacar que além do que preceitua o citado art. 117 sobre as condições e formas em que se devem desenvolver o trabalho comunitário do adolescente na comunidade, é necessário atentar-se para o fato de que as condições e garantias mínimas de um contrato de trabalho regular de um adulto devem também ser aplicadas ao adolescente que cumpre esta medida socioeducativa.

Por fim, para que a prestação de serviço a comunidade não perca seu caráter eminentemente educativo, é de suma importância observar as aptidões do adolescente, no momento de escolha da medida socioeducativa de prestação de serviço à comunidade.²⁴

3.4 Da medida socioeducativa de liberdade assistida

Temos aqui a quarta medida socioeducativa, que é a de liberdade assistida (art.118 e 119 do E.C.A.). Trata-se de mais uma que prestigia o caráter pedagógico sobre o punitivo. Inclusive, para muitos estudiosos essa seria, talvez, a medida

²² RAMOS, Helena, op. cit. 2011, p.1086.

²³ BERGALI, Roberto Vieira in **Estatuto da criança e do adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 568.

²⁴ Ibid., p.568.

socioeducativa mais prestigiada por todos educadores e pelas pessoas envolvidas neste contexto de aplicação das medidas socioeducativas.²⁵

Existe uma característica peculiar na medida socioeducativa de liberdade assistida. Esta é uma medida tão importante que o E.C.A. prevê um prazo mínimo de seis meses, para que ela seja cumprida, isto a difere da medida de prestação de serviço à comunidade, já que o período máximo desta é de seis meses (art. 118 do E.C.A.).²⁶

Tratando-se de medida de liberdade assistida, o estatuto determina a nomeação, por parte do juiz, de um orientador, que acompanhará o adolescente em várias áreas de sua vida, tais como, em sua vida estudantil; em sua vida laboral (o orientador observará se o adolescente está ou não envolvido no mercado de trabalho, por exemplo); em seu desenvolvimento em programas assistenciais (art.119 do E.C.A.).²⁷

A este orientador cabe ainda a realização de relatórios periódicos direcionados ao Magistrado para que esse possa acompanhar o desenvolvimento do adolescente em conflito com a lei.

Esse relatório servirá de subsídio para o magistrado decidir se é necessária, ou não, a manutenção, a revogação da liberdade assistida ou a substituição por outra medida socioeducativa mais pertinente aquele caso concreto.²⁸

Essa decisão é tomada ao final do prazo mínimo de seis meses, daí, terminado esse período, o juiz poderá tomar uma daquelas três decisões ditas anteriormente.

²⁵ NEWTON, E.J. **Ato infracional**. Disponível em: <http://www.r2concursos.com.br/_site> Acesso em: 02 de fev de 2014.

²⁶ Art. 118. A liberdade assistida será adotada sempre que se afigurar a medida mais adequada para o fim de acompanhar, auxiliar e orientar o adolescente. § 1º A autoridade designará pessoa capacitada para acompanhar o caso, a qual poderá ser recomendada por entidade ou programa de atendimento. § 2º A liberdade assistida será fixada pelo prazo mínimo de seis meses, podendo a qualquer tempo ser prorrogada, revogada ou substituída por outra medida, ouvido o orientador, o Ministério Público e o defensor. BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acessado em: 27 de jan. de 2014

²⁷ Art. 119. Incumbe ao orientador, com o apoio e a supervisão da autoridade competente, a realização dos seguintes encargos, entre outros: I - promover socialmente o adolescente e sua família, fornecendo-lhes orientação e inserindo-os, se necessário, em programa oficial ou comunitário de auxílio e assistência social; II - supervisionar a frequência e o aproveitamento escolar do adolescente, promovendo, inclusive, sua matrícula; III - diligenciar no sentido da profissionalização do adolescente e de sua inserção no mercado de trabalho; IV - apresentar relatório do caso. BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/cciviiis/L8069.htm>>. Acessado em: 27 de jan. de 2014

²⁸ RAMOS, Helena, op. cit. 2011, p.1088.

3.5 Da medida socioeducativa de regime semiliberdade

Chega-se agora às medidas que priorizam o caráter punitivo sobre o pedagógico. Essa conclusão emerge do fato de que a semiliberdade impõe restrição, ainda que parcial, ao direito fundamental de liberdade do adolescente.

Trata-se da quinta medida socioeducativa, constante no artigo 120 da Lei 8.069/90²⁹. Consiste na inserção no regime de semiliberdade. Esta é uma das medidas mais gravosas prevista nesta lei e poderá ser aplicada em duas situações: a primeira situação seria logo depois que o infrator saiu da internação no estabelecimento educacional, seria uma forma de transição do adolescente para o meio aberto (seria como a progressão de regimes do Direito Penal aplicada para os adultos).

Em outras palavras, depois da internação, em vez de ser colocado em absoluta liberdade, o adolescente pode ter que se submeter a medida socioeducativa do regime de semiliberdade.³⁰

A segunda possibilidade é aplicação direta pelo juiz da semiliberdade. Ou seja, é aplicação desta medida de forma autônoma, nos casos em que o próprio Magistrado da infância e da juventude entende que a conduta ilícita não foi tão gravosa, ao ponto de aplicar a medida de internação (art. 121 do E.C.A.).

No que tange ao prazo de duração da medida de semiliberdade, devem ser observadas as disposições relativas à medida de internação, já que o estatuto não definiu o prazo determinado daquela (art. 120, § 2º).

A inserção no regime de semiliberdade, segundo o E.C.A., seguirá as mesmas regras da medida socioeducativa de internação, mas com uma devida observação, serão obrigatórias as ocorrências das atividades externas independentemente de ordem judicial (art.120, § 1º do E.C.A.).³¹ Segundo entende Wilson Donizeti Liberati³²:

²⁹ Art. 120. O regime de semi-liberdade pode ser determinado desde o início, ou como forma de transição para o meio aberto, possibilitada a realização de atividades externas, independentemente de autorização judicial. § 1º São obrigatórias a escolarização e a profissionalização, devendo, sempre que possível, ser utilizados os recursos existentes na comunidade. § 2º A medida não comporta prazo determinado aplicando-se, no que couber, as disposições relativas à internação. BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivis/L8069.htm>>. Acessado em: 27 de jan. de 2014

³⁰ MORAES, Bianca, op. cit. 2011, p.1088 e 1089.

³¹ RAMOS, Helena, op. cit. 2011, p. 1089.

³² LIBERATI, Wilson Donizeti in **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. 9ª ed.; São Paulo: Editora Malheiros, 2006, p.112 In Curso de Direito da Criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos/ kátia Maciel, coordenadora. -5.Ed.- Rio de janeiro: Lúmen Juris, 2011,pág.1090

Como o próprio nome indica, a semiliberdade é um dos tratamentos tutelares que é realizado, em grande parte, em meio aberto, implicando, necessariamente, a possibilidade de realização de atividades externas, como a frequência à escola, às relações de emprego etc. Se não houver esse tipo de atividade, a medida sócio-educativa perde sua finalidade.

Por fim, importa mencionar que essa medida é a mais restritiva da liberdade pessoal do adolescente, depois da internação. Destarte, não se pode, jamais, esquecer que esta medida faz parte daquelas “medidas socioeducativas para as quais o art. 114 impõe a observância as plenas garantias formais em relação à apuração da infração e a igualdade do adolescente na relação processual”³³.

3.6. Da medida socioeducativa de internação

Esta última medida é mais extrema e a que carrega o conteúdo punitivo. Caracteriza pela privação da liberdade do adolescente e por não comportar prazo determinado. A desinternação só poderá ocorrer quando precedida de autorização judicial, ouvido o Ministério Público. Aqui se observa o caráter repressivo da medida visto que a opinião da equipe multidisciplinar não vincula o juiz.

A decisão sobre a possibilidade de progressão de medida socioeducativa é de livre convencimento do juiz, o qual deverá apresentar justificativa idônea, não estando vinculado apenas ao relatório multidisciplinar do paciente. Nessa linha de consideração, tem-se que a progressão da medida aplicada revela-se como um processo reativo ao processo de ressocialização, à medida que o jovem assimila a sua finalidade socioeducativa. 3. Habeas corpus denegado. (HC 437.119/RJ, Rei. Min. Nefi Cordeiro, 6a Turma, julgado em 12/06/2018, DJe19/06/2018)

Esta medida, nos termos do Estatuto, “constitui medida de privação de liberdade e se sujeita aos princípios da brevidade, da excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento” (art. 121 do E.C.A.)³⁴.

Por ser medida extrema, só tem cabimento nas hipóteses legais, quais sejam: tratar-se de ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência a pessoa; por reiteração no cometimento de outras infrações graves; por descumprimento reiterado e injustificável da medida anteriormente imposta.

³³ BARATTA, Alessandro in **Estatuto da criança e do adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005, p.568.

³⁴ BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivis/L8069.htm>>. Acessado em: 20 de outubro de 2011.

Na maioria das vezes, ao adolescentes sujeitos a essas medidas são levados para instituições distantes dos seus domicílios, dificultando a manutenção dos laços familiares, impondo ao adolescente um abandono forçado, considerando que seus genitores, quase sempre pessoas pobres, não conseguem se deslocar para as cidades onde se encontram internados esses adolescentes.

Por todo o exposto, na aplicação dessa medida socioeducativa se sobressai o caráter repressivo do instituto, que mesmo com a elaboração e implementação de um plano individual de atendimento, não afasta os efeitos punitivo e deletérios da privação da liberdade.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com efeito, mesmo que o legislador ao instituir o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase) e ao regulamentar a execução das medidas destinadas a adolescente que pratique ato infracional, tenha tentado estabelecer certos objetivos uniformes às medidas socioeducativas, buscando harmonizar o caráter pedagógico e o caráter repressivo das mencionadas medidas, não há como negar que, a depender da medida aplicada, prevalece ou um ou outro caráter.

A aplicação de uma medida socioeducativa não contempla de modo uniforme a responsabilização do adolescente, a integração social do adolescente e a desaprovação da conduta infracional.

Na internação, por exemplo, a reprovação da conduta tem mais destaque do que a integração do adolescente. Já na prestação de serviço à comunidade, a integração tem mais relevância.

Não obstante essa dicotomia, não se pode dizer que o legislador falhou ao tentar regular de modo uniforme as medidas socioeducativas, ao contrário, deve-se entender que, tais parâmetros devem ser metas a serem observadas e perseguidas quando da aplicação das medidas socioeducativas, como princípios reitores, ou verdadeiros mandados de otimização.

Uma medida socioeducativa ainda que tenha uma perspectiva mais repressiva não pode se distanciar dos objetivos de cunho pedagógico, pois isso desvirtuaria todo sistema protetivo e violaria frontalmente a doutrina da proteção integral. A harmonização entre as vertentes pedagógicas e repressivas são metas que se impõem a todos os atores do sistema de proteção que se aplica ao adolescente em conflito com a lei.

**REFERÊNCIAS**

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. São Paulo: Ed. Martin Claret, 2004, p. 19

BERGALI, Roberto Vieira. **in Estatuto da criança e do adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 568.

BRASIL. **Súmulas do Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas>>. Acessado em: 02 de fev. De 2024.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acessado em: 17 de jan. de 2024.

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acessado em 27 de jan. de 20.

CURY, Munir. **Estatuto da criança e do adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 340 e 341

In Curso de Direito da Criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos/ kátia Maciel, coordenadora. -5.Ed.– Rio de janeiro: Lúmen Juris, 2011,p.1027

In Curso de Direito da Criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos/ kátia Maciel, coordenadora. -5.Ed.– Rio de janeiro: Lúmen Juris, 2011,p.1085

MARTINS, Flavio. **Estatuto da Criança e do Adolescente - Medidas Socioeducativas**. TV justiça do Brasil. Disponível em: <http://www.tvjustica.jus.br/programas.php?id_programas=111> Acesso em 02 de fev. de 2024.

MORAES, Bianca Mota. **In Curso de Direito da Criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos/** kátia Maciel, coordenadora. -5.Ed.– Rio de janeiro: Lúmen Juris, 2011,pág.1027

NEWTON, Eduardo Januário. **O Ato infracional**. Disponível em: <<http://www.r2concursos.com.br>> Acesso em: 02 de fev. de 2024.

RAMOS, Helana, op. cit. 2011, p.1085.



SARAIVA, João Batista Costa. **Compêndio de Direito Penal Juvenil – adolescente ato infracional**. 3 ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006, pag. 32



A IMPORTÂNCIA DA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS VISANDO A ELETROMOBILIDADE NO BRASIL

THE IMPORTANCE OF IMPLEMENTING PUBLIC POLICIES AIMED AT ELECTROMOBILITY IN BRAZIL

Giselle Cardoso Delfino Jandrey¹

Resumo: Atualmente, a redução da emissão de gases do efeito estufa é um dos maiores desafios enfrentados pela humanidade. A poluição advinda do uso de veículos automotores, que utilizam combustíveis fósseis, contribui para o agravamento desse problema. Por isso, é importante que sejam formuladas políticas públicas que visem reduzir a emissão dos gases veiculares. Nesse sentido, uma opção é uso de veículos eletrificados. No Brasil, a adoção de algumas ações, como a utilização de biocombustíveis e a criação do Proconve, trouxeram resultados expressivos. Não obstante, há espaço para a implementação de novas ações, dentre elas, a adoção de políticas que incentivem o uso de veículos elétricos e/ou híbridos. É necessário a adoção de políticas públicas claras que, além de apoiar a ampliação dessa tecnologia, ofereçam segurança jurídica, essencial para alavancar investimentos para a produção nacional de veículos eletrificados.

Palavras-Chave: Desenvolvimento Sustentável, Eletromobilidade, Efeito Estufa, Políticas Públicas.

Abstract: Reducing greenhouse gas emissions is currently one of the biggest challenges facing humanity. Pollution from the use of motor vehicles, which use fossil fuels, contributes to aggravating this problem. It is therefore important to formulate public policies aimed at reducing vehicle gas emissions. One option is the use of electrified vehicles. In Brazil, some actions, such as the use of biofuels and the creation of Proconve, have brought significant results. However, there is room for new actions, including the adoption of policies to encourage the use of electric and/or hybrid vehicles. It is necessary to adopt clear public policies that, in addition to supporting the expansion of this technology, offer legal certainty, which is essential to leverage investments for the national production of electrified vehicles.

Keywords: Sustainable Development, Electromobility, Greenhouse Effect, Public Policies.

1. INTRODUÇÃO

O desenvolvimento sustentável é aquele que atende às necessidades do presente sem comprometer a possibilidade das gerações futuras atenderem suas próprias necessidades. (COMISSÃO MUNDIAL SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO, 1991, p. 46).

¹ Graduação em Direito pela Universidade do Estado de Minas Gerais, especialização Lato Sensu Ordem Jurídica e Ministério Público – Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, servidora pública.

O princípio em destaque, definido no documento intitulado Nosso Futuro Comum (“Our Common Future”), também conhecido como Relatório Brundtland, elaborado pela Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento e apresentado pela ONU em 1987, define e resume em poucas palavras o enorme desafio do desenvolvimento sustentável.

Dentre os principais desafios que a humanidade enfrenta hoje, há um consenso de que a questão do aquecimento global, decorrente, em especial, da emissão dos gases de efeito estufa na atmosfera é a mais urgente.

Por este motivo, em 2015, durante a 21ª Conferência das Partes (COP 21), realizada na França, foi celebrado o Acordo de Paris, que foi ratificado pelo Brasil em setembro de 2016, cujo objetivo foi substituir as metas referentes à diminuição da emissão de gases do efeito estufa estipuladas no Protocolo de Kyoto. (NOBRE, 2016).

Em fevereiro de 2021, em razão da publicação do Relatório de Síntese Inicial da Convenção - Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima (UNFCCC), o Sr. António Guterres, secretário geral da ONU, chamou atenção para o problema ao fazer a seguinte afirmação:

“O relatório provisório de hoje da UNFCCC é um alerta vermelho para o nosso planeta. Mostra que os governos não estão nem perto do nível de ambição necessário para limitar as mudanças climáticas a 1,5 grau e cumprir os objetivos do Acordo de Paris”. (UNITED NATIONS, 2016).

Em novembro de 2023, a ONU alertou que os níveis de emissão de gases, que conforme o compromisso firmado entre os países membros, deveria estar diminuindo, cresceram 1,2% entre os anos de 2021 e 2022, fator que leva a um aumento indesejado na temperatura global. (NAÇÕES UNIDAS, 2023).

Neste contexto, um dos fatores que contribui de forma expressiva para o aumento do efeito estufa, é a poluição advinda do uso de veículos automotores.

Em relatório apresentado na 24ª Conferência das Nações Unidas sobre Mudanças Climáticas (COP 24), em Katowice, Polônia, em dezembro de 2018, consta que 25% das emissões globais de gases de efeitos estufa, são derivadas do setor de transporte. (BRITO, 2018).

Conforme consta do relatório “Situação Global do Transporte e Mudança Climática Global”, as emissões de CO2 provocadas por transportes terrestres cresceu 29% de 2000 para 2016 e o modal que mais contribui com essas emissões é o dos



carros leves, com 45% do volume emitido, seguido dos caminhões, com 21% das emissões de CO₂, dos aviões e dos navios, ambos com 11% das emissões, dos ônibus e dos micro-ônibus com 5%, dos triciclos e das motocicletas com 4% e os trens com 3%. (BRITO, 2018).

Importante destacar que a poluição veicular, não se resume à emissão de gases que causam o efeito estufa. Os gases emitidos pela queima de combustíveis fósseis por motores à combustão provocam também a poluição do ar que respiramos e, segundo estimativa da Organização Mundial da Saúde, provoca mais de 4 milhões de mortes prematuras no mundo. (CETESB).

Conforme informações disponíveis na página Emissão Veicular disponibilizada no site da CETESB, as emissões dos veículos rodoviários é composta principalmente de gases como: I - monóxido de carbono (CO), cujo efeito é redução da capacidade do sangue transportar oxigênio; II - óxidos de nitrogênio (Nox), que participa da formação do “smog” fotoquímico², contribuindo na formação da chuva ácida e na formação do material particulado; III - hidrocarbonetos (HC), que reagem na atmosfera promovendo a formação do “smog” fotoquímico; e material particulado (MP), caracterizado pela fuligem e que pode penetrar nas defesas do organismo e atingir os alvéolos pulmonares, ocasionando diversos efeitos negativos à saúde.

Diante deste cenário, não restam dúvidas quanto a necessidade da adoção de ações globais, como a formulação de políticas públicas que visem reduzir a emissão dos gases veiculares, de modo a contribuir para que se alcance a meta do Acordo de Paris quanto à redução da emissão dos gases causadores do efeito estufa.

Dentre as ações possíveis, pode-se citar os estudos e implementações visando a melhoria da eficiência dos motores a combustão associado ao uso de biocombustíveis, bem como a possibilidade da sua substituição por motores elétricos.

Nessa linha, merece destaque uma ação realizada no Brasil, na década de 1970, que gerou resultados muito importantes, que foi a adoção do biocombustível etanol como alternativa ao uso de combustíveis fósseis derivados do petróleo.

² O **smog fotoquímico** é uma mistura de ozônio e compostos orgânicos. Esse fenômeno tem origem nas formações fotoquímicas entre hidrocarbonetos voláteis (como a gasolina que evapora na hora de abastecer o tanque), compostos de oxigênio e nitrogênio e ozônio. No ambiente, causa a diminuição da taxa de fotossíntese dos vegetais e é responsável por sérios problemas respiratórios, que podem levar à morte. Fonte: <<http://g1.globo.com/Noticias/Vestibular/0,,MUL1267314-5604,00-CONHECA+O+PROBLEMA+AMBIENTAL+CHAMADO+SMOG+FOTOQUIMICO.html>>

Entretanto, as vantagens advindas do uso desse biocombustível encontram-se limitadas em razão da tecnologia dos motores de combustão interna. (DARÉ, 2021).

Nesse contexto, em recente estudo, Flávia Consoni e Túlio Castelo Branco Leal apontam como alternativa para ajudar a redução da emissão de poluentes veiculares, a substituição dos tradicionais motores à combustão por motores elétricos alimentados por bateria, mesmo que seja de forma híbrida. (LEAL, CONSONI, 2021).

Entretanto, o que se verifica no Brasil é a carência de políticas públicas que venham a promover a eletromobilidade. (LEAL, CONSONI, 2021).

2. REGULAMENTAÇÃO JURÍDICA

Com a finalidade de garantir um crescimento sustentável, diversas ações de âmbito internacional vêm sendo implementadas. Nesta linha destaca-se a Agenda 2030, coordenada pela ONU, que é um compromisso global assumido em 2015, por 193 países, com 17 objetivos de desenvolvimento sustentável e 169 metas visando erradicar a pobreza e promover vida digna para todos, dentro dos limites do planeta, nos próximos 15 anos.

A adoção de tecnologias sustentáveis, como o uso de veículos com motores elétricos, que possibilita reduzir a emissão de gases do efeito estufa e ocasionar a melhoria da qualidade do ar, enquadra-se em 6 objetivos constantes da Agenda 2030, a saber: 3. Saúde e Bem Estar; 7. Energia acessível e Limpa; 9. Indústria, Inovação e Infraestrutura; objetivo 11. Cidades e comunidades sustentáveis; 12. Consumo e Produção Responsáveis, e; 13. Ação contra a mudança global do clima.

Para poder alcançar essa finalidade, faz-se necessária a existência de regramentos jurídicos, tais como normas estaduais e federais, além de regulamentações administrativas, que determinem o uso de fontes de energias renováveis em detrimento do uso de combustíveis fósseis. (OLIVEIRA, 2018).

No Brasil, em relação ao combate à poluição e proteção do meio ambiente, o texto Constitucional preceitua o seguinte:

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

[...]

VI - proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas;

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

[...]

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

[...]

V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente; (BRASIL, 1988).

No âmbito infraconstitucional, a Lei nº 12.187 de 29 de dezembro de 2009 instituiu a Política Nacional Sobre a Mudança do Clima e estabeleceu estratégias para a redução das emissões de gases causadores do efeito estufa, conforme se verifica nos seguintes artigos:

Art. 4º A Política Nacional sobre Mudança do Clima - PNMC visará:

I - à compatibilização do desenvolvimento econômico-social com a proteção do sistema climático;

II - à redução das emissões antrópicas de gases de efeito estufa em relação às suas diferentes fontes;

Art. 5º São diretrizes da Política Nacional sobre Mudança do Clima:

[...]

VI - a promoção e o desenvolvimento de pesquisas científico-tecnológicas, e a difusão de tecnologias, processos e práticas orientados a:

a) mitigar a mudança do clima por meio da redução de emissões antrópicas por fontes e do fortalecimento das remoções antrópicas por sumidouros de gases de efeito estufa;

[...]

XIII - o estímulo e o apoio à manutenção e à promoção:

a) de práticas, atividades e tecnologias de baixas emissões de gases de efeito estufa;

b) de padrões sustentáveis de produção e consumo.

Art. 6º São instrumentos da Política Nacional sobre Mudança do Clima:

[...]

VI - as medidas fiscais e tributárias destinadas a estimular a redução das emissões e remoção de gases de efeito estufa, incluindo alíquotas diferenciadas, isenções, compensações e incentivos, a serem estabelecidos em lei específica; (BRASIL, 2009).

Vale ressaltar que, durante as últimas quatro décadas, o Programa de Controle da Poluição do Ar por Veículos Automotores (PROCONVE) e o uso do etanol combustível foram ações que tiveram grande importância, visto que efetivamente

ajudaram a reduzir a poluição produzida por veículos motorizados. (LEAL, CONSONI, 2021).

O PROCONVE foi instituído através da Resolução Conama nº 18, de 6 de maio de 1986, com o objetivo principal de, em 8 etapas, reduzir a emissão de poluentes por veículos automotores, estabelecendo níveis máximos de emissão de poluentes em cada fase, bem como determinando a utilização de tecnologias específicas visando a queima mais eficiente dos combustíveis. (IBAMA, 2021) (LEAL, CONSONI, 2021).

Para garantir a eficácia do programa, foram editadas, posteriormente, as seguintes normas:

- Lei 8.723, de 28 de outubro de 1993, que dispõe sobre a redução de emissão de poluentes por veículos automotores e dá outras providências.

- Resolução Conama 433, de 13 de julho de 2011, que dispõe sobre a inclusão no Programa de controle da poluição do ar por veículos automotores - Proconve e estabelece limites máximos de emissão de ruídos para máquinas agrícolas e rodoviárias novas.

- Resolução Conama 490, de 16 de novembro de 2018, estabelece a Fase Proconve P8 de exigências do Programa de controle da poluição do ar por veículos automotores - Proconve para o controle das emissões de gases poluentes e de ruído para veículos automotores pesados novos de uso rodoviário e dá outras providências.

- Resolução Conama 492, de 20 de dezembro de 2018, estabelece as Fases Proconve L7 e Proconve L8 de exigências do Programa de controle da poluição do ar por veículos automotores - Proconve para veículos automotores leves novos de uso rodoviário, altera a Resolução Conama nº 15/1995 e dá outras providências.

- Resolução Conama 493, de 24 de junho de 2019, estabelece a Fase Promot M5 de exigências do programa de controle da poluição do ar por motocicletas e veículos similares – Promot para controle de emissões de gases poluentes e de ruído por ciclomoteres, motocicletas e veículos similares novos, altera as Resoluções Conama nºs 297/2002 e 432/2011, e dá outras providências. (IBAMA, 2021).

A implementação do Proconve, associado às normas anteriormente indicadas, proporcionou, segundo o IBAMA, uma redução de 98% na emissão de poluentes por veículos automotores, demonstrando assim, a importância da adoção de tais medidas. (IBAMA, 2021).

Outra ação de grande importância, visando a redução da emissão de gases do efeito estufa, foi realizada com a promulgação do Decreto 76.593 de 14 de novembro de 1975 que criou o Programa Nacional do Álcool (Proálcool).

Em razão da “crise do petróleo”, ocorrida no início da década de 1970, seu objetivo era viabilizar o uso do álcool combustível evitando a dependência externa de derivados do petróleo. (BIODIESELBR, 2012).

Os benefícios para o meio ambiente foram obtidos de maneira indireta, visto que este não era o objetivo do programa. Com o tempo, identificou-se que, além de criar uma alternativa para evitar a importação de derivados do petróleo, a utilização do álcool combustível reduzia a emissão de monóxido de carbono e hidrocarbonetos, além de substituir o chumbo tetraetila por etanol na gasolina, transformando esse biocombustível num fator importante para a redução da poluição do ar causada por veículos automotores. (LEAL, CONSONI, 2021).

Posteriormente, os programas InovarAuto, criado pela Lei nº 12.715, de 17 de setembro de 2012 e o Rota 2030, criado pela Lei nº 13.755, de 10 de dezembro de 2018, propuseram metas de eficiência energética para os veículos que resultaram em controle indireto da emissão de poluentes (menos combustível consumido, menos emissões de escapamento). (LEAL, CONSONI, 2021).

Além destes destaca-se o RenovaBio, criado pela Lei nº 13.576, de 26 de dezembro de 2017, que estabelece a Política Nacional de Biocombustíveis visando, especialmente, contribuir para o cumprimento dos compromissos assumidos pelo Brasil no Acordo de Paris. (BRASIL, 2017).

Como se pode verificar, o sucesso do Brasil em contribuir para a redução da emissão de gases do efeito estufa, derivada de veículos automotores, foi bastante apoiada por normativos.

Não obstante o sucesso obtido com as ações indicadas, verifica-se que há espaço para melhorar esses resultados com a adoção de veículos com motores elétricos, conforme se argumenta a seguir.

3. INCENTIVO AO USO DO CARRO ELÉTRICO

Muito embora os resultados positivos obtidos pelo Brasil no tocante a redução da emissão de gases de efeito estufa, em decorrência do uso do etanol, verifica-se haver espaço para se fazer ainda mais.

Conforme indica o relatório “Global EV Outlook 2020 – Analysis – IEA”, 17 países anunciaram metas para uso de veículos de emissão zero ou a eliminação gradual de veículos com motor de combustão interna até o ano de 2050. A França, em dezembro de 2019, foi o primeiro país a colocar essa intenção em lei, com prazo para até 2040. (INTERNATIONAL ENERGY AGENCY, 2020).

O relatório demonstra que, para haver o aumento do uso de veículos elétricos, em vários países, foi essencial a implementação de políticas públicas de incentivo que, com o tempo, foram reduzidas, sem, contudo, arrefecer o contínuo aumento da frota. (INTERNATIONAL ENERGY AGENCY, 2020).

Neste sentido, Flávia Consoni e Túlio Castelo Branco Leal chamam a atenção para o fato de o Brasil não possuir políticas públicas voltadas para a eletrificação veicular. Esta condição associada ao aumento da demanda de veículos elétricos que vem ocorrendo nas principais economias do mundo, pode fazer com que, num futuro próximo, o país não consiga mais se habilitar como exportador de automóveis, perdendo espaço neste mercado. (LEAL, CONSONI, 2021).

O recente avanço, sobre o mercado brasileiro, de fábricas de veículos chinesas, verificadas nos dois últimos anos, com prioridade para a comercialização de veículos eletrificados, corrobora a preocupação externada por Leal e Consoni.

Assim, visando fomentar discussões no âmbito legislativo, os autores sugerem a criação de uma política pública clara em direção à eletrificação veicular e que englobe:

- i. definição dos aspectos conexos das políticas de transporte, de combustíveis e energia, automotiva, de ciência e tecnologia, de saúde e meio ambiente;
- ii. envolvimento da sociedade nas discussões;
- iii. definição de metas e ações de médio e longo prazo visando um futuro com mínimas emissões de gases veiculares;
- iv. que as metas sejam claras, visando segurança jurídica aos investimentos do setor automotivo e visando evitar que nossa indústria se torne defasada em relação aos demais países;
- v. padronização (normatização) das tecnologias a serem adotadas no Brasil (plugues, protocolos de recarga, etc.). (LEAL, CONSONI, 2021).

Há em tramitação na Câmara dos Deputados, vários projetos de lei visando incentivar o uso de veículos elétricos ou híbridos no Brasil. Entretanto, todos se resumem a propor apenas incentivos fiscais, como a redução de IPI, sem adentrar em

importantes questões que envolvem o tema, em especial, as descritas no parágrafo anterior.

Cumpra, ainda, salientar que mesmo com a chegada de montadoras chinesas com foco voltado a veículos com eletrificação, a aquisição desses automóveis pela maioria dos brasileiros ainda é inviável tendo em vista o alto custo do bem em relação ao poder aquisitivo da maior parte da população.

Segundo os pesquisadores do Departamento de Engenharia de Produção da USP, Marx et. al (2023), diante da dificuldade de acesso aos veículos elétricos, por grande parte da população, o foco, especialmente nas grandes cidades, deveria se voltar para a eletrificação dos ônibus (transporte coletivo) e sem deixar de lado a rede metroviária aumentando assim o transporte de pessoas e cargas utilizando-se de meios menos poluentes.

Ainda conforme Marx et. al. (2023):

Melhorar e renovar a frota de ônibus, incentivando o uso de veículos elétricos leva à melhoria da qualidade do ar, reduz a poluição sonora, torna o transporte público mais moderno e confortável e alinha o futuro da mobilidade brasileira à tendência crescente no resto do mundo: o crescimento de produtos, serviços e pesquisa tecnológica voltados para a eletromobilidade.

Todos esses fatos reforçam que a adoção de políticas públicas voltadas para eletromobilidade é um fator essencial para que se possa reduzir as metas de redução de poluentes, alinhando três valores: economia, equidade social e meio ambiente, pilares do desenvolvimento sustentável.

4. CONCLUSÃO

Conforme se verificou ao longo do trabalho, a implementação de ações visando a redução dos gases do efeito estufa é de suma importância para humanidade, sendo esta a prioridade maior nas agendas que envolvem o desenvolvimento sustentável.

Os gases emitidos pelos veículos movidos por motores a combustão que se utilizam de combustíveis fósseis, respondem por 1/4 das emissões de gases que causam o efeito estufa no Planeta.

Desde a década de 1970, o Brasil tem se destacado no cenário internacional devido a implementação de políticas públicas visando o uso de biocombustíveis, em especial o etanol, que mesmo indiretamente, trouxe benefícios consideráveis para a redução da emissão de gases do efeito estufa no território nacional.



Entretanto, mesmo com o uso de biocombustíveis, a tecnologia dos motores à combustão acaba gerando, seja direta ou indiretamente, algum nível de poluição atmosférica.

Neste contexto, quando avaliada de maneira direta, a emissão de poluentes por veículos com motores elétricos é igual a zero e mesmo que se considere todo o seu ciclo de produção (importante salientar que há divergências neste entendimento) é infinitamente inferior à dos veículos à combustão.

Por este motivo, diversos países, com destaque especial para a Europa, vêm implementando políticas com o objetivo de eliminar e/ou reduzir o uso de veículos com motores à combustão.

No Brasil, embora já exista a comercialização de veículos elétricos, o seu uso ainda é incipiente e carecemos de políticas públicas claras que visem não só ampliar a utilização dessa tecnologia, mas também para oferecer segurança jurídica, essencial para alavancar investimentos para a produção nacional de veículos com essa tecnologia.



REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 17 out. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.576, de 26 de dezembro de 2017**. Dispõe sobre a Política Nacional de Biocombustíveis (RenovaBio) e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13576.htm>. Acesso em: 17 out. 2021

BRITO, Débora. Efeito Estufa: transporte responde por 25% das emissões globais. **Agência Brasil**. 11 dez 2018. Disponível em: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2018-12/efeito-estufa-transporte-responde-por-25-das-emissoes-globais>>. Acesso em: 17 out. 2021.

COMISSÃO MUNDIAL SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO. **Nosso Futuro Comum**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora da Fundação Getúlio Vargas, 1991.

DARÉ, Eliane F. Emissões poluentes x eletrificação veicular: por que o Brasil está perdendo essa corrida? **Jornal da UNICAMP – Edição WEB**. 02 mar 2021. Disponível em: <<https://www.unicamp.br/unicamp/index.php/ju/noticias/2021/03/02/emissoes-poluentes-x-eletrificacao-veicular-por-que-o-brasil-esta-perdendo>>. Acesso em: 13 out 2021.

CETESB. **Emissão Veicular**. Disponível em: <<https://cetesb.sp.gov.br/veicular/>>. Acesso em: 13 out 2021.

INTERNATIONAL ENERGY AGENCY. **Global EV Outlook 2020 – Analysis – IEA**, 2020. Disponível em: <<https://www.iea.org/reports/global-ev-outlook-2020>>. Acesso em: 7 out. 2021.

LEAL, Túlio A. C. B.; CONSONI, Flávia L. **Emissões Poluentes dos Veículos: impacto dos combustíveis utilizados e potencialidades da mobilidade elétrica**. Brasília. Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, janeiro 2021 (texto para discussão nº 293). Disponível em: <<https://www2.senado.gov.br/bdsf/handle/id/587039>>. Acesso em: 18 out. 2022.

MARX, Roberto et. al. Uma política pública para a eletromobilidade. **Valor Econômico**. 17 ago. 2023. Disponível em: <https://pro.poli.usp.br/wp-content/uploads/sites/927/dlm_uploads/2023/08/Uma-politica-publica-para-a-eletromobilidade-_Opinio-_Valor-Economico.pdf>. Acesso em: 25 jan. 2024.



NAÇÕES UNIDAS. **Mundo segue quebrando recordes de emissões de gases de efeito de estufa.** ONU News. 20 nov. 2023. Disponível em: <<https://news.un.org/pt/story/2023/11/1823657>>. Acesso em: 25 jan. 2024.

NOBRE, Noéli. Brasil ratifica Acordo de Paris sobre Mudança do Clima. **Agência Câmara de Notícias.** 12 set 2016. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/noticias/497879-brasil-ratifica-acordo-de-paris-sobre-mudanca-do-clima/>>, acesso em: 05 out. 2021.

OLIVEIRA, Pâmela. O que o Direito tem a ver com o clima. **Notícias UNISINOS**, 15 ago. 2018, Disponível em: <<http://www.unisinos.br/noticias/pos-graduacao/o-que-o-direito-tem-a-ver-com-o-clima>>. Acesso em: 13 out. 2021.

Plataforma Agenda 2030. Disponível em: <<http://www.agenda2030.com.br/>>. Acesso em: 15 out 2021.

BIODIESELBR. **PróAlcool - Programa Brasileiro de Alcool.** Última atualização em: 04 mar 2012. Disponível em: <<https://www.biodieselbr.com/proalcool/proalcool/programa-etanol>>. Acesso em: 15 out 2021.

IBAMA. **Programa de Controle de Emissões Veiculares (PROCONVE)**, Última atualização em: 19 ago. 2021. Disponível em: <<http://www.ibama.gov.br/emissoes/veiculos-automotores/programa-de-controle-de-emissoes-veiculares-proconve>>. Acesso em: 15 out. 2021.

UNITED NATIONS. **UN climate report a ‘red alert’ for the planet: Guterres.** UN News. 26 fev 2021. Disponível em: <<https://news.un.org/en/story/2021/02/1085812>>, acesso em: 17.10.2021.

**A RENÚNCIA DA HERANÇA: ASPECTOS INICIAIS E NATUREZA JURÍDICA**

THE RENOUNCE OF INHERITANCE: INITIAL ASPECTS AND LEGAL NATURE

Ana Julia de Abreu Caetano¹

Resumo: O presente artigo dispõe acerca do Direito das Sucessões, estudando especificamente do ato de renúncia da herança, nos moldes de uma leitura constitucionalizada do Código Civil. Nessa esteira, são abordados os caracteres formadores da renúncia à herança, conceituação, especialmente abordando-se a natureza jurídica do instituto segundo a doutrina pátria majoritária, da qual decorrem consequências jurídicas relevantes.

Palavras-Chave: renúncia; herança; direito sucessório.

Abstract: This academic article proposes an approach about the Law of Succession, it is particularly examined the act of renunciation of the inheritance, from a constitutional interpretation of the Civil Code. In this academic project, it is focused on the characters of renunciation of inheritance, its conceptualization and juridical character due to a national majority doctrine perspective, which has relevant legal consequences.

Keywords: renounce; inheritance; inheritance law.

1. INTRODUÇÃO

Trata-se de artigo com viés científico que propõe uma análise detida ao instituto da renúncia, com especial atenção ao examinar sua caracterização e natureza jurídica no campo direito das sucessões.

O objetivo da presente dissertação é estabelecer certas pedras de toque com alguns outros ramos do direito, tais quais a teoria geral do direito, direito de família, direito das coisas e direito constitucional, sobrelevando a análise do repúdio à herança e com o escopo de proporcionar um entendimento geral da organicidade do Código Civil.

A utilização ponderada de consagrados autores e juristas é uma tentativa de dar ao texto profundidade e densidade no trato sobre assunto da renúncia da herança. Almejou-se também o uso de linguagem didática para melhor nível de compreensão da corrente temática.

A sistemática do artigo inicia-se pelas noções introdutórias como o *droit de saisine* e a transferência/perpetuação das relações jurídicas do *de cujus* para seus

¹ Servidora Pública no Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo. Graduada em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES) no ano de 2019. Pós-graduada pela Damásio Educacional, em Direito Constitucional no ano de 2021 e em Direito Ambiental e Urbanístico no ano de 2022. Endereço eletrônico: anajuliacaetano@gmail.com.



sucessores, além da fixação dos pilares conceituais da renúncia em sentido amplo, perpassa para o âmbito do direito sucessório propriamente dito.

O ponto de partida para a dissecação da renúncia na seara sucessória é a configuração desta como ato jurídico *stricto sensu*, sendo passível de todas as consequências de tal enquadramento.

Ao final, como se verá adiante, inexistente razão de ser para a diferenciação das espécies de renúncia à herança.

Por derradeiro, afirma-se que não houve o esgotamento da matéria. Do contrário: servirá o presente como perspectiva para o aperfeiçoamento da ciência jurídica, já que pretendeu a fixar premissas sólidas de conceitos essenciais do direito das sucessões e assim viabilizar discussão temática profunda.

2. BREVES NOTAS SOBRE A TRANSMISSÃO AUTOMÁTICA DAS RELAÇÕES PATRIMONIAIS DO DE CUJUS NO DIREITO BRASILEIRO

O ramo do Direito Civil conhecido como direito das sucessões consiste, em sua essência, na *sucessio* do sujeito da relação jurídica em razão da morte do titular. As relações jurídicas aqui tratadas são as patrimoniais, não se referindo às personalíssimas, já que essas se extinguem com a morte do titular.

Cumprido afirmar, *ab initio*, que nem todas as relações jurídicas patrimoniais são transmitidas com a morte do titular para os seus sucessores. No que concerne aos direitos de propriedade intelectual, notáveis são as constatações feitas por CARVALHO (2017, p. 193), para quem

A Constituição Federal de 1988, no inc. XXVII de seu art. 5º, garante aos autores o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar. No inciso seguinte, ficam assegurados o direito às participações individuais nas obras coletivas e, ainda, o direito de fiscalização do aproveitamento econômico dessas obras. Dessa forma, a ordem jurídica procura proteger as criações do espírito humano através da concessão de privilégios temporários que garantem aos autores o direito de exclusividade sobre suas obras. Os direitos de exclusividades proporcionados pela propriedade intelectual têm por objetivo o incentivo à inovação e à produção literária e científica.

Nesse interregno, são dois pilares para incidência do direito sucessório contido no Livro V do Código Civil brasileiro: a morte² do titular das relações jurídicas e a

² A leitura a ser feita sobre a morte deve levar em consideração o art. 6º do Código Civil ("Art. 6º A existência da pessoa natural termina com a morte; presume-se esta, quanto aos ausentes, nos casos

existência de patrimônio do falecido (soma de todas as relações patrimoniais, conhecida como herança).

O jurista Costa Filho, suscitando os ensinamentos de Coelho (COELHO, 1974, p. 3-4 apud COSTA FILHO, 2014, p. 106) sustenta a *ratio* do direito sucessório, ressaltando a importância do evento morte e da necessidade do estabelecimento de um sistema racional de perpetuação das relações jurídicas do falecido:

A morte marca o início de uma crise que se abate sobre as relações jurídicas das quais fazia parte a pessoa falecida (*de cuius*) e que devem sobreviver a ela; desligando-se do primitivo sujeito (ativo ou passivo), em razão do óbito, e vinculando-se a novo(s) sujeito(s) pelo recurso a certos expedientes jurídicos próprios do direito das sucessões. Assim, o conjunto de expedientes jurídicos, sejam atos ou fatos, que dizem respeito a este processo de transição, ou seja, de atribuição das posições jurídicas do *de cuius* a outro(s) sujeito(s) é o que tradicionalmente se chama de fenômeno sucessório ou fenômeno da sucessão por morte, que se constituiria no objeto do Direito das Sucessões.

Na sucessão *causa mortis* – objeto do direito sucessório em comento – o sistema brasileiro apoderou-se da concepção do *droit de saisine* (ou saisina). Consoante assevera o doutrinário Mazzei (2014, p. 11):

Nosso sistema adota a ideia da saisine, que advém do Direito francês que preceitua que o domínio da herança. Bem assim sua posse, transmitida imediatamente aos herdeiros legítimos e testamentários, tão logo ocorrida a morte, não depende de formalização. O fenômeno é justificado pela necessidade de proteção do patrimônio e para que os bens não fiquem em estado de vacância.

O próprio Código Civil dispõe que, aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários. A acepção da expressão desde logo condiz com a instantaneidade da transmissão das relações patrimoniais do falecido titular para os herdeiros – o legatário tem situação específica, consoante Maria Helena Diniz (2005, p. 312), que afirma que enquanto não se julgar a partilha, o legatário não se investe na posse, porque só depois de verificadas as forças da herança, mediante inventário, é que se deve fazer a entrega da coisa legada – e,

em que a lei autoriza a abertura de sucessão definitiva.”), em consonância com a Resolução nº 2.173/2017 do Conselho Federal de Medicina, que, em suma, trata dos critérios para se aferir o diagnóstico da morte encefálica.

assim sendo, desde a abertura da sucessão, os sucessores são condôminos e copossuidores da herança (entendida legalmente como um bem imóvel indivisível³).

Por conseguinte, devido ao princípio da *saisine*, a transmissão das relações patrimoniais do titular para os seus herdeiros ocorre imediatamente quando do falecimento daquele, independentemente de qualquer ato de formalização. Além disso, dada sua proteção constitucional insculpida no inciso XXX do art. 5º, o herdeiro não poderia, em total desprezo com sua condição, aguardar a transferência ultimada do patrimônio do *de cujus*.

Repise-se: como dito nas considerações iniciais, a leitura de qualquer Lei deve ser feita a partir das lentes constitucionais. O direito civil não deve ser estranho ou estanque às influências dos demais ramos do direito, principalmente diante da eficácia dos direitos e garantias constitucionais. O douto jurista italiano Perlingieri (2001, p. 189) sustenta a definição do ‘moderno’ direito civil-constitucional “*rilettura del código civile e delle leggi alla luce della Costituzione repubblicana*.”.

Quanto à imprescindível leitura constitucional do direito civil, particularmente no que toca ao direito das sucessões, as notas de Flórez-Valdés (1986, p. 65) permanecem contemporâneas:

Precisamente en nuestro tiempo – y no todo tiempo pasado fue mejor-, estamos en presencia de un nuevo orden social, al que debe corresponder un nuevo ordenamiento jurídico. Y a nadie debe extrañar (menos aún escandalizar) que el Derecho civil, el Derecho más inherente e influyente en la persona, haya de ser objeto de un <reajuste>, que incorpore los vigentes valores sobre la persona, sobre la familia, en torno a la actual concepción patrimonial.

Portanto, é salutar a necessidade de uma visão constitucional do direito civil como um todo, em atendimento à unidade do ordenamento jurídico, bem como da necessidade de efetividade dos preceitos constitucionais fundamentais.

3. RENÚNCIA DA HERANÇA: CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA

3.1. A renúncia *lato sensu*

O esclarecimento acerca do instituto da renúncia facilitar-se-á demasiadamente a transposição do mesmo para o âmbito específico do direito sucessório brasileiro. Diante da possibilidade de uma análise rasa sobre o referido deslocamento

³ Código Civil: “Art. 80. Consideram-se imóveis para os efeitos legais: [...] II - o direito à sucessão aberta.”

proporcionar um entendimento que afasta a seara geral da senda do direito sucessório, impende destacar que as raízes do instituto estão fincadas na “Teoria Geral” e, deste modo, serve como conceito lógico-jurídico, e, nesta ótica, sofre influências de cada ramo específico (assim como gera efeitos/consequências próprias).

Após essa sucinta elucidação sobre a interpretação a ser feita, importante é conceituar a renúncia. Na dicção de Amaral (2002, p. 172) “A renúncia é ato unilateral e gratuito pelo qual o titular de um direito dele se despoja, sem transferi-lo a quem quer que seja. Produz a perda absoluta do direito pela manifestação de vontade do titular nesse sentido.”.

Fazendo alusão ao direito processual, Tartuce (2015, p. 36) conceitua:

no aspecto processual, a renúncia é prevista como hipótese de extinção do processo com resolução de mérito, implicando uma acomodação da parte quanto à inexistência de vontade de exercer a posição jurídica. Como regra, independe da anuência da parte contrária.

Aduz, ainda, que para a renúncia ser considerada como válida faz-se imprescindível o preenchimento de requisitos objetivos e subjetivos, quais sejam, a qualidade de ‘renunciabilidade’ do objeto e a capacidade para exercer aquele ato jurídico dos renunciantes (ARAGÃO, 2000, p. 429, apud TARTUCE, 2015).

Consoante definição acima explicitada, a renúncia é ato unilateral. Não se trata de um ato qualquer e sim um ato com desambiguações pelo/no ordenamento jurídico. Logo, deve ser considerado como ato jurídico.

Na concepção de Mello (2014, p. 198) os atos jurídicos são constituídos por três elementos, quais sejam: ato humano volitivo; consciência da exteriorização da vontade e que o direcionamento deste ato seja um resultado não vedado pelo direito. Nos dizeres do referido doutrinário:

(...) temos que constituem elementos essenciais à caracterização do ato jurídico:

- (i) um ato humano volitivo, isto é, uma conduta que represente uma exteriorização de vontade, mediante simples manifestação ou declaração, conforme a espécie, que constitua uma conduta juridicamente relevante e, por isso, prevista como suporte fático de norma jurídica;
- (ii) que haja consciência dessa exteriorização de vontade, quer dizer, que a pessoa que manifesta ou declara a vontade o faça com o intuito de realizar aquela conduta juridicamente relevante;
- (iii) que esse ato se dirija à obtenção de um resultado que seja protegido ou, pelo menos, não proibido (= permitido) pelo direito, e possível.

Segundo Mello (2014, p. 198) o ato jurídico *stricto sensu*, têm, em sua essência, a característica da impossibilidade de preferência no que tange à categoria jurídica, e, ademais, possui a imutabilidade dos efeitos, sendo estes considerados como fora do alcance da disposição das partes e anteriores ao próprio ato humano (denominado como efeitos *ex lege*).

Nessa esteira, visando o enquadramento da renúncia nas espécies do gênero ato jurídico *lato sensu*, afirma-se que este instituto se classifica como ato jurídico em sentido estrito (TARTUCE; SIMÃO, 2013, p. 44-45).

3.2. O âmbito sucessório: a renúncia da herança

No direito civil brasileiro, a renúncia da herança vem disciplinada no Livro V do Código Civil, especificamente nos artigos 1.804 § único e no bojo dos 1.806 e seguintes (até o 1.814).

É sabido que as relações patrimoniais transmitem-se no instante do falecimento do *de cuius*. Contudo, essa transmissão se dá no plano abstrato, tornando todos os herdeiros condôminos do patrimônio deixado. Como preza o artigo 1.804 do diploma em comento, aceita a herança, torna-se definitiva a sua transmissão ao herdeiro, desde a abertura da sucessão.

Proveitosa é a atestação de Faria (2004, p. 55-56) ao dividir o fenômeno sucessório em três etapas: transmissão imediata do patrimônio do falecido para seus herdeiros como conseqüente lógico ao seu óbito; delação/devolução e aceitação ou repúdio a herança. A respeito dessa proposta de divisão, merece transcrição o dissertar a respeito das duas últimas fases:

A segunda etapa do fenômeno sucessório é a DELAÇÃO ou DEVOLUÇÃO, ou seja, aberta a sucessão, a herança é oferecida a quem quer que a ela tenha direito. A herança fica a disposição do herdeiro, independentemente que ele a tenha reclamado e, assim, aparece a possibilidade de opção ao herdeiro de aceitar ou recusar a herança.

A terceira e final etapa resume-se à aceitação ou renúncia da herança.

Nesse passo, cumpre ao herdeiro manifestar-se pela aceitação ou não do patrimônio do falecido. A herança não pode ser castigo e o sucessor pode recusá-la pelo motivo que lhe aprouver.

Em relação aos efeitos da renúncia à herança, estes ocorrerão de forma *extinctiva*, conforme lecionam os juristas Farias e Rosendal (2015, p. 169):

Por óbvio, a renúncia produz efeitos *ex tunc*, retroativos, restituindo os interessados ao *status quo ante*, ou seja, à situação jurídica existente quando da abertura da sucessão (morte do autor da herança), para fulminar a transmissão que se operava por lei ao renunciante.

Como dito alhures, para a validade da renúncia, é imprescindível o preenchimento de requisitos objetivos e subjetivos (ARAGÃO, 2000, p. 429 apud TARTUCE, 2015). Não é diferente para a renúncia da herança, já que esta tem de ser expressa, solene, constante em instrumento público ou termo judicial (art. 1.806, Código Civil), apresentada de forma tempestiva – após a abertura da sucessão e antes da partilha –, sendo o renunciante verdadeiramente herdeiro.

A herança *per se* é renunciável: o herdeiro pode, sem qualquer justificativa, renunciar ao patrimônio do *de cuius* transmitido para si em decorrência da transferência automática das relações patrimoniais deixadas pelo falecido àquele(s).

Como regra no direito sucessório, a capacidade tem de ser aferida no momento da morte do *de cuius*, pouco importando a incapacidade superveniente do sucessor. Ademais, há de ser verificada por dois pontos de vista: a capacidade para atos civis em geral e a capacidade específica.

O critério para aferir a capacidade para os atos gerais da vida civil está prevista no Código Civil brasileiro em seu art. 3º, atualizada pela Lei nº 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência).

No que tange à capacidade específica para renunciar à herança, esta é verificada pela análise do sistema sucessório como um todo, e tradicionalmente é denominada legitimação.

Salienta-se que não é permitido ao representante legal ou assistente renunciar à herança de direito do representado ou assistido, devendo tal questão ser excepcionalmente autorizada judicialmente, após oitiva do membro do Ministério Público, em consonância aos requisitos de utilidade e necessidade, bem como à luz da proteção do interesse do incapaz, vide Farias e Rosendal (2015, p. 171-172).

Nada obsta que a renúncia à herança seja efetivada mediante mandato, como dispõe o artigo 657 em cotejo com o art. 661, §1º, ambos do Código Civil. É digna de nota a transcrição dos artigos referidos para uma análise pormenorizada. In verbis:

Art. 657. A outorga do mandato está sujeita à forma exigida por lei para o ato a ser praticado. Não se admite mandato verbal quando o ato deva ser celebrado por escrito.

Art. 661. O mandato em termos gerais só confere poderes de administração.

§ 1º Para alienar, hipotecar, transigir, ou praticar outros quaisquer atos que exorbitem da administração ordinária, depende a procuração de poderes especiais e expressos.

Dito de outro modo, para que a renúncia seja efetivada, há de serem seguidas uma série de formalidades (v.g. quando o valor da herança supera trinta vezes o maior salário-mínimo, é imprescindível que a outorga seja feita por escritura pública) e a procuração deve expressamente conter o poder de renunciar à herança.

Como bem ilustra a jurisprudência Superior Tribunal de Justiça, deve o ato de renúncia à herança constar de instrumento público de constituição do mandatário:

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RENÚNCIA À HERANÇA. REQUISITOS FORMAIS. MANDATO. TRANSMISSÃO DE PODERES. 1.- O ato de renúncia à herança deve constar expressamente de instrumento público ou de termo nos autos, sob pena de invalidade. Daí se segue que a constituição de mandatário para a renúncia à herança deve obedecer à mesma forma, não tendo a validade a outorga por instrumento particular. 2.- Recurso Especial provido. (REsp 1.236.671-SP, Rel. originário Min. Massami Uyeda, Rel. para acórdão Min. Sidnei Beneti, julgado em 9/10/2012)

Para parcela doutrinária, conforme Farias e Rosenvald (2015, p. 172), “para a renúncia, é imperativo o respeito a um requisito específico para a prática desse ato específico, qual seja, o consentimento do cônjuge, se for casado o renunciante.”.

Quanto à necessidade de outorga conjugal, o entendimento majoritário da doutrina é de que há a necessidade deste requisito a depender do regime de bens adotados pelos consortes. As razões deste posicionamento e a expansão do regime de bens escolhido em decorrência do matrimônio foram tratadas com maestria por Farias e Rosenvald (2015, p. 172-173):

Isso porque a sucessão aberta tem natureza de um bem imóvel por determinação de lei (CC, art. 80, II), bem assim como porque a renúncia consubstancia ato de disposição patrimonial. Por isso, mostra-se imprescindível a outorga do cônjuge, se casado o renunciante. Registre-se, por oportuno, que estando o casamento sob o regime de separação absoluta (convencional) de bens, é dispensada a anuência do consorte, por conta da diáspora patrimonial estabelecida – o que não se estende ao regime de separação obrigatória de bens, por conta do entendimento patrocinado pela Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal. Ademais, estando o matrimônio submetido ao regime de participação final nos aquestos, o pacto antenupcial poderá dispensar a autorização para os atos de disposição. De qualquer modo, com vistas a impedir um abuso do direito pelo cônjuge, permite-se (CC, art. 1.648), por meio de procedimento de jurisdição voluntária, o suprimento judicial do consentimento negado. Por tudo isso, a prática da renúncia, sem a aquiescência do consorte, implicará em anulabilidade do ato, que deve ser suscitada por meio de ação anulatória, aforada no prazo (decadencial) de

dois anos, contados do término do casamento (CC, art. 1.649), sendo possível, ademais, a posterior ratificação pelo cônjuge preterido.

Em sentido contrário, Castro (2016, p. 408) defende que o ato de renúncia é de natureza pessoal do renunciante, sendo desnecessária vênia conjugal, à luz das modificações realizadas no Código Civil de 1996, que deixou de exigir tal formalidade para o ato.

E prossegue o autor (CASTRO, 2016, p. 408), ao fazer interessante paralelo entre a acepção da aceitação para com a renúncia, ambas pertinentes à seara do direito sucessório, pondo em voga a diferenciação entre as mesmas e exaltando a natureza de cada uma:

A aceitação é ato informal, singelo, e pode ocorrer de maneira expressa ou tácita (art. 1.805 do CC); pode até ser presumida, diante do silêncio do herdeiro, notificado, em manifestar-se (art. 1.807). Normalmente, a mera nomeação de advogado para tratar do inventário caracteriza a aceitação tácita.

Já a renúncia é ato formal, pois depende de forma solene, qual a escritura pública ou o termo nos autos de inventário. A renúncia manifestada verbalmente, ou até por escrito, é ato nulo, por força do art. 166, IV, tendo em conta a inobservância da forma exigida no art. 1.806, parte final, ambos do CC.

A renúncia é ato jurídico em sentido estrito, de natureza formal e unilateral. O renunciante não pode escolher os efeitos que serão produzidos com a renúncia; os efeitos serão os que se acham previstos em lei. A renúncia não se sujeita a termos, condições ou encargos. A lei brasileira não lhe dá a característica de negócio jurídico; não existe espaço para a escolha dos efeitos jurídicos que serão produzidos.

Medeiros, trazendo à tona as lições – transcritas em espanhol avante – de Julien Bonnecase, versa sobre os efeitos práticos da renúncia da herança e as considerações a serem feitas em face do sucessor. Nos termos deste último autor, são os “*Efectos de la renuncia – Se considera que el heredero nunca ha tenido este carácter – Permanece extraña a la colación, pero ninguna parte puede tener en la sucesión. Su porción hereditaria no siempre se transmite a sus coherederos.*” (BONNECASE, 1945, p. 481 apud MEDEIROS, 1960).

Por fim, não é demais dizer que a renúncia à herança consiste no ato pelo qual “aquele que reunia condições para ser herdeiro ou legatário informa seu repúdio à situação jurídica de sucessor do falecido, ou ao recebimento de bens dele vindos.” (ALMEIDA, 2003, p. 123).

Frente ao exposto em consonância com uma interpretação dos dispositivos que tratam o repúdio à herança no *Codex*, pode-se classificar a herança como um ato

jurídico em sentido estrito, sendo irrevogável e irretratável, necessariamente puro e simples, sendo unilateral – considerado como direito potestativo – e atrelado as solenidades legais, conforme os ensinamentos de Farias e Rosendal (2015, p. 176-177).

À dianteira se verificará as razões pelas quais a renúncia à herança é merecedora de todos os caracteres do parágrafo anterior, bem como constituem o instituto em sua natureza jurídica.

3.2.1 Momento para renunciar à herança

O ato da renúncia à herança possui um marco inicial para ser efetivamente exercido. A estrema mencionada consubstancia-se na abertura da sucessão, obstando, deste modo, o prévio repúdio ao patrimônio do (ainda vivo) *de cujus*. A razão é simples: não se pode renunciar um patrimônio que ainda não é seu.

A título de informação o direito brasileiro veda o *pacto corvina*, bastando observar o artigo 426 do Código Civil: “Não pode ser objeto de contrato a herança de pessoa viva.”. O fundamento para essa vedação consiste na imoralidade do pacto. Como indica Leite (2006, p. 2) “A razão da proibição dos pactos sucessórios é o fato de ser imoral vincular um ato jurídico à morte de alguém. O que produziria no beneficiário um interesse na morte do outro contratante. O *pacto corvina* até por segurança é vedado.”.

Sabe-se que o direito brasileiro não tolera o pacto sucessório - diferentemente do que ocorre em algumas codificações europeias, como por exemplo, na França e Alemanha⁴ - outrossim, essa prévia organização do patrimônio de outrem antes de seu falecimento é tida como reprovável.

Nos dizeres de Monteiro Filho e Silva (2016, p. 176), os requisitos para a configuração do *pacto corvina* são que o contrato consista na totalidade ou em parte em uma sucessão futura (não aberta, por óbvio não ocorreu o óbito); em se tratando da sucessão de uma das partes, que a outra tenha eventual direito sobre esta herança; em se tratando de herança de terceiro, é necessário que o promitente tenha uma pretensão hereditária sobre a coisa que é objeto de sua obrigação.

⁴ Conforme consta nas informações disponíveis nos sites <https://e-justice.europa.eu/content_succession-166-de-pt.do> e <https://e-justice.europa.eu/content_succession-166-fr-pt.do>. Acesso em 25/06/2017>

Conclui-se, por conseguinte, que a ação de aceitação ou renúncia somente tem lugar quando da abertura da sucessão, sendo vedada a renúncia/aceitação anterior ao falecimento do *de cujus*. Como dito em tópico precedente, a renúncia é ato solene pelo qual o herdeiro declara expressamente que não aceita a herança do *de cujus* (FARIA, 2004, p. 57).

Ademais, o próprio Código Civil de 2002 exige a formalidade de estar consubstanciada a renúncia em instrumento público ou termo judicial para que seja considerado como ato jurídico perfeito, como se observa da redação do dispositivo n.º 1.806 de mesmo diploma (ALMEIDA, 2003, p. 137).

Por fim, hachura-se que o lapso temporal no qual a renúncia à herança deve ser manifestada tem como marco inicial a abertura da sucessão e ponto derradeiro o momento anterior à partilha do patrimônio deixado pelo *de cujus*.

3.2.2 A impossibilidade de renúncia parcial

Pela inteligência do art. 1.808 do *Codex*, resta clarividente que não há qualquer hipótese para a aceitação parcial da renúncia. Noutras palavras: ou há o repúdio total à herança ou não há repúdio. O caput do artigo é expreso neste sentido, *in verbis* “Art. 1.808. Não se pode aceitar ou renunciar a herança em parte, sob condição ou a termo.”.

Nesse passo, questão interessante é a possibilidade, constante no parágrafo primeiro do presente artigo no caso do mesmo sucessor ser herdeiro e legatário, do fundamento dessa viabilidade de recusa. Aparentemente, poderia se afirmar que são situações idênticas com soluções distintas.

Contudo, é de indubitável importância destacar que a hipótese ali permitida refere-se à sucessão por títulos diversos (legado e herança). Almeida (2003, p. 137) com sua apurada doutrina afirma

O que pretende a lei é a manutenção da indivisibilidade do direito transmitido. Se alguém é chamado a adir em dois direitos distintos, não está obrigado a uma única manifestação. A aceitação por um título não o vincula à mesma decisão em relação ao outro. Por isso a lei lhe faculta aceitar a herança e repudiar o legado ou, repudiando a herança, recolher o legado.

Finalizando o artigo 1.808, que trata da impossibilidade da renúncia parcial, é mister salientar que no Código Civil de 1916 não possuía qualquer dispositivo⁵ semelhante ao que dispõe o §2º daquele. Novamente Almeida (2003, p. 137-138) tratou sobre as consequências, exemplificando com a lucidez que lhe é ínsita:

Expressamente o novo Código veio a permitir a aceitação de um legado e a renúncia à herança, ou vice-versa, e a aceitação de um quinhão hereditário e a renúncia a outro. Não falou em dois legados. Estabeleceu o princípio de que a intenção é preservar o título transmitido e, por isso, desde que os legados sejam deferidos por disposições diversas, não se pode mais enxergar proibição.

(...) Não há de se estender essa possibilidade de aceitar um quinhão e renunciar outro, à hipótese em que o quinhão é acrescentado pela caducidade de outra disposição testamentária, ou pela impossibilidade de outro herdeiro legítimo recolher a herança. Aqui o herdeiro não recolhe por títulos diversos. É o mesmo direito, aumentado em relação ao benefício original. Assim, se um de dois irmãos, herdeiros necessários, falece, renuncia ou é considerado indigno sem deixar representante, a sua parte acresce ao sobrevivente. Mas este recolhe a totalidade da herança por título único, pelo que não poderia pretender aceitar o que lhe estava sendo deferido originalmente e recusar o acréscimo que lhe veio pela pré-morte, renúncia ou indignidade do irmão.

Os títulos diversos devem vir de fontes diversas. Assim, se o herdeiro é legítimo mas também está a ser beneficiado por disposição testamentária, nada o impede de aceitar uma das heranças e rejeitar a outra. Verifique-se, porém, que a situação é diversa daquela citada, decorrente do direito de crescer. Aqui o fato gerador da deixa hereditária é único e, por isso, única a manifestação pela aceitação ou pela renúncia.

3.2.3 Irrevogabilidade da renúncia

Uma das características preponderantes da renúncia é a sua irrevogabilidade, entendida como a impossibilidade, em qualquer condição, de sua posterior modificação, no sentido de que é inviável a modificação de uma renúncia da herança para uma posterior aceitação da herança, e vice-versa.

Como bem explicita a doutrina de Farias e Rosenvald (2015, p. 176), o fundamento para essa estabilidade do instituto consiste na “segurança das relações jurídicas”. Outrossim, como a renúncia representa um ato jurídico em sentido estrito, os efeitos decorrentes do mesmo já são por sua natureza *ope legis*, ou seja, decorrem da lei, não havendo abertura às partes para que modifiquem ou ditem as consequências que entenderem de direito. Aliás, é de se dizer a exposição de Mello (2014, p. 219):

⁵ O mais próximo à inovação trazida pelo parágrafo 2º do atual art. 1808 era o art. 1.583 do CC/16 que tinha a seguinte redação “Art. 1.583. Não se pode aceitar ou renunciar a herança em parte, sob condição, ou a termo; mas o herdeiro, a quem se testaram legados, pode aceita-los, renunciando a herança, ou, aceitando-a, repudia-los”.

No ato jurídico stricto sensu, como se conclui, a vontade não tem escolha da categoria jurídica, razão pela qual a sua manifestação apenas produz efeitos necessários, ou seja, preestabelecidos pelas normas jurídicas respectivas inalteráveis pela vontade, e invariáveis.

Diferentemente do Código Civil de 1916⁶ (art. 1.590), conforme doutrinas de Farias e Rosendal (2015, p. 176) e Almeida (2003, p. 147), o diploma atual prevê, no artigo 1.812, a irrevogabilidade dos atos de aceitação ou de repúdio da herança. Naquele código, havia referência à plausibilidade da retratação da renúncia, não obstante o erro de exemplificativo em sua redação “Pecava pela técnica o dispositivo, pois falava em retratação exemplificando com figuras de anulação” (ALMEIDA, 2003, p. 147).

A título exemplificativo da imprecisão terminológica na redação do artigo 1.590 da antiga Lei civil, já teve oportunidade de decidir – em 2015 – a 4ª Câmara do Superior Tribunal de Justiça, no acórdão de lavra do Ministro Raul Araújo. Junta-se então, o trecho que interessa à presente temática da decisão ora mencionada:

RECURSO ESPECIAL. CIVIL. SUCESSÃO. PROCESSUAL CIVIL. VIOLAÇÃO AO ART. 535, II, DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. RENÚNCIA À HERANÇA. APARECIMENTO DE OUTROS HERDEIROS. ANULAÇÃO POR ERRO. PRAZO DECADENCIAL QUADRIENAL (CC/1916, ART. 178, § 9º, V, b). RECURSO IMPROVIDO.

(...) 3. Em situações em que a renúncia é proveniente de erro, permite o art. 1.590 do Código Civil de 1916 a retratação, que, conforme Carvalho Santos, de retratação não se trata, mas de anulação de ato por vício de consentimento. 4. A anulação de ato jurídico viciado por erro se submete ao prazo decadencial do art. 178, § 9º, V, b, do Código Civil de 1916, que atinge o próprio direito material perseguido. 5. Recurso especial não provido. (REsp 685.465/PR, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 27/10/2015, DJe 25/11/2015)

Seguindo o padrão determinado pelo acórdão acima, vale dizer que os atos de renúncia são irrevogáveis, porém, sendo a vontade formulada e/ou exteriorizada de forma defeituosa, tais atos podem ser anuláveis, desde que haja o aforamento da ação anulatória num prazo de 04 (quatro) anos (art. 178, Código Civil). Na trilha da doutrina de Farias e Rosendal (2015, p. 177):

De qualquer sorte, é possível a anulação do ato de renúncia, por conta de eventual existência de algum dos defeitos do negócio jurídico, maculando a

⁶ A redação do artigo ‘correspondente’ no diploma de 1916 era: “Art. 1.590. É retratável a renúncia, quando proveniente de violência, erro ou dolo, ouvidos os interessados. A aceitação pode retratar-se, se não resultar prejuízo a credores, sendo lícito a estes, no caso contrário, reclamar a providência referida no art. 1.586.”

integridade do elemento volitivo. Para tanto, é necessária a propositura de uma ação anulatória, no prazo (decadencial) de quatro anos, no juízo cível. Ressalta-se, pois, que a mera alegação de existência de vício de consentimento no inventário não é bastante para anular o ato de renúncia. O pleito deve ser formulado em sede de ação anulatória e o seu acolhimento dependerá da demonstração da existência do vício que maculou a vontade.

Elogiável postura teve o legislador ao expor, de forma nítida, a impossibilidade de revogação da renúncia da herança, como demonstra o corpo do artigo 1.812. Não merece prosperar qualquer raciocínio diferente deste, já que há permissibilidade de anulação da renúncia se a vontade que a formou estava maculada (repise-se: o prazo é decadencial de quatro anos para o ajuizamento da ação cabível), e outra não poderia ser a postura do Codex, atuando em prol da segurança das relações jurídicas e da suposta previsibilidade do ordenamento jurídico brasileiro.

3.2.4 Espécies de renúncia da herança: renúncia propriamente dita e “renúncia” translativa

Hodiernamente, a metodologia jurídica enquadra a renúncia da herança como gênero, ramificando desta a renúncia propriamente dita e a renúncia translativa. A principal consequência específica dessa classificação é a (não) dupla incidência tributária a depender do ‘tipo de renúncia’ escolhido.

A priori, insta firmar uma perspectiva crítica em relação a essa classificação: a segregação entre ambas, de fato, não existe. Como se verá adiante, são institutos diversos com nomenclatura equivocada que, diante do uso contínuo de tais expressões, acabaram por ser contidos no suposto ‘gênero’ renúncia da herança.

Ultrapassada a barreira apreciativa retro, é de suma importância estabelecer as distinções entre ambas ‘espécies’ a fim de demonstrar a inconsistência da divisão e, assim sendo, verificar as implicações no seio do direito sucessório.

A professora peruana Rengifo, utilizando como pilar os ensinamentos contidos na obra *La renuncia a los derechos* de Martínez de Velasco, tece algumas considerações sobre o direito à renúncia (DE VELASCO, 1996, p. 62-63 apud RENGIFO, 2010):

A modo de análisis doctrinario, Cano Martínez de Velasco señala que una acción de renuncia puede tener carácter abdicativo o translativo. El carácter abdicativo puede ser entendido como una ‘dejación voluntaria de un derecho’, mientras que el segundo configura un abandono mismo unido al señalamiento o indicación de una persona que ha de adquirirlo.

A renúncia propriamente dita, também conhecida como abdicativa, compõe-se do poder que o sucessor tem em repudiar a herança, pelos motivos que julgar satisfatórios, objetivando não ‘assumir’ as relações patrimoniais daquele que veio a óbito. É dizer, o renunciante tem a faculdade de aceitar ou não o patrimônio do falecido, e, somente após sua aceitação, a transferência do patrimônio deste torna-se definitiva, como reza a redação do art. 1.804 do Código Civil.

Como destacado no parágrafo único do mencionado artigo, a transmissão tem-se por não verificada quando o herdeiro renuncia à herança.⁷ Consequentemente, é salutar compreender que o patrimônio do *de cujus* sequer chegou ao domínio do renunciante, dada a eficácia *ex tunc* da renúncia. Como dito anteriormente, na prática, é como se o herdeiro que veio a renunciar nem mesmo existisse para os fins sucessórios.

O advogado Yamashita (1966, p. 105), em meados da década de 60, já apontava a inconsistência da nomenclatura de renúncia *in favorem*, ressaltando que é incompatível a renúncia com a intenção de transmitir. Segundo o mesmo, quem transmite um direito afirma implicitamente que é o seu titular, pois ninguém transmite mais direitos do que tem.

O clássico Pontes de Miranda (1977, p. 139) atestava, em sua época, a conflitante reflexão que agrupava as ‘duas’ renúncias à herança na mesma categoria, como institutos próximos. “Não se pode renunciar para que o direito seja transferido a outrem. Aí, haveria algo de donativo.”.

O parecer de Pereira (1977, p. 131), ainda que escrito sob a égide do Código Civil de 1916 e Código de Processo Civil de 1973, permanece atualíssimo e distingue com precisão a renúncia abdicativa e a translática:

O que as distingue, então, é isto: a renúncia abdicativa (renúncia propriamente dita) esgotasse em si mesma, independentemente dos efeitos dirigidos pelo renunciante. Não importa se vai, ou não, beneficiar alguém. Pode acontecer que não, ou que sim. Não é este um elemento diferenciador. O que sobreleva é o fato de beneficiar independentemente do querer do agente.

A professora Vieira (2001, p. 29) delimitou com peculiar acerto o que se deve ter como conceito de cessão de direito e cessão de contrato. Essa distinção é de suma

⁷ Transcrição literal do art. 1.804 § único do Código Civil de 2002.

importância haja vista que a compreensão do primeiro instituto se consubstancia na medula da renúncia *in favorem*:

A cessão pode ser definida como a transferência que o credor faz a outrem de seus direitos. Num sentido amplo a palavra cessão indica a transferência, a título gratuito ou oneroso, de bens, direitos e ações. Não deve ser confundida com a cessão do contrato, em que se transferem, indiscriminadamente, todos os direitos e obrigações, o que implica a transferência de toda a relação jurídica, no seu complexo orgânico; a cessão, por sua vez, restringe-se exclusivamente à transferência de um direito determinado, passando o cessionário a ostentar, perante o devedor, a mesma posição jurídica do antigo titular.

Relevante, ainda, é o posicionamento de Passarelli (2010, p. 318) sobre a imprescindibilidade da escritura pública quando da cessão de direitos (incluindo-se aqui o direito à herança) ressaltando que o Código Civil exige expressamente a escritura pública na cessão de direitos quanto, para a renúncia, observada a hipótese desta última constar por termo nos autos.

Segundo este autor, se fosse da vontade do Código Civil a possibilidade de cessão de direitos – repise-se: a renúncia translativa é, em sua essência, uma cessão de direitos – ser feita por termo nos autos, o legislador assim o teria formulado (2010, p. 318-319). E apresenta, ainda, as seguintes inquietações quanto à equiparação, em sede de relevância, por alguns doutrinários, entre a cessão de direitos mediante termo nos autos e aquela viabilizada pela escritura pública (PASSARELLI, 2010, p. 321):

o Estado não pode praticar diretamente atos notariais e registrais, assim considerados os definidos e elencados em lei, nem por órgão integrante de sua estrutura ou autarquia (Estado-Administração) e tampouco por órgão do Poder Judiciário (Estado-Juiz)!

Ora, a se admitir que o escrivão-judicial ou mesmo o juiz possam celebrar negócios jurídicos como a cessão de direitos hereditários por termo nos autos, quando a lei expressamente remete esse ato para a escritura pública, estaremos aceitando que o Estado (o Estado-Juiz) preste diretamente serviços que a lei considera como notariais, o que, ao menos na atual conformação jurídico-constitucional brasileira, não se admite, como apontado acima.

A preocupação de Passarelli não é recente. Em 1945, o notável Gyges Prado (1945, p. 917) já sustentava a indispensabilidade do registro em cartório no caso de cessão de direitos hereditários. Dizia, ainda,

afim de evitar fraudes e a insegurança na cessão de direitos hereditários ("Revista dos Tribunais", vol. 151, pag. 690) impõe-se a transcrição dêsse

meio de transferência, por ato entre vivos, de propriedade imóvel que somente se adquire mediante a transcrição de título no registro imobiliário.

Ante o exposto, verifica-se que a diferenciação entre ambas as categorias não existe, já que a renúncia da herança é una, não cabendo aqui inserir a expressão propriamente dita para diferenciá-la da 'renúncia translativa'. Esta última, em seu âmago, consiste numa cessão gratuita de direitos em favor de outrem, que deve ocorrer após a aceitação da herança, segundo Farias e Rosenvald (2015, p. 170).

4. CONCLUSÕES

A apresentação do instituto da renúncia à herança (situação clarividente do direito sucessório) exige remissão à origem do instituto, em especial na realidade jurídica brasileira, iniciando-se pelo entendimento do princípio basilar do direito sucessório, o *droit de saisine* e suas implicações para os sucessores do autor da herança.

Como visto alhures, somente com o reconhecimento das consequências intrínsecas da *saisine* é que se deve discorrer sobre a faculdade do sucessor do falecido repudiar as relações patrimoniais deixadas por este.

Observou-se que, apesar da conceituação relativamente simplória – entendida aqui como ato pelo qual “aquele que reunia condições para ser herdeiro ou legatário informa seu repúdio à situação jurídica de sucessor do falecido, ou ao recebimento de bens dele vindos.” (ALMEIDA, 2003, p. 123), a renúncia possui diversos aspectos que devem ser minuciosamente destrinchados, vislumbrando, portanto, uma apreensão pormenorizada de todas as facetas do instituto em análise.

Reitera-se também a natureza da renúncia no ordenamento jurídico, qual seja, a de ato jurídico em sentido estrito. Por meio dessa qualificação é mister destacar algumas características decorrentes, como por exemplo, da impossibilidade de renúncia à herança sob condição ou termo e da inviabilidade de repúdio parcial.

A compreensão da renúncia como ato jurídico *stricto sensu* proporciona previsibilidade dos efeitos decorrentes do repúdio, já que decorrentes de lei, sem liberalidade para as partes criarem ou modificarem aqueles ao seu mero deleite.

Em apertada síntese, pode-se definir a renúncia à herança como direito potestativo do sucessor, ato unilateral pelo qual se pretende não assumir a titularidade das relações jurídicas patrimoniais do *de cuius*, devendo preencher as formalidades da lei para se concretizar. É também irrevogável, irretratável (relembre-se que a



renúncia pode ser anulada), ato formal, indivisível e deve ser manifestada entre a abertura da sucessão e o momento anterior à partilha definitiva do patrimônio.

Insta observar que a divisão entre as espécies de renúncia carece de grande relevância, considerando que a renúncia translativa significa aceitação da herança e posterior cessão desta em favor de outrem, e a única renúncia possível é a denominada abdicativa (propriamente dita).



REFERÊNCIAS

ALMEIDA, José Luiz Gavião de. **Código Civil comentado: Direito das sucessões, sucessão em geral, sucessão legítima: arts. 1.784 a 1.856**, São Paulo: Atlas, 2003, 309 páginas, v. XVIII.

AMARAL, Francisco. **Direito Civil: Introdução**, 4ª Ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, 641 páginas.

BRASIL. **Código Civil. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm>. Acesso em 16 de junho de 2022.

BRASIL. **Código Civil. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 14 de junho de 2022.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>>. Acesso em 26/06/2022.

CARVALHO, Angelo Gamba Prata de. **Transmissão causa mortis de direitos de propriedade intelectual**. Revista dos Tribunais. v. 75/2017, março de 2017, p. 191 – 208.

CASTRO, Guilherme Couto de. **Direito Civil: Lições**, 6ª Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016, 494 páginas.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (Brasil). **Resolução n. 2.173/17**. Disponível em: <<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2173>>. Acesso em 14/06/2022.

COSTA FILHO, Venceslau Tavares. **Notas sobre o direito de saisine e a sucessão a causa de morte**. Revista dos Tribunais, v. 942/2014, abril de 2014, p. 105-113.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito das sucessões**, 19. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

EUROPEAN JUSTICE. **Portal de Justiça Europeu**. Disponível em: <<https://e-justice.europa.eu/home.do?action=home&plang=pt&init=true>>. Acesso em 25/06/2022.



FARIA, Mario Roberto Carvalho de. **Direito das sucessões: teoria e prática**, 4ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, 431 páginas.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito Civil: Sucessões**, 1ª Edição. São Paulo: Atlas, 2015, 525 páginas, v. 7.

FLÓREZ-VALDÉS, Joaquin Arce y. **El Derecho civil constitucional**, Madrid: Civitas, 1986 (reimpresión 1991), 190 páginas.

LEITE, Gisele. **Algumas linhas críticas sobre o direito sucessório brasileiro**. 2006. Disponível em <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9004-9003-1-PB.pdf>>. Acesso em 22/06/2022.

MAZZEI, Rodrigo Reis. **Noção geral do direito de sucessões no código civil: introdução do tema por 10 (dez) "verbetes"**. Revista Jurídica, Ano 62, nº 438, Abril de 2014. Notadez, Síntese. p. 9-13.

MEDEIROS, Paulo Pacheco de. **Renúncia à Herança**. Doutrina Essenciais Família e Sucessões (Originalmente constante na Revista dos Tribunais, RT 293/42 de março de 1960). v. 6. P. 99 - 108.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**, 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, 349 páginas.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Renúncia a herança: existência, realidade e eficácia**. Doutrina Essenciais Família e Sucessões. (Originalmente constante em Revista dos Tribunais, RT 500/46, junho de 1977). v. 6, 2011, p. 135 – 142.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; SILVA, Rafael Cândido da. **A proibição dos pactos sucessórios: releitura funcional de uma antiga regra**. Revista de Direito Privado, vol. 72/2016, dezembro de 2016. P. 169 – 194.

PASSARELLI, Luciano Lopes. **A necessidade de lavratura de escritura pública na cessão de direitos hereditários**. Revista de Direito Privado. vol. 41/2010, janeiro/março de 2010. P. 313 – 321.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Renúncia à Herança**. Doutrina Essenciais Família e Sucessões (Originalmente constante na Revista dos Tribunais, RT 500/46 de junho de 1977). v. 6. P. 129 – 134.

PERLINGIERI, Pietro. **Il diritto civile nella legalità costituzionale**, 2ª Ed. Nápoles: ESI, 2001, 545 páginas.



PORTUGAL. **Código Civil**. Disponível em: <<http://www.codigocivil.pt/>>. Acesso em 14/06/2022.

PRADO, L.G. Gyges. **Registro da cessão de direitos hereditários**. Doutrinas Essenciais de Direito Registral (Originalmente constante na Revista dos Tribunais, RT 153/451 de janeiro de 1945). v. 1. P. 907 – 918.

RENGIFO, Beatriz de la Vega. **Renuncia al derecho a recibir los dividendos**. Instituto Peruano de Derecho Tributario. XI Jornadas Nacionales de Derecho Tributario. Lima, p. 135–150, Outubro 2010. Disponível em <http://www.ipdt.org/uploads/docs/10_DelaVega_Beatriz_PI_XI_J_2010_IPDT.pdf>. Acesso em 29/06/2022.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**, 2ª Ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015, 372 páginas.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito civil. Direito das Sucessões**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2013. v. 6.

VIEIRA, Iacyr de Aguiar. **Cessão de direitos e cessão de pretensões no direito brasileiro**. Revista dos Tribunais, vol. 784/2001, fev/2001. p. 29 – 54.

YAMASHITA, Daniel S. **A renúncia da herança e o imposto de transmissão de propriedade imobiliária “inter vivos”**. Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos, n. 1, jan./jul. 1966. BDJur. Disponível em<http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/20640/renuncia_heranca_imposto_transmissao.pdf>. Acesso em 21/06/2022.



EFICÁCIA DA APLICAÇÃO DAS MEDIDAS CAUTELARES

EFFECTIVENESS OF THE APPLICATION OF PRECAUTIONARY MEASURES

Lina Cardoso Fernandes¹

Resumo: O presente trabalho tem por objetivo discutir as mudanças promovidas pela lei 12.403/11 ao ampliar significativamente o rol de medidas cautelares a serem adotadas no processo penal brasileiro. A citada legislação veio com o pretexto de evitar a execução antecipada da pena, adequando o Código de Processo Penal à Constituição Federal de 1988 e aos preceitos do Estado Democrático de Direito. Ocorre que analisando mais detidamente o tema, percebe-se que a simples previsão legislativa por si só não torna as medidas cautelares diversas da prisão mecanismos eficazes na busca pela manutenção da ordem e segurança na sociedade, tendo em vista a total falta de condições físicas do sistema em fiscalizar tais medidas. Sendo assim, fica a dúvida acerca da real motivação para a sua “criação”, se aquelas já apresentadas, ou se mais uma manobra legislativa na tentativa de amenizar o caos do sistema carcerário brasileiro.

Palavras-Chave: medidas cautelares, efetividade, sistema prisional, justiça penal.

Abstract: The present paper aims to discuss the changes promoted by Law 12.403/11 by significantly expanding the list of precautionary measures to be adopted in the Brazilian criminal procedure. The aforementioned legislation came with the pretext of avoiding the early execution of the sentence, adapting the Code of Criminal Procedure to the Federal Constitution of 1988 and to the precepts of the Democratic Rule of Law. It so happens that a more detailed analysis of the subject, it is clear that the simple legislative provision alone does not make precautionary measures other than imprisonment effective mechanisms in the search for the maintenance of order and security in society, in view of the total lack of physical conditions of the system to supervise such measures. Therefore, the question remains about the real motivation for its "creation", whether those already presented, or whether it is another legislative maneuver in an attempt to alleviate the chaos of the Brazilian prison system.

Keywords: Precautionary Measures, Effectiveness, Prison System, Criminal Justice.

INTRODUÇÃO

As medidas cautelares incorporadas taxativamente ao processo penal brasileiro possuem uma profunda ligação com o princípio da proporcionalidade, buscando uma linha harmônica entre evitar o excesso da atuação estatal, ao tempo em que não se pode permitir que a intervenção do Estado seja insuficiente e sem a produção do resultado prático, que é a proteção da sociedade como um todo.

Registre-se, ainda, que essas medidas têm por escopo evitar que o acusado seja privado de sua liberdade, antes que lhe seja aplicada a sanção cabível. Mais uma

¹ Graduada em Direito pela Faculdade Baiana de Direito e Gestão; Pós-graduada em Ciências Criminais pela Universidade Anhanguera – Uniderp.

vez, nota-se, que a fonte principiológica funciona como farol no processo cautelar, ante ao princípio da presunção de inocência.

Sendo assim, o novo sistema processual possibilita ao juiz, respeitando os princípios da legalidade e proporcionalidade, que sejam adotadas medidas distintas da prisão.

Ocorre que, se questiona se o Estado possui a estrutura necessária para que a aplicação das medidas cautelares exerça efetivamente seu objetivo, que além de possibilitar o acusado a esperar o andamento do processo sem a restrição de liberdade, deve manter a ordem e a segurança na sociedade.

Em verdade, o grande ponto de discussão é que a ampliação das medidas cautelares na prática pode ser exclusivamente um método encontrado para amenizar o caos do sistema carcerário nacional, o que, por evidente, compromete de forma grave a sua eficiência.

A adoção de medidas cautelares é uma tendência mundial, tornando a prisão provisória como última medida cautelar, evitando, portanto, os aprisionamentos prolongados e decretados sem a devida observância da legalidade e necessidade.

Por todo exposto, há de se abordar que a ampliação significativa das medidas cautelares constitui uma inovação que carrega diversos desdobramentos quanto a sua aplicação, ante a necessidade de estrutura do órgão competente, do seu caráter eminente subjetivo, da utilização dos princípios que a norteiam, dentre outras divergências doutrinárias, todos esses fatores que poderão comprometer sua eficácia prática.

1. AS MEDIDAS CAUTELARES NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

1.1. Breve histórico do processo penal brasileiro

Logo de início é importante assinalar que a Constituição é a norma supra do ordenamento, estando no topo da pirâmide do direito posto. Sendo assim, todas as demais normas infralegais devem apresentar plena harmonia com sua principiologia.

Ocorre, entretanto, que o Código de Processo Penal brasileiro, promulgado em 1941, foi elaborado sob forte influência do regime fascista italiano, partindo de uma concepção de culpabilidade antecipada à condenação definitiva, portanto, longe de apresentar as características do atual Estado Democrático de Direito, que preza, por sua vez, pelo respeito aos direitos fundamentais. Diante desse quadro, com o advento da Constituição Federal de 88, o citado diploma legal tornou-se absolutamente

incompatível em alguns aspectos com a nova ordem constitucional, motivando a edição de leis que o atualizassem, ajustando-o à nova realidade jurídica (DA ROSA e RUDOLFO, 2016).

Nesse contexto é que foi elaborada a lei nº 12.403/11, que promoveu uma reforma estrutural no sistema cautelar do processo penal brasileiro.

Com a vigência da mencionada lei foi encerrada “a angustiante dicotomia entre o cárcere e a liberdade, que eram os dois extremos existentes ao longo da persecução penal, numa verdadeira bipolaridade cautelar”, na medida em que a referida norma trouxe a tona “um rol de medidas constritivas não tão extremas quanto o cárcere, nem tão brandas quanto à mera manutenção da liberdade do agente”, respeitando os direitos fundamentais do acusado, bem como dos demais cidadãos (TÁVORA e ALENCAR, 2015, p. 946).

Vê-se, portanto, que antes da lei nº 12.403/11 o sistema cautelar positivado colocava em discussão o respeito a alguns princípios constitucionais, merecendo destaque os princípios da presunção de inocência e do devido processo legal. Tal percepção já manifestava frutos mesmo antes de sua confirmação legislativa, conforme ensina Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar (2015, p. 946):

Mesmo sob a égide da disciplina cautelar anterior, o juiz poderia impor medidas cautelares não previstas expressamente no texto legislativo, toda vez que se revelassem menos gravosas que a prisão processual. Entretanto, com a previsão de um elenco de medidas cautelares no art. 319 do CPP, tem-se a vantagem de se indicar ao juiz, de forma exemplificativa, a ampla possibilidade de aplicação de medidas diversas da prisão preventiva, sublinhando que esta só será decretada em último caso.

Isso se dá em virtude de atualmente, prezar-se por um direito processual penal compreendido como instrumento de concretização de preceitos constitucionais. Desta forma, ao se aplicar medidas restritivas de direitos fundamentais, deve-se optar por aquela que menos interfira na liberdade do indivíduo, sem deixar de ser suficiente e capaz de proteger o interesse público para o qual foi instituída (FEITOZA, 2009, p. 830-831).

1.2 Conceito

O art. 319 do CPP, alterado pela lei 12.403/11, traz as medidas alternativas à prisão cautelar, tendo como finalidade evitar ao máximo a prisão antes do trânsito em julgado da sentença. Segundo Renato Brasileiro de Lima, as medidas cautelares são:



Aquelas medidas restritivas ou privativas da liberdade de locomoção adotadas contra o imputado durante as investigações ou no curso do processo, com o objetivo de assegurar a eficácia do processo, importando algum grau de sacrifício da liberdade do sujeito passivo da cautelar, ora em maior grau de intensidade (v.g., prisão preventiva, temporária), ora com menor lesividade (v.g., medidas cautelares diversas da prisão do artigo 319 do CPP) (LIMA, 2011, p. 3).

Nesse sentido, vê-se que as medidas cautelares diversas da prisão são uma alternativa aos acusados de crimes mais leves, que não necessitam da imposição de prisão no curso do processo, tendo em vista que o próprio processo penal já representa uma punição para eles e suas famílias. As medidas ora tratadas já se mostram suficientes, teoricamente, ao controle e vigilância durante a persecução penal.

Cumpre, neste ponto, citar as características de tais medidas cautelares, quais sejam: 1. **jurisdicionalidade**: devem ser aplicadas pelo Poder Judiciário; 2. **provisoriedade**: possuem caráter de brevidade, devem perdurar somente enquanto a necessidade da situação prevalecer; 3. **excepcionalidade**: aplicadas em hipóteses emergenciais; 4. **revogabilidade**: corrobora o caráter provisório da medida, isto porque deverá ser revogada quando a necessidade da situação deixar de existir; 5. **cumutatividade**: as medidas cautelares podem ser aplicadas de forma isolada ou cumulativamente; 6. **fungibilidade**: “respeitados os limites atinentes ao princípio da iniciativa das partes”, “é admissível que o juiz decrete medida cautelar diversa da que foi requerida pelo interessado, notadamente quando menos gravosa ao acusado” (TÁVORA e ALENCAR, 2015, p. 948).

A lei não define prazo às medidas cautelares, sendo assim, a dilação no tempo depende do fator necessidade. “A depender do estado das coisas (cláusula *rebus sic stantibus*), e da adequação ao caso concreto, a cautelar pode ser substituída, cumulada com outra, ou mesmo revogada, caso não mais se faça necessária” (TÁVORA e ALENCAR, 2015, p. 949). Mesmo revogadas, surgindo provas novas que apontem a conveniência, a cautelar poderá ser redetecada. Já no caso de constatação de eventual irrazoabilidade temporal, estará configurada ilegalidade, desafiando mandado de segurança ou, até mesmo, habeas corpus.

Ainda nas lições dos autores acima mencionados, tem-se que para a aplicação de tais medidas, há que se observar a presença do *fumus commissi delicti* (aparência do fato delituoso – indícios de autoria e demonstração da materialidade), revelando-

se a justa causa para a decretação da medida, juntamente com o “*periculum* ao regular transcorrer da persecução penal, ou o risco inerente à liberdade plena”.

Segundo os doutrinadores, exige-se: 1. “a necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais”; 2. “adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado”; 3. “a aplicação isolada, cumulada ou alternada de pena privativa de liberdade” (2015, p. 949).

O art. 319 do CPP, com a entrada em vigor da lei n 12.403/11, passou a prever expressamente nove medidas cautelares diversas da prisão, não havendo consenso na doutrina se este rol é exemplificativo ou taxativo. Ao passo que, pelo que se pode inferir das decisões recentes do STJ, o poder geral de cautela do magistrado só estaria refutado quando a medida aplicada em concreto se apresentar mais gravosa que aquela que a lei admite em abstrato. Então, entende-se que o juiz pode estabelecer as medidas cautelares que entender necessárias e adequadas ao caso concreto, desde que não exceda os limites autorizados pelo legislador.

Além de todo exposto, importante se mostra ainda esclarecer que “o cumprimento a medida cautelar imposta pode servir, inclusive, para efeitos de detração, havendo equivalência entre a cautelar cumprida e a pena cominada em futura sentença condenatória” (TÁVORA e ALENCAR, 2015, p. 946).

2. IMPORTÂNCIA DOS PRINCÍPIOS NA LEI 12.403/11

Ao inserir no texto do Código de Processo Penal as medidas cautelares diversas da prisão, a Lei 12.403/11 tinha como escopo harmonizar esse diploma legal à Constituição Federal de 1988, em claro prestígio aos direitos fundamentais.

O processo existe com o fito de permitir ao magistrado uma reflexão acerca do caso concreto, após a produção e análise das provas, das alegações das partes, do contexto que cerca a situação fática. Trata-se de uma forma de retardar a decisão condenatória na busca de uma “decisão melhor”, sem julgamentos precipitados. No entanto, a justiça brasileira não vem seguindo muito essa ideia, antecipando as penas através das medidas de urgência e deixando a desejar no que tange a aplicação dos direitos constitucionalmente assegurados.

As medidas cautelares diversas da prisão vêm como uma tentativa em equilibrar os princípios da proibição de excesso e da proteção deficiente. Nesse

sentido, o próprio texto legislativo, em seu art. 282, exige a observância do binômio: necessidade e adequação das medidas a serem aplicadas, consagrando o princípio da proporcionalidade, veja:

Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:

I – necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais;

II – adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.

Na visão do doutrinador Eugenio Pacelli, o postulado da proporcionalidade exerce as seguintes funções no Direito (2013, p. 504):

a) na primeira, desdobrando-se, sobretudo, na proibição do excesso, mas, também, na máxima efetividade dos direitos fundamentais, serve de efetivo controle da validade e do alcance das normas, autorizando o interprete a recusar a aplicação daquela (norma) que contiver sanções ou proibições excessivas e desbordantes da necessidade de regulação;

b) na segunda, presta-se a permitir um juízo de ponderação na escolha da norma mais adequada em caso de eventual tensão entre elas, ou seja, quando mais de uma norma constitucional, se apresentar como aplicável a um mesmo fato.

Com isso, vê-se que na aplicação das medidas cautelares é imperiosa a análise das condições pessoais do indiciado ou acusado, bem como da gravidade e circunstâncias do fato, evitando-se medidas desproporcionais, que fatalmente irão caracterizar a nulidade do ato.

Registre-se, assim, que essas medidas têm por escopo evitar que o acusado seja privado de sua liberdade, antes que seja feita uma análise exauriente acerca da sua culpabilidade, o que evidencia que a fonte principiológica funciona como uma espécie de bússola no processo cautelar, ante ao princípio da presunção de inocência.

Nesse diapasão, as medidas cautelares incorporadas ao processo penal brasileiro possuem uma profunda ligação com os princípios constitucionais da legalidade, do devido processo legal, da presunção de inocência e da proporcionalidade, mas também não se pode perder de vista o direito à segurança pública de todos os cidadãos. Assim, tais instrumentos alternativos à privação da liberdade devem buscar uma linha harmônica entre evitar o excesso da atuação estatal, ao tempo em que não se pode permitir que a intervenção do Estado seja

insuficiente e sem a produção do resultado prático, que é a proteção da sociedade como um todo.

3. MEDIDAS CAUTELARES EM ESPÉCIE E OS PROBLEMAS DA SUA APLICAÇÃO

Ultrapassados esses aspectos introdutórios e esclarecedores acerca das medidas cautelares diversas da prisão, passa-se a análise de cada uma das espécies previstas no art. 319, focando o olhar nas intenções de sua previsão legal e na sua efetiva aplicabilidade ao sistema penal brasileiro.

3.1 Comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades

Esse instituto não é bem uma inovação legislativa, tendo em vista que já existia na Lei de Execuções Penais para o regime aberto (art. 115, II), o livramento condicional (art. 132, §1º), bem como para o sursis, tanto o penal como o processual.

O objetivo primordial dessa medida é evitar que o indivíduo que está sendo investigado fuja, através do controle da sua vida cotidiana. Entretanto, nada impede que a finalidade seja outra, menos exigente, como, por exemplo, para que o investigado informe que não houve alteração na sua situação econômica, que o impediu de prestar fiança (TÁVORA e ALENCAR, 2015, p. 950).

“A medida deve se limitar às informações sobre eventuais atividades então em desenvolvimento, ou, se for o caso, as razões pelas quais não se exerce qualquer uma delas” (PACELLI, 2013, P. 509). A periodicidade da apresentação do acusado será fixada pelo juízo, mas é importante destacar que deve atender a razoabilidade e ao objetivo para o qual foi instituída, de forma a não prejudicar a rotina de trabalho do indivíduo e seja condizente com sua condição pessoal (TÁVORA e ALENCAR, 2015, p. 950).

O grande questionamento (não apenas acerca dessa medida, mas também nas demais como se verá adiante) é como se dará a fiscalização dessa medida. Ocorre que a fiscalização dos indivíduos encarcerados já vem se mostrando um grande desafio às autoridades públicas, haja vista as recorrentes notícias de drogas e aparelhos celulares dentro dos presídios, por exemplo. Sendo assim, como se pode acreditar que as mesmas autoridades, sem nem sequer um acréscimo de pessoal,

conseguirão fiscalizar satisfatoriamente aqueles que estão cumprindo medida cautelar?

3.2 Proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações

Essa medida também já constava na legislação, sendo condição para a concessão de benefícios, como o sursis e o livramento condicional.

Trata-se de uma medida preventiva, atinente a impedir a prática de novos delitos ou quando se mostrar conveniente para a investigação ou instrução criminal. A vedação, contudo deve ser dotada de plausibilidade, só sendo admissível quando coerente com o contexto do delito anteriormente praticado (TÁVORA e ALENCAR, 2015, p. 950).

Novamente, destaca-se a dificuldade de fiscalização, haja vista que não há instrumentos idôneos com tal objetivo, tampouco servidores públicos que deem conta de fiscalizar todos os locais a que cada investigado/acusado esteja impedido de frequentar. O que torna comum o fato de o juiz ser informado do seu descumprimento apenas quando o acautelado comete nova infração nesses locais. Sendo, portanto, essa também uma medida cautelar questionável quanto à sua eficácia.

3.3 Proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante

Mais uma vez o legislador nada mais fez do que estender uma medida já prevista no ordenamento na Lei 11.340/06 (Lei Maria da Penha). Nesta legislação especial, a presente medida cautelar é prevista como medida protetiva de urgência, obrigando o agressor a se manter distante da pessoa determinada (COSTA e COSTA, 2016).

O CPP ao prevê-la também busca o mesmo resultado, evitar que o indivíduo entre em contato com determinada pessoa, seja ela a vítima, seus familiares, ou mesmo testemunhas ou outras pessoas que vão contribuir com a persecução penal, devendo essa proibição ter consonância com o fato delituoso.

Acerca da eficácia de sua aplicação, destaca-se as palavras do doutrinador Renato Brasileiro de Lima (2011, p. 360):

Perceba-se que, ao criar referida medida cautelar, silenciou o legislador quanto à previsão legal de mecanismos hábeis para sua fiscalização. A despeito do silêncio da lei, e de modo a assegurar a operacionalidade e eficácia da medida, o ideal é que a vítima ou pessoa com quem o investigado ou acusado está proibido de manter contato seja informada acerca da adoção da referida medida, sendo advertidas de que, no caso de eventual violação à determinação judicial, poderão comunicar o fato imediatamente à autoridade policial, ao Ministério Público ou à autoridade judiciária.

Novamente, atenta-se à lacuna deixada pelo legislador no tange a aplicabilidade da medida.

3.4 Proibição de ausentar-se da comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução

Outra medida que não comporta qualquer novidade legislativa, pois já era utilizada no *sursis*, no livramento condicional e no regime aberto.

Essa limitação deve se justificar “pela necessidade de produção indiciária/probatória, seja na fase preliminar, seja na fase processual” sendo um instrumento para garantir a aplicação da lei penal (TÁVORA e ALENCAR, 2015, p. 951).

Ainda nas lições dos autores acima citados, “para que não seja ineficaz, o juízo encaminhará comunicação aos órgãos de fiscalização, com o fito de se certificar que o agente não está se ausentando da sua sede jurisdicional. Nas grandes comarcas, a imposição dessa cautelar é de efetividade duvidosa”, haja vista a falta de instrumentos idôneos à sua fiscalização.

3.5 Recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos

A medida cautelar ora tratada é ideal para tornar a prisão preventiva efetivamente exceção, uma vez que sendo suficiente o recolhimento domiciliar, desnecessária será a segregação cautelar (TÁVORA e ALENCAR, 2015, p. 951).

Existem institutos semelhantes no ordenamento, mas que não se confundem, como, por exemplo, a prisão domiciliar “somente cabível como substitutiva da prisão preventiva e sob condições e circunstâncias pessoais do agente, conforme se vê do art. 318, CPP”; e a limitação de final de semana, que estabelece que o recolhimento em local determinado ocorra pelo prazo máximo de 5 horas por final de semana (PACELLI, 2013, p. 512).

Chama-se atenção ainda para a importante conclusão do autor acima mencionado com a qual se concorda:

E, como se trata de medida de inegável gravidade, limitativa da liberdade de locomoção, ainda que somente em período noturno e nas folgas do trabalho, pensamos que o tempo de seu cumprimento deve ser levado à conta da detração da pena, como se tratasse de verdadeira prisão provisória, nos termos, portanto, do art. 42 do Código Penal (2013, p. 512).

Sua fiscalização, semelhante ao que ocorre com as demais medidas cautelares, fica prejudicada devido à falta de estrutura do sistema e do silêncio da lei.

3.6 Suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais

Depreende-se do art. 319, VI, do CPP, que, tratando-se de crime contra a administração pública, o sistema financeiro ou a ordem econômica, e havendo justo receio de que haja facilitação da atividade criminosa pela função desempenhada pelo agente, admite-se que ela seja cautelarmente suspensa com o fito de resguardar a ordem pública. Portanto, percebe-se que deve haver um nexo funcional entre o delito cometido e a atividade funcional do agente.

“Em face do status de inocência, e por ser mera suspensão, o subsídio continuará sendo provido” (TÁVORA e ALENCAR, 2015, p. 951), haja vista não ser interessante que a cautelar impossibilite o sustento do acusado/investigado e de sua família. Além do que, trata-se de medida provisória, não se confundindo com perda da atividade profissional exercida pelo indivíduo, sob pena de afronta ao princípio da presunção de inocência.

Pode-se dizer que essa é uma das medidas cautelares mais eficazes em meio àquelas previstas no código, posto que ao se retirar o acusado da sua função, retira-se dele também a possibilidade de reiteração da conduta criminosa, garante-se a investigação, a instrução criminal, bem como a aplicação da lei penal.

3.7 Internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável e houver risco de reiteração

A decretação desta medida cautelar depende:

Primeiro, da existência de indícios concretos de autoria e de materialidade em crimes de natureza violenta ou cometidos mediante grave ameaça, e, segundo, do risco concreto de reiteração criminosa, tudo isso a ser aferido por meio de prova pericial médica, segundo o disposto no artigo 149 e seguintes do CPP (PACELLI, 2013, p. 514).

A previsão é salutar, impedindo eventual prisão cautelar de pessoas com incapacidade absoluta ou reduzida de entender o caráter ilícito do fato em virtude de doença mental.

3.8 Fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial

A fiança havia perdido a sua importância no processo penal brasileiro desde a instituição da liberdade provisória sem fiança (art. 310, parágrafo único, do CPP). Com as alterações promovidas pela lei 12.403/11 a fiança surge repaginada como medida cautelar. Trata-se de medida de cunho patrimonial com o objetivo de assegurar o comparecimento do acusado/investigado aos atos do processo, a evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de injustificada resistência à ordem judicial (PACELLI, 2013, p. 515).

Tal medida, entretanto, conforme previsão dos arts. 323 e 324 do CPP, não se aplica aos crimes de racismo, de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, terrorismo e nos definidos como crimes hediondos; nos crimes cometidos por grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático; aos indivíduos que, no mesmo processo, tiverem quebrado fiança anteriormente concedida ou infringido, sem motivo justo, qualquer das obrigações a que se referem os artigos 327 e 328 do CPP; em caso de prisão civil ou militar; ou quando presentes os motivos que autorizam a decretação da prisão preventiva.

Prevê, ainda, o diploma legal, em seu art. 325, que, verificando o magistrado que a situação econômica do acusado/investigado não permite o pagamento da fiança, pode reduzi-la ou, até mesmo, dispensa-la. Previsão esta que merece aplausos, haja vista que o direito penal não pode propiciar que benefícios sejam conferidos com base em critérios financeiros, discriminando aqueles com baixo poder aquisitivo. Pautando-se, ainda, no princípio do tratamento igualitário é que pode também o magistrado majorar o valor da fiança quando assim entender adequado à situação econômica do agente.

Ao delegado será permitido arbitrar a fiança nos casos de infração cuja pena privativa de liberdade máxima não seja superior a quatro anos, sendo de competência do juiz os demais casos, conforme conta no art. 322 do CPP.

3.9 Monitoração eletrônica

Trata-se de medida das mais relevantes, efetivando-se através de um aparelho eletrônico capaz de detectar a presença e permanência do indivíduo que está sendo acusado (COSTA e COSTA, 2016, p. 16).

A sua introdução no direito brasileiro se deu com a lei 12.258/10, como execução da pena na saída temporária nos casos de regime semiaberto e da prisão domiciliar. De acordo com as lições de Eugenio Pacelli, o monitoramento pode ser feito de duas maneiras:

Na primeira, denominado monitoramento ativo, é colocado junto ao monitorado um aparelho transmissor ligado a um computador central. Isso pode ser feito da maneira que menos danos cause à pessoa, no que toca à visibilidade da medida, permitindo maior mobilidade do usuário.

Na segunda, monitoramento passivo, um computador é programado para efetuar chamadas telefônicas para determinado local, procedendo à conferência eletrônica do reconhecimento de voz e emitindo um relatório das ocorrências. A constatação da presença do monitorado no local pode também ser feita por meio de uma pulseira ou de uma tornozeleira eletrônica. Nesses casos, a medida impõe também o recolhimento domiciliar em determinados horários (2013, p. 517).

A ideia desta medida é excelente, apresenta-se como uma boa alternativa para um controle satisfatório do indivíduo fora do sistema carcerário. Ocorre, entretanto, que existem inúmeras falhas na sua aplicação ainda hoje, cinco anos após a entrada em vigor da 12.403/11 que a previu como medida cautelar.

Reportagem publicada ano passado no jornal O Globo, traz importantes considerações acerca falta de eficácia do monitoramento eletrônico no estado do Rio de Janeiro. No texto fica claro que se trata de um sistema caro e falho, já que “apenas 723 dos 1.362 aparelhos distribuídos funcionam plenamente” em virtude da falta de manutenção. Vale ainda frisar que isso ocorre em um dos estados mais bem desenvolvidos do Brasil, imagine o que não acontece nos estados mais pobres.

Além disso, a mesma reportagem chama atenção para outras eventuais falhas do sistema, que, ainda no estado do Rio de Janeiro, em “eventuais casos de ruptura ou de ultrapassagem dos perímetros fixados pela Justiça não são comunicados imediatamente”, só sendo acionada a polícia 24 horas depois. Em São Paulo o

sistema permite uma identificação rápida caso um detento que esteja usando o aparelho fuja, entretanto, antes de chegar a polícia, a informação percorre um caminho burocrático, precisando passar por ao menos três pessoas, o que retarda a tomada de providências.

A citada reportagem traz o depoimento do Promotor de Justiça de Execução Penal, André Guilherme de Freitas, que afirma:

Vários condenados fugiram após receberem os equipamentos. O prazo de 24 horas para acionar a polícia não está previsto na Lei de Execuções Penais, consta apenas em uma norma. O estado deveria ter acesso direto, em tempo real, aos deslocamentos dos usuários das tornozeleiras, para que providências fossem tomadas logo. Hoje, temos de requisitar os dados por ofícios e esperamos alguns dias para receber um relatório. O resultado disso tudo é que vemos o tempo todo ex-presos voltando para o crime.

Por essa medida cautelar é possível perceber com clareza ainda maior que não há a mínima preocupação das autoridades com a efetivação das medidas cautelares previstas legalmente. Passou despercebido a elas que além de positivar tais medidas seria necessário preparar o sistema para aplicá-las de forma eficiente, dar o aparato instrumental e pessoal exigido pela nova realidade jurídica.

Diante do exposto, tem-se que o monitoramento eletrônico não é suficiente para impedir a fuga, assim também não o seria como forma de garantir a aplicação da lei penal, tampouco para evitar o cometimento de novos delitos, então, questiona-se: qual seria a utilidade desse instrumento como medida cautelar?

Além disso, mesmo que fosse eficiente, outros questionamentos surgem: quem deve fornecer as verbas para implementação das centrais de monitoramento? De quem é o encargo de efetivá-lo? O Decreto nº 7.627 de 2011 que foi editado na intenção de regulamentar a matéria “foi inteiramente lacônico, quando não burocrático”, limitando-se a impor aos órgãos responsáveis pela gestão penitenciária a administração, a execução e o controle de tais medidas (PACELLI, 2013, p. 517). Contudo, faltou esclarecer como isso deve ser feito em um sistema falido, com profissionais pouco preparados e insuficientes à demanda, recursos escassos e estrutura física precária.

4. AS MEDIDAS CAUTELARES COMO FORMA DE AMENIZAR O CAOS DO SISTEMA CARCERÁRIO NACIONAL

Não é segredo que o sistema penitenciário brasileiro vive momentos de caos, assolados por diversos problemas, como, a superlotação, infraestrutura precária, disseminação de doenças, violência, altos índices de reincidência, despreparo dos profissionais, enfim, uma lista quase que infindável. E, como se já não bastasse, há ainda o descaso com relação à situação jurídica dos presos, fazendo com que muitos detentos permaneçam encarcerados mesmo após já terem cumprido a pena ou adquirido o direito ao regime aberto.

Recentemente a atual presidente do Supremo Tribunal Federal, a Ministra Cármen Lúcia, ao participar do 4º Encontro do Pacto Integrador de Segurança Pública Interestadual e da 64ª Reunião do Colégio Nacional de Secretários de Segurança Pública (Consesp), em Goiânia/GO, falou sobre a falência do sistema e lembrou: “Darcy Ribeiro fez em 1982 uma conferência dizendo que, se os governadores não construíssem escolas, em 20 anos faltaria dinheiro para construir presídios. O fato se cumpriu. Estamos aqui reunidos diante de uma situação urgente, de um descaso feito lá atrás”. Segundo a Ministra, “um preso no Brasil custa R\$ 2,4 mil por mês e um estudante do ensino médio custa R\$ 2,2 mil por ano. Alguma coisa está errada na nossa Pátria amada”.

O objetivo da 12.403/11, como já dito acima, foi a constitucionalização do processo penal, com respeito a direitos fundamentais como a presunção de inocência, o devido processo legal e a razoabilidade da sanção. Entretanto, há também aqueles que defendem que a citada lei tem como objetivo solucionar o problema da superlotação do sistema penitenciário, evitando o excesso de encarcerização provisória.

Ocorre, contudo, como bem esclareceu a Ministra Carmen Lúcia em suas declarações, que os problemas enfrentados nas penitenciárias brasileiras requerem mudanças estruturantes, necessitam de esforços conjuntos dos Poderes da Administração Pública.

As medidas cautelares poderiam sim ser uma solução paliativa, entretanto, como já exposto alhures, ao tratar de cada medida separadamente, a previsão delas tem andado na direção inversa, gerando uma sensação de impunidade e insegurança à sociedade, em virtude da falta de eficácia em sua aplicação.



Não havendo uma forma eficiente de fiscalização e controle, as medidas cautelares não passam de regras meramente formais, que não conseguem alcançar a finalidade para a qual foram criadas.

A reforma não pode ser apenas legislativa, a realidade clama por mudanças estruturais, de forma que o Estado, ao propor as medidas cautelares diversas da prisão deveria também ter apresentado mecanismos de fiscalização e monitoramento tanto para o Poder Executivo quanto para o Poder Judiciário, na tentativa de se oportunizar um trabalho conjunto. Fato este que não aconteceu.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo o exposto, outra não pode ser a conclusão, senão a de que as medidas cautelares diversas da prisão instituídas pela Lei 12.403/11 não são o meio mais eficiente para solucionar o caos enfrentado pelo sistema carcerário brasileiro, e, mais que isso, são medidas que ainda hoje deixam a desejar no tange ao alcance das finalidades para as quais foram criadas.

Isso se dá pelo fato de não se apresentarem como medidas eficientes, o que decorre do fato de não possuírem uma fiscalização adequada. São, portanto, instrumentos incapazes de garantir a aplicação da lei penal ou o bom andamento da investigação ou instrução criminal.

Vê-se que, teoricamente, as medidas cautelares estudadas nessa obra devem ser vistas como conquistas do sistema processual, haja vista serem uma proposta de melhores condições para o acusado, preservando a sua liberdade e a presunção de inocência, direitos fundamentais de todo cidadão. Contudo, com a mesma intensidade que esses direitos devem ser garantidos aos acusados/investigados, à sociedade deve ser garantido o direito fundamental à segurança, por isso, entende-se que há muito que o se evoluir no tange a aplicação e efetivação do sistema das medidas cautelares diversas da prisão no Brasil.



REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Vera; DANTAS, Tiago; BORGES, Stella. **Monitoramento de condenados com tornozeleiras eletrônicas é sujeito a falhas no Rio**. O Globo. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/rio/monitoramento-de-condenados-com-tornozeleiras-eletronicas-sujeito-falhas-no-rio-15517444#ixzz4RKefbbIL>>. Acesso em: 28 de novembro de 2016.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Brasília, DF: Senado, 1941. Citado como CPP.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1998. Citado como CF.

COSTA, Bruna Martins da; COSTA, Joice Martins da. **A superficialidade das medidas cautelares penais no contexto do estado democrático de direito: a ineficiência estatal para conter a superlotação do sistema penitenciário brasileiro**. Âmbito Jurídico. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12224>. Acesso em: 28 de novembro de 2016.

FEITOZA, Denilson. **Direito processual penal: teoria, crítica e práxis**. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Nova prisão cautelar: doutrina, jurisprudência e prática**. Niterói, RJ: Impetus, 2011.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Ed. Atlas S.A., 17ª edição, 2013.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Cármen Lúcia diz que preso custa 13 vezes mais do que um estudante no Brasil**. *Agência CNJ de Notícias*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/83819-carmen-lucia-diz-que-presos-custam-13-vezes-mais-do-que-um-estudante-no-brasil>>. Acesso em: 28 de novembro de 2016.

ROSA, Alexandre Moraes da; RUDOLFO, Fernanda Mambrini. **Medidas Cautelares: O abismo entre a lei e o direito na era do processo penal cautelar e da antecipação de penas**. Empório do Direito. Disponível em: <<http://emporiiododireito.com.br/tag/medidas-cautelares/>>. Acesso em: 28 de novembro de 2016.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. Salvador: Ed. JusPodivm, 10ª edição, 2015.



EM BUSCA DE UMA FISCALIZAÇÃO LEGISLATIVA EFETIVA E DEMOCRÁTICA NO MUNICÍPIO BRASILEIRO

IN SEARCH OF AN EFFECTIVE AND DEMOCRATIC LEGISLATIVE OVERSIGHT IN THE BRAZILIAN MUNICIPALITY

Arthur Henrique Linhares Calvetti¹

Resumo: A busca por um controle externo a ser desempenhado com qualidade e eficiência norteia o anseio popular e o imaginário dos cidadãos. Nesse sentido, o presente artigo visa explanar com base em pesquisa doutrinária aspectos gerais da função fiscalizadora do Poder Legislativo Municipal, veiculando uma estrutura sugerida que possa produzir reflexo na gestão municipal do projeto de governo democraticamente escolhido nas urnas.

Palavras-Chave: Poder Legislativo Municipal – Controle externo – Função Fiscalizadora – Gestão por metas.

Abstract: The search for external control to be carried out with quality and efficiency guides popular desires and the imagination of citizens. In this sense, this article aims to explain, based on doctrinal research, general aspects of the supervisory function of the Municipal Legislative Branch, conveying a suggested structure that can produce an impact on the municipal management of the government project democratically chosen at the polls.

Keywords: Municipal Legislative Power – External control – Supervisory function – Management by goals.

1. INTRODUÇÃO

A participação popular na tomada de decisões torna o Estado Democrático de Direito mais fortalecido e permite ao gestor a adoção de medidas administrativas dotadas de maior conhecimento e legitimidade daqueles que o escolheu para o exercício da condução superior do Município.

O modelo de controle externo desempenhado atualmente pelo Poder Legislativo Municipal, cuja análise da legalidade das contas públicas ocupa local de destaque em detrimento da verificação qualitativa do gasto público acaba por apenar a sua atuação na função fiscalizadora, conduzindo à ineficácia das medidas adotadas ante a ausência de mecanismos capazes de dotá-lo de maior independência, força vinculante e de participação popular.

¹ Mestrando em Direito, Governança e Políticas Públicas pela Universidade Salvador – UNIFACS. Especialista em Direito Municipal pela Escola Paulista de Direito – EPD. Graduado em Direito Pela Universidade Federal da Bahia – UFBA. Advogado. Servidor efetivo da Câmara Municipal de Salvador.

Com efeito, a ausência de metas de gestão de um governante é o ponto de partida para a construção de uma proposta que se acredita apropriada para a consecução de uma política de Estado contínua que permita ao cidadão ter maior conhecimento e poder sobre a atuação do gestor municipal, utilizando-se do controle externo do Poder Legislativo como instrumento para alcançar tal anseio.

2. A GESTÃO POR METAS

A separação entre o patrimônio público e o privado exigiu uma nova visão de gestão da coisa pública. Não seria mais possível manter a confusa indistinção que prevalecia no regime absolutista europeu dos séculos XVI a XVIII, onde o monarca detinha todo o controle dos recursos, podendo utilizá-los da maneira que melhor atendesse aos seus anseios pessoais sem prestar contas dos seus atos.

Nesse sentido é que surge a noção de administração burocrática em substituição ao modelo patrimonialista, atendendo ao que Luiz Carlos Bresser Pereira denominou de separação entre o político e o administrador público, para a prestação de serviços públicos à sociedade. Tinha-se a expectativa que o novo modelo seria capaz de conferir celeridade, boa qualidade e baixo custo aos serviços prestados pelo Estado.²

Contudo, o passar do tempo revelou que o modelo burocrático, embora melhor do que o seu antecessor, não teria aptidão para alcançar o fim público a que se pretende o Estado. Com efeito, o Estado passou a ter uma gama relevante de atribuições em diversos aspectos da vida do cidadão, como saúde, educação, segurança e seguridade social, exigindo cada vez mais prestações dos seus órgãos, entidades e agentes públicos.

A partir desse contexto, surge o modelo de administração gerencial da administração pública, com forte inspiração nas modernas técnicas de gestão empresarial, que possui como características, consoante aponta Bresser,³ a descentralização política, com a transferência de recursos e maiores atribuições aos níveis regionais e locais; descentralização administrativa, decorrente da transferência de responsabilidades aos gestores locais; substituição da organização piramidal por

² PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Da administração pública burocrática à gerencial. Revista do Serviço Público, v. 120, n. 47, p. 07/40, jan. abr. 1996. Disponível em: <<http://www.bresserpereira.org.br/papers/1996/95.AdmPublicaBurocraticaAGerencial.pdf>> Acesso em: 20 mar. 2018.

³ Ibidem, p. 5-6.

outra com poucos níveis hierárquicos, com pressuposto da confiança limitada e não da desconfiança total; técnicas de controle a posteriori, ao invés de ser realizada passo a passo de acordo com os processos; e administração voltada para o cidadão e não para o seu interesse próprio.

Assim, os influxos do modelo gerencial de administração exigem atuação eficiente do Estado e de seus agentes, não sendo concebível que tal forma de ação não seja exigível também do agente político responsável pela chefia do Poder Executivo Municipal.

Contudo, não raras vezes o candidato ao cargo de prefeito efetua uma centena de promessas irrealizáveis, que funcionam como verdadeiras plataformas eleitorais, mas que possuem bastante aptidão para garantir a simpatia do eleitorado e, conseqüentemente, o acesso ao cargo público, distanciando-se do quanto esperado no exercício do mandato, ante as limitações orçamentárias, financeiras e, até mesmo, fáticas de realizá-las.

No atual sistema político não há qualquer vinculação entre as promessas de campanha e a real condução da coisa pública caso eleito. Surge, nesse contexto, a noção de gestão por metas que tenha a aptidão de atrelar as promessas de campanha com as realizações a serem implementadas no curso do mandato eletivo municipal, impondo ao gestor uma série de sanções pelo descumprimento do quanto apalavrado durante o período de propaganda político-partidária.

Nos últimos anos surgiram propostas interessantes para se atingir o mínimo de vinculação entre o prometido e o cumprido pelo candidato, como a Lei do Programa de Metas estabelecido no Município de São Paulo, cujo modelo tem servido de base para outras municipalidades no Brasil.

2.1 A experiência paulistana

A Emenda nº 30 à Lei Orgânica do Município de São Paulo, introduziu o art. 69 – A, na Norma Fundamental Paulista, de modo a instituir a obrigatoriedade de elaboração e cumprimento do Programa de Metas pelo Poder Executivo. A medida consiste na obrigatoriedade de o Prefeito, eleito ou reeleito, apresentar programa de metas até noventa dias após a sua posse, o qual deverá conter:⁴

⁴ BRASIL. SÃO PAULO (MUNICÍPIO). Lei Orgânica do Município de São Paulo. Disponível em: <http://www.tcm.sp.gov.br/legislacao/lomun/lom_t3.htm#lom_t3c1s7> Acesso: 22 mar. 2018.

[...] prioridades: as ações estratégicas, os indicadores e metas quantitativas para cada um dos setores da Administração Pública Municipal, Subprefeituras e Distritos da cidade, observando, no mínimo, as diretrizes de sua campanha eleitoral e os objetivos, as diretrizes, as ações estratégicas e as demais normas da lei do Plano Diretor Estratégico.

Assim, o Programa de Metas exige que o gestor siga minimamente as diretrizes da campanha eleitoral, devendo ser publicadas por meio eletrônico, mídia impressa, radiofônica, televisiva, além de ser publicada no Diário Oficial da Cidade, no dia seguinte ao término do prazo para a sua exposição. Ademais, como medida complementar à publicidade, exige-se a realização de audiências públicas, gerais, temáticas e regionais, inclusive nas Subprefeituras.

A norma exige que o Poder Executivo divulgue semestralmente os indicadores de desempenho dos diversos itens do Programa de Metas (art. 69-A, §3º). Mais um indicativo de que o legislador buscou a publicidade das ações e a consequente legitimidade popular no cumprimento das metas estabelecidas pelo gestor e discutidas com a sociedade nas audiências públicas. No término de cada ano o Prefeito também deverá fazer publicar o relatório de execução do Programa de Metas, disponibilizando-o integralmente nos diversos meios de comunicação.

Embora elogiável a ação paulistana, o Programa de Metas é sensivelmente enfraquecido pela possibilidade de o Prefeito proceder a alterações programáticas em conformidade com a lei do Plano Diretor Estratégico, justificando-as por escrito e divulgando-as amplamente pelos meios de comunicação, fato que permite ao gestor se afastar das promessas efetuadas no início do seu mandato e que serviram como base para sua propaganda político-partidária.

Segundo o Instituto São Paulo Sustentável, por meio da Rede Nossa São Paulo, uma das apoiadoras da implementação do Programa de Metas Paulista,⁵ a medida já foi introduzida em 51 cidades brasileiras tomando como base o modelo da Cidade de São Paulo, cujo objetivo é conferir maior efetividade à gestão municipal.

Não obstante a louvável iniciativa paulistana, o Tribunal de Contas do Município de São Paulo ao analisar a versão final das metas apresentadas, por exemplo, pelo Prefeito João Agripino da Costa Doria Júnior, para a gestão de 2017-2020, encontrou uma série de fatores que podem impedir a eficácia da proposta, como a ausência de mecanismos de ligação entre o orçamento proposto pelo Programa de Metas e os

⁵ Instituto São Paulo Sustentável – Rede Nossa São Paulo. Disponível em: <http://nossasaopaulo.org.br/institucional/instituto_sp_sustentavel> Acesso em 26 mar. 2018.

instrumentos de planejamento orçamentários (PPA e LOA), que podem inviabilizar o efetivo acompanhamento dos custos incorridos em cada projeto. Ademais, em 19 (dezenove) projetos não foram especificadas as fontes de financiamento. Além disso, o Programa de Metas não teria contemplado diversas ações estabelecidas no Plano de Governo.⁶

Assim, o Programa de Metas estabelecido no Município de São Paulo possui relevante papel, no entanto, padece de vícios que maculam a sua real efetividade, notadamente, a possibilidade de alteração das metas durante o processo de sua implementação, que fragiliza bastante o grau de comprometimento do gestor, na medida em que transparece ao cidadão a noção de que o prometido não necessariamente será cumprido. Noutro giro, a atuação do Tribunal de Contas revelou que as metas traçadas para o período de 2017-2020 possuem pouca exequibilidade.

Com isso, não se vislumbra a cogência das metas apresentadas pelo gestor municipal, fato que o permite apresentar metas dissociadas da realidade financeira e social do ente estatal, e que não encontram guarida na propaganda político-partidária que o levou ao cargo.

2.2 A Proposta de Emenda Constitucional nº 10/2011 – A PEC da Responsabilidade Eleitoral

Aliada à noção do Programa de Metas instituído no âmbito do Município de São Paulo, foi apresentada a Proposta de Emenda Constitucional nº 10, de 06 de abril de 2011, na Câmara dos Deputados, cujo conteúdo visa alterar os arts. 28, 29 e 84 da Constituição de 1988, fazendo incluir a obrigatoriedade de elaboração e cumprimento do plano de metas pelo Poder Executivo municipal, estadual e federal, com base nas propostas da campanha eleitoral.

A Emenda é de autoria do Deputado Luis Fernando Machado, que em sua justificativa⁷ aduziu a necessidade de vinculação entre as propostas, projetos e planos de governo apresentados ao eleitor durante a campanha, mas que depois não são executadas de acordo com a vontade, a participação e fiscalização popular. Sendo

⁶ BRASIL. SÃO PAULO (MUNICÍPIO). Tribunal de Contas do Município de São Paulo. Relatório de Auditoria Programada. Processo nº 72.006.860/17-14. Disponível em: <<https://portal.tcm.sp.gov.br/ConsultaProcesso/Resolucao>> Acesso em: 26 mar. 2018.

⁷ BRASIL. Câmara dos Deputados. Proposta de Emenda à Constituição nº 10, de 06 de abril de 2011. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=66FC547B47AE293100D3E9CD0EE4464F.proposicoesWebExterno1?codteor=856969&filename=Tra mitacao-PEC+ 10/2011](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=66FC547B47AE293100D3E9CD0EE4464F.proposicoesWebExterno1?codteor=856969&filename=Tra%20mitacao-PEC+10/2011)> Acesso em: 28 mar. 2018.

imperiosa a normatização do tema de modo a estabelecer um sistema de responsabilidade eleitoral, sendo a proposta denominada de PEC da Responsabilidade Eleitoral.

De acordo com o quanto previsto na Proposta, caberia ao Presidente, Governadores de Estado e Prefeitos o encaminhamento ao Poder Legislativo respectivo do plano de metas da sua gestão no prazo de até 120 (cento e vinte) dias a partir da posse, devendo ser elaborado de acordo com as propostas defendidas na campanha e registradas na Justiça Eleitoral.

O plano de metas deverá abarcar as diretrizes, objetivos, prioridades, ações estratégicas, indicadores e metas quantitativas para cada um dos setores da Administração Pública e servirá de base para elaboração do plano plurianual, de modo que as propostas apresentadas no plano de metas possuam lastro financeiro suficiente para a sua efetivação. Caso contrário, as propostas não poderiam ser executadas. Embora não esteja explícito na Emenda, por óbvio, as demais leis orçamentárias também deverão prever a dotações orçamentárias necessárias para o atingimento dos objetivos delineados.

A Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania já emitiu parecer favorável à tramitação da PEC, sendo aprovado em 26 de outubro de 2011, ocorre que na Comissão Especial formada para a sua apreciação, foi apresentado substitutivo ao texto originário retirando a inelegibilidade do chefe de Poder que não cumprir as metas fixadas, sendo aprovado no âmbito da Comissão desde 04 de setembro de 2013, agora aguarda deliberação do Plenário da Câmara do Deputados.⁸

A grande diferença da PEC para a iniciativa paulistana diz respeito à possibilidade de aplicação de sanção ao gestor que não cumprir as metas sem justificção. A proposta comina como pena a inelegibilidade do titular do mandato eletivo, se não for aprovado o substitutivo que retira tal hipótese. Entretanto, não consta no Projeto qualquer menção ao que seria considerado descumprimento sem justificativa; além disso, não se delegou à lei especificar tais suposições, de modo que se eventualmente aprovada a medida teria baixo ou nenhum grau de eficácia.

⁸ BRASIL. Câmara dos Deputados. Tramitação da PEC nº 10/2011. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=497549>> Acesso em: 30 mar. 2018.

3. A RESPONSABILIDADE ELEITORAL COMO META DA GESTÃO MUNICIPAL

A propaganda política eleitoral não pode estar dissociada das ações do gestor municipal. É da própria natureza do seu conceito a propagação de ideias e programas dos candidatos, sendo a oportunidade que foi conferida pela legislação eleitoral para que o candidato exteriorizasse o símbolo real do mandato representativo e partidário, conforme aduz Marcos Ramayana. (2010, p. 368)

Pensar de maneira diversa significaria a consagração do estelionato eleitoral e a negação dos princípios da boa-fé objetiva e da moralidade. Não é conferido ao candidato espaço gratuito em rede de televisão e rádio para que possa, de maneira irresponsável, efetuar propostas e mencionar projetos irrealizáveis. Em que pese tais fatos sejam verificados em diversos pleitos pelo Brasil.

Também não há de se admitir uma censura prévia ou um rol taxativo de temas e propostas passíveis de serem prometidas, sob pena de macular os princípios da liberdade de expressão, do pluralismo político e, em última análise, do Estado Democrático de Direito; o que se exige do candidato é o mínimo de razoabilidade e proporcionalidade, tida por André Ramos Tavares (2006, p.668) como a exigência de racionalidade, isto é, a mínima noção de seriedade do que está sendo apresentado ao eleitor e a ciência sobre a sua exequibilidade.

No entanto, o sistema atual não contempla a responsabilidade eleitoral como um dos seus substratos, inexistindo vinculação entre propostas de campanha e projeto de governo, fazendo que o controle externo do Poder Legislativo esteja apenas direcionado aos aspectos contábeis, financeiros e orçamentários, conforme mencionado alhures.

O Programa de Metas paulistano e a PEC nº 10, de 2011, embora sejam iniciativas que visão alterar esse panorama do controle externo, carecem de mecanismos mais eficazes no que tange a existência de maior rigor, acompanhamento das metas propostas e sanções pelo seu descumprimento. Nesse prisma, é necessário o estabelecimento de um sistema capaz de conjugar os aspectos técnicos, já desempenhados pelos tribunais de contas, políticos a cargo do Legislativo municipal e democráticos com a maior participação e poder de decisão do cidadão nos atos de controle externo.

Assim, passa-se a apresentar a arquitetura de um modelo de controle externo municipal que possibilite a mencionada conjugação e que tenha aptidão para conferir real eficácia e confiabilidade às atribuições do Poder Legislativo.

Por evidente, a proposta de solução do problema da ineficácia do controle externo do Legislativo Municipal não visa esgotar o tema, mas apenas sugerir alterações constitucionais e legislativas que possam refletir na prestação dos serviços públicos, na evolução e manutenção de boas políticas públicas, na responsabilidade eleitoral do gestor e dos vereadores e na extinção das práticas do coronelismo, elevando o Município brasileiro a uma nova era de maior conscientização política e social por parte do cidadão.

3.1 O projeto eleitoral de gestão

A apresentação de pedido de registro de candidatura para o exercício da gestão municipal pressupõe que o postulante possua os conhecimentos necessários sobre a localidade a qual pretende governar, não é por outro motivo que se exige o domicílio eleitoral na circunscrição (art. 14, §3º, IV, da Constituição Federal), forma de garantir a mínima vinculação do candidato à localidade.

A Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997, denominada de Lei das Eleições, estabelece a necessidade de o postulante aos cargos de Prefeito, Governador e Presidente, juntamente com o pedido de registro da candidatura, apresentar a relação de propostas defendidas (art. 11, § 1º, IX). Porém, a apresentação das propostas atende minimamente a ideia de publicidade, não detendo qualquer mecanismo que obrigue a sua implementação caso eleito.

Como mencionado anteriormente, a grande dificuldade das propostas de vinculações se dá pela ausência de sanção. O Programa de Metas paulistano e a PEC nº 10/2011, estão destituídos de medidas que efetivamente coíbam o descumprimento das metas apresentadas, a inelegibilidade somente está presente na PEC, se não for aprovado o seu substitutivo que retira tal hipótese.

Assim, é necessária a vinculação entre as propostas do candidato, sua obrigatoriedade de realização, caso eleito, e a cominação das sanções pertinentes. Não é admissível que o postulante a um cargo público seja consagrado vencedor nas eleições com base nas suas propostas e no curso do mandato eletivo se afaste dos ideais externados, consagrando verdadeiro estelionato eleitoral ou *policy switch*, conforme denomina Susan Stokes (2001, p.11).

É imperiosa a adoção de um projeto eleitoral de gestão e não apenas do mero protocolo de propostas para a formalização da candidatura. Do postulante ao cargo de prefeito se exige o conhecimento mínimo sobre o município o qual visa governar e

a respeito das necessidades da sua população; necessidades estas que fomentam a sua plataforma eleitoral e que servirão de norte no exercício das atribuições do cargo.

O projeto eleitoral de gestão, por ser um projeto, não detém como marca principal o conhecimento pormenorizado dos diversos temas que circundam o cotidiano municipal, uma vez que dificilmente o candidato teria a aptidão de deter todos os instrumentos e informações para a sua formulação sem exercer a direção superior da Administração. Exige, entretanto, a noção mínima dos indicadores de saúde, educação, saneamento básico, dimensão do orçamento com as suas receitas e despesas obrigatórias, projeção de impacto negativo na arrecadação nos próximos exercícios financeiros; ou seja, dados que não exigem maior complexidade para sua aquisição, podendo ser obtidos a partir das leis orçamentárias e informações do censo do IBGE.

Ademais, o simples fato de o postulante ao cargo de prefeito demonstrar conhecer minimamente a realidade local, denota a seriedade e o compromisso que possui com os cidadãos na formulação de projetos eleitorais que estejam dentro de considerável margem de exequibilidade, conferindo maior seriedade e credibilidade ao processo eleitoral.

Uma vez eleito, o projeto eleitoral de gestão merece ser alterado, justificadamente, calcando-se em elementos até então desconhecidos pelo então candidato e que, efetivamente, sejam de difícil previsão ou considerando relevante fato superveniente capaz de alterar as premissas de sua elaboração, a exemplo de grave crise econômica que tenha atingido a localidade, devendo ser apresentada a versão final ao Poder Legislativo após a realização de audiências públicas temáticas, conforme exige o Programa de Metas paulistano.

A possibilidade de alteração do projeto eleitoral de gestão decorre de uma lógica necessidade de o gestor conhecer melhor a máquina pública e se legitima com a ampla exposição e discussão em audiências públicas. Por evidente, a alteração não deve ser substancial, sob pena de se retornar ao problema inicial do estelionato eleitoral.

Além de conferir legitimidade, as audiências públicas podem se tornar um relevante ambiente de convergência de ideias e de pacificação do eleitorado após a consagração de um candidato em uma acirrada disputa, uma vez que oportuniza ao eleitor que aderiu ao projeto eleitoral não vencedor participar da formação do projeto

de gestão vencedor, levando os influxos que o induziram a aderir à proposta recusada pela maioria do eleitorado municipal.

O modelo proposto tem como escopo o fortalecimento da democracia brasileira, autorizando que os grupos que não assumiram o poder tenham voz, ainda que limitada, na construção de objetivos e metas para a cidade. Não se desconhece a essência do sistema democrático, pelo qual uns exercem o poder e os outros se submetem a ele, conforme aduz Darcy Azambuja (2008, p. 248). Mas tem em mente que a construção do próprio conceito de democracia é fluida, dependendo do local, das práticas políticas e dos seus atores, de modo a permitir que o munícipe possa adotar uma postura mais presente nos assuntos estatais, instigando-o a acompanhar e fiscalizar as ações do Poder Público, e desenvolva maior aceitação e respeito pelo governo que se inicia.

A carência de diálogo entre os grupos opositores no período pós processo eleitoral favorece a proliferação de um sentimento de ilegitimidade do governo eleito, tal fato foi experimentado pela ex-presidente da República, Dilma Rousseff, e, certamente, contribuiu para o agravamento da crise de popularidade do seu governo que cominou com o *impeachment*.

O projeto eleitoral de gestão, além de conter os objetivos, metas e diretrizes concretas para a atuação do futuro prefeito e ser pautado em dados consistentes sobre a realidade local, deverá estabelecer as medidas alternativas para o caso de ocorrerem imprevistos de ordem técnica e financeira que dificultem a sua implementação, bem como prever estruturas que impossibilitem a eleição de metas simbólicas.

Para tal desiderato, considerando a arquitetura constitucional vigente, é necessária a edição de emenda constitucional veiculando as normas gerais que permeiam a essência do projeto eleitoral de gestão, sua aplicabilidade às eleições, a maneira e prazos de elaboração, discussão em audiências públicas, o modo de controle sobre a apuração do cumprimento das metas, as sanções decorrentes do seu inadimplemento, além de eventuais regras de transição, delegando à lei complementar definir os detalhes de sua procedimentalização.

3.2 Mecanismos para se evitar as metas simbólicas

A adoção de uma postura responsável desde a campanha até o exercício da função pública municipal decorrente do projeto eleitoral de gestão deve ser

acompanhada de mecanismos capazes de dotar de efetividade o instrumento, a fim de que não seja ineficaz; dentre estes, a vedação à adoção de metas simbólicas, as quais possuam fácil grau de atingimento e de realização ante o atual estágio da gestão municipal.

É considerada simbólica a meta consistente em, por exemplo, elevar a determinado número o quantitativo de matrículas no ensino infantil, quando, em verdade, a atual gestão já se encontra bem próxima de atingir tal meta que, possivelmente, seria alcançada sem a interferência do postulante ao cargo de prefeito. Isto é, a meta apresentada no projeto eleitoral de gestão não detém a mínima relevância e aptidão a proceder as mudanças na realidade fática local por serem de fácil consecução.

Em verdade, não interessa ao eleitor promessas de fácil realização, assim como as de duvidosa exequibilidade. A implantação do projeto eleitoral de gestão pressupõe a concomitante adoção de regras objetivas que visem evitar a banalização da medida. Erigir regras gerais fixando percentuais mínimos e máximos talvez seja uma resposta possível para o problema. Porém, em alguns casos, pode ser tarefa árdua para o legislador; com efeito, a realidade é diversa em cada um dos municípios brasileiros, sendo evidente que estipular percentuais máximos e mínimos de maneira indistinta violaria gravemente a isonomia e exporia o sistema ao fracasso.

Os diversos índices e indicadores eleitos pelo postulante ao Executivo podem ser relevantes ou insignificantes a depender do contexto em que estejam inseridos, o acréscimo de 5% (cinco por cento), por exemplo, no número de alunos do ensino infantil no Município de São Paulo pode ser expressivo, contudo o mesmo acréscimo em um município com diminuta população poderá ser insignificante.

Certamente, este é um dos pontos de maior dificuldade para a proposta deste artigo, na medida em que exige um acompanhamento sistemático e constante dos diversos índices das numerosas cidades do país, de modo que, analisar se determinada meta declinada no projeto eleitoral de gestão é ou não significativa dependerá de uma verificação específica, o que pode levar a decisões casuísticas a respeito do projeto apresentado.

De fato, não se verifica plausibilidade e exequibilidade na edição de uma lei complementar nacional que detenha elevado grau de especificidade e que possa, ao mesmo tempo, abarcar a totalidade das necessidades da pluralidade de municipalidades do país, sob pena de imobilizar o sistema. Com efeito, nem as leis

complementares servem a este papel. Consoante ensina Alexandre de Moraes (2008, p.666), as leis complementares devem versar sobre matérias relevantes que não possam estar inseridas na própria Constituição, mas que não comportem constantes alterações pelo processo legislativo ordinário.

Definir as linhas principais, os princípios e diretrizes que devem nortear a verificação da existência ou não de metas simbólicas, com o contraditório e a ampla defesa, exigindo-se a fundamentação fática, técnica, jurídica e financeira para a conclusão, são mecanismos mínimos que podem ensejar um posterior controle do Legislativo, do cidadão e do Judiciário se presente qualquer violação à legalidade, sendo matérias passíveis de veiculação em lei complementar.

Assim, com base nas prescrições da lei complementar, a atribuição de verificar inicialmente se as metas traçadas no projeto eleitoral de gestão são meramente simbólicas seria bem desenvolvida pelos tribunais de contas, órgãos auxiliares do controle externo do Poder Legislativo e que possuem conhecimentos técnicos suficientes para a emissão de um primeiro juízo de valor a respeito do quanto apresentado pelo postulante ao Executivo. O Programa de Metas paulistano é exemplo disso, conforme citado alhures, o Tribunal de Contas do Município de São Paulo efetua a verificação da exequibilidade e da existência de lastro financeiro capaz de subsidiar a realização da promessa feita pelo gestor.

A verificação inicial do projeto eleitoral de gestão pelo tribunal de contas inauguraria o controle externo do Poder Legislativo ainda na fase de postulação ao cargo de prefeito, conferindo maior segurança, legitimidade e seriedade ao pleito eleitoral que viria a se realizar, trazendo ao eleitor a garantia de participação em um processo eleitoral mais rígido e com menores riscos de se eleger um candidato sem propostas que possam influenciar positivamente na realidade da cidade.

3.3 O controle Legislativo sobre a execução das metas de gestão

No modelo proposto, o controle externo desempenhado pelo Poder Legislativo possui relevante missão, sendo inaugurado ainda na fase eleitoral com a participação técnica do seu órgão auxiliar, o tribunal de contas, e aperfeiçoado quando da apresentação do projeto definitivo após a posse no cargo e a realização de audiências públicas temáticas com a população local, a fim de confirmar as metas apresentadas, doando-lhes maior legitimidade entre os eleitores dissidentes da proposta eleitoral derrotada.

Findada a fase de postulação e fixação das metas, caberá ao Legislativo Municipal o acompanhamento e fiscalização da execução do projeto eleitoral de gestão, devendo verificar os aspectos não só contábeis, financeiros e orçamentários, mas também e, principalmente, operacional das metas apresentadas. Deverá, portanto, fiscalizar os atos do Executivo com base em um roteiro assinalado pelo gestor e validado pela população, expressando relevante face do sistema de freios e contrapesos para a manutenção da harmonia e independência dos Poderes sem ferir a soberania popular.

3.4 Os parâmetros para aferição do cumprimento

No exercício das suas funções fiscalizadoras, o Legislativo local deverá observar os parâmetros gerais veiculados em lei complementar nacional para aferir o cumprimento ou não das metas de gestão. Para maior efetividade do controle, a avaliação anual, após findado o primeiro exercício financeiro do mandato do prefeito, se mostra mais adequada, na medida que confere ao gestor o prazo real de um ano para a concretização das propostas efetuadas previamente para o respectivo exercício findado.

Também é relevante destacar que ao erigir suas metas, ainda quando postulante ao cargo de prefeito, no período eleitoral, o candidato deverá se ater ao fato de que eventual primeiro ano de gestão se dará com a concomitante vigência do plano plurianual elaborado pelo seu antecessor (art. 35 § 2º, I, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias)⁹ devendo utilizar tal parâmetro para a fixação das suas metas, a fim de que tal motivo não sirva de escusa para justificar eventual descumprimento parcial ou integral das metas.

Para maior coerência do sistema, a aferição do cumprimento das metas de gestão pelo Legislativo no último ano de mandato do prefeito se afigura mais eficaz se fosse antecipada, de modo que o ano civil não findasse sem a conclusão do procedimento, devendo tal fato ser igualmente considerado pelo candidato na elaboração do projeto eleitoral de gestão no que tange as metas fixadas para o seu último ano de mandato.

⁹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 07 abr. 2018.

A aferição antecipada se justifica dentro de uma ótica de aplicação de eventuais sanções ao gestor que não cumpriu as metas estatuídas para o seu mandato, sendo o controle externo do Legislativo decisivo para a manutenção e continuidade da carreira política do ocupante do cargo de prefeito.

No cumprimento de sua função fiscalizadora, o Poder Legislativo manteria o apoio técnico do tribunal de contas que exerceria auxílio operacional a cada uma das comissões temáticas permanentes a quem incumbiria a fiscalização das metas apresentadas pelo gestor e que fossem pertinentes a sua área de atuação, podendo efetuar inspeções, requisitar informações e solicitar perícias, a fim de que lavre relatório fundamentado acerca do cumprimento ou não das metas anuais fixadas para determinada área de atuação do Poder Público, devendo ser votado e aprovado no âmbito das respectivas comissões e encaminhado à comissão de constituição e justiça a quem caberá efetuar a verificação da juridicidade, legalidade e constitucionalidade do procedimento efetuado por cada comissão, podendo determinar o retorno às comissões para sanar alguma irregularidade ou pendência.

Uma vez concluída a verificação pela comissão de constituição e justiça, a esta caberá a elaboração de relatório final compilando cada um dos relatórios emitidos pelas comissões com subsídio do tribunal de contas, concluindo pela adequação do procedimento, bem como deverá solicitar ao presidente da mesa diretora que oficie o prefeito cientificando-lhe sobre as conclusões adotadas e conferindo-lhe prazo para apresentação de razões, pedidos de diligência ou acrescentar algum dado capaz de alterar a conclusão adotada pelas comissões.

Escoado o prazo sem as considerações do prefeito o relatório da comissão de constituição e justiça deverá ser levado ao plenário para maior publicidade, análise, discussão e deliberação sobre o relatório, devendo este prevalecer, salvo o voto de dois terços dos membros, mesmo quórum estabelecido para a aprovação das contas do chefe do Executivo, podendo o prefeito comparecer pessoalmente, se assim entender, para justificar as causas do cumprimento ou não das metas.

Acaso durante o prazo conferido pela comissão o prefeito apresente alegações ou dados capazes de inferir na decisão a comissão deverá sobre eles deliberar, cabendo da decisão recurso do prefeito ao plenário que decidirá em definitivo sobre o ponto em controvérsia.

Findado o procedimento de aferição do cumprimento de metas anual, caberia ao presidente da câmara cientificar o prefeito a respeito das metas cumpridas

totalmente ou parcialmente, bem com levar ao seu conhecimento as ponderações apontadas pelas comissões onde constará as dificuldades enfrentadas, bem como a possibilidade de cumprimento integral da meta do ano findado e do que se inicia para a apreciação na avaliação especial bienal.

A ideia apresentada consiste basicamente em estabelecer um modelo de controle externo mais participativo, além de deter função meramente indicativa e informativa ao gestor no que se refere à avaliação anual, devendo ser efetivamente aplicadas sanções no caso do não atendimento total das metas definidas para o primeiro e segundo ano de gestão, em verificação especial após o segundo ano de mandato.

3.5 Situações extraordinárias e o implemento das metas

Não há dúvidas de que existem situações que pela excepcionalidade fogem do controle humano, de modo que o direito não poderia se abster da sua função de regular as relações humanas também quando do acontecimento de tais infortúnios. Neste prisma, Orlando Gomes (2010, p. 196) aduz que todo acontecimento natural extraordinário e irreversível pode influenciar na esfera jurídica do sujeito de direito, sendo denominada de caso fortuito e força maior.

Continua, o mencionado autor, explicando que o caso fortuito e a força maior são caracterizados como todo fato necessário a cujos efeitos não é possível resistir, detendo como marcas a inevitabilidade e a ausência de culpa. Rodolfo Pamplona e Pablo Stolze (2015, p. 350-351) entendem que o elemento da inevitabilidade está vinculado a força maior, enquanto que a ausência de culpa se relaciona ao caso fortuito, sendo ambas hipóteses de causas excludentes de responsabilidade civil.

No campo do Direito Público também existem exemplos de construções doutrinárias que visam minimizar a ação prejudicial do advento de circunstâncias imprevisíveis, como ocorre nos contratos administrativos com a aplicação da teoria da imprevisão que se traduz na cláusula *rebus sic stantibus*, consoante entende Celso Antônio Bandeira de Mello (2014, p. 664), de modo a reduzir o impacto da *álea* extraordinária nas avenças firmadas pela Administração Pública.

Com efeito, a constatação de situações não dotadas de previsibilidade e de culpa são suficientes para justificar o afastamento da rigidez do modelo proposto neste trabalho. Não se afigura razoável impor sanções ao gestor municipal que não atingir

as metas delineadas no projeto eleitoral de gestão se a principal razão para o não atingimento foi exatamente circunstâncias que fugiram totalmente ao seu controle.

Entretanto, é imperioso que o abrandamento não ocorra de modo injustificado ou em hipóteses demasiadamente subjetivas. Neste ponto é que se reforça a ideia central de um planejamento de gestão bem elaborado, que abarque a realidade municipal, a fim de que eventuais imprevistos não possam colocar termo à totalidade das metas erigidas.

A norma que veicular as regras gerais do projeto eleitoral de gestão obrigatoriamente deverá estabelecer percentuais máximos e mínimos para a consecução das metas em momentos de incerteza. Por evidente, ante a sua própria natureza de imprevisibilidade, não é possível que a lei contenha um rol taxativo de hipóteses, mas apenas as linhas gerais que sejam capazes de reduzir a margem de discricionariedade frente aos imprevistos. Certamente, não é crível que o legislador estabeleça todas as conjecturas do que se caracterizaria como imprevisível, no entanto, é plenamente possível dizer o que não é imprevisível, assim como ocorre na análise, por exemplo, dos requisitos autorizadores da elaboração de medida provisória, qual sejam a relevância e urgência, critérios subjetivos que são analisados casuisticamente, onde é possível dizer o que não é relevante e urgente.

Assim, a configuração da existência de evento imprevisível e com efeitos relevantes para o atingimento das metas deverá ser apurado a partir de dados objetivos do tribunal de contas a respeito, por exemplo, da diminuição da arrecadação em determinado período, bem como a partir da criteriosa avaliação da comissão permanente do Legislativo que esteja diretamente vinculada a meta proposta pelo gestor.

Em situações de calamidade pública, intervenção estadual, estado de defesa e estado de sítio é notória a presença de elemento capaz de interferir nos planos anteriormente traçados, exigindo remanejamentos, transposições e abertura de créditos adicionais ou, até mesmo, operações de crédito, a fim de que o município possa fazer frente às situações extraordinárias. Caberá, no entanto, ao Legislativo com o auxílio do tribunal de contas mensurar a parcela do projeto eleitoral de gestão atingido e constatar se o inadimplemento das metas efetivamente decorreu da situação excepcional.

Constatada a impossibilidade fática e financeira do cumprimento das metas, após regular procedimento a ser instaurado pelo Legislativo, as eventuais sanções

pelo seu descumprimento deverão ser afastadas ante a presença de elemento externo apto a retirar a culpa do gestor pelo inadimplemento do quanto prometido em sua campanha para o Executivo.

3.6 As sanções para o descumprimento do projeto eleitoral de gestão

As críticas que permeiam o Programa de Metas paulistano e a PEC nº 10/2011 dizem respeito à insuficiente ou inexistente cominação de sanção que seja determinante para que as promessas de campanha se realizem quando da assunção do mandato eletivo. A certeza da impunidade faz com que as medidas mencionadas se mantenham como mera extensão da campanha política, servindo unicamente para propagar a intensão do gestor em realizar as metas veiculadas em seu plano, sem se exigir uma ação efetiva.

Por outro lado, o modelo vigente de controle externo dos atos do Executivo desempenhado pelo Legislativo padece também de instrumentos materiais para o acompanhamento efetivo das políticas públicas, na medida em que visa primordialmente aspectos contábeis, financeiros e orçamentários, relegando as ações operacionais à conveniência e oportunidade do seu órgão auxiliar, o tribunal de contas, bem como, igualmente, necessita de instrumentos para sancionar adequadamente o gestor que não efetiva as suas promessas, de modo a cumprir sua precípua função de representante do povo local.

Assim, o modelo proposto neste trabalho não poderia se afastar da imperiosa necessidade de se erigir sanções para o eventual descumprimento do projeto eleitoral de gestão, sob pena de repetir o principal ponto de fragilidade das medidas até o momento mencionadas.

Pois bem, após a análise anual do cumprimento das metas pelas comissões temáticas do Legislativo Municipal, se obterá um panorama sobre o adimplemento das medidas prometidas e cumpridas naquele período, emitindo-se relatório circunstanciado a ser encaminhado ao prefeito. Contudo, a mera constatação do cumprimento ou não da meta e consequente informação ao Executivo, por si só, não são capazes de compelir o gestor a realiza-la.

A informação do Legislativo ao Executivo ao término do primeiro ano de mandato possui natureza meramente informativa e corretiva, para que o gestor não possa alegar eventual surpresa advinda da fiscalização efetuada na metade no mandato, isto é, findado o seu segundo ano, oportunidade na qual caberá ao

Legislativo efetivar relatório consolidando o atendimento ou não das metas projetadas para o respectivo biênio.

Constatada a insuficiência no cumprimento das metas consistente em adimplemento inferior a pelo menos setenta por cento do quanto previsto para o biênio em cada ação governamental do projeto eleitoral de gestão e considerando os excessos ou decréscimos do primeiro e segundo ano para fins de consolidação dos valores totais, deverá o Legislativo impor sanção ao gestor acaso não se verificar a ocorrência de situação extraordinária no período avaliado.

3.7 O *recall* e a possível suspensão dos direitos políticos

O mandato eletivo é conferido ao candidato ao cargo de prefeito pelos eleitores a partir das ideias, princípios, diretrizes e projetos apresentados para implementação na eventualidade de serem eleitos. Não verificada a existência de evento extraordinário que possa comprometer a realização das propostas do projeto eleitoral de gestão, caberá ao eleitor deliberar sobre a manutenção do prefeito que no decorrer biênio não cumpriu suas metas e que, provavelmente, não conseguirá cumprir no período total de quatro anos de mandato.

O não atingimento das metas necessariamente não decorre diretamente de dolo do gestor, tida aqui como intenção deliberada em não realizar suas propostas, mas pode decorrer, também de culpa em não administrar a municipalidade de forma adequada à consecução dos objetivos propostos, seja pela aplicação equivocada de recursos ou escolha inadequada de auxiliares. Porém, tal fato, inarredavelmente, denota falta de habilidade para gerir a coisa pública, devendo ser constada e censurada, uma vez que o destino da cidade não pode ser posto nas mãos de pessoa sem a expertise necessária para a sua direção superior.

É certo que no regime democrático brasileiro todo o poder emana do povo que exerce a escolha por meio de representantes eleitos direta ou indiretamente, conforme princípio fundamental insculpido no parágrafo único do art. 1º da Constituição Federal.¹⁰ Nesta toada, nada mais razoável do que a deliberação popular sobre a manutenção do mandato do prefeito que não cumpre as metas do projeto eleitoral de gestão estabelecidas para o primeiro biênio de mandato.

¹⁰ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 14 abr. 2018.

Assim, descumprida as promessas, a câmara deverá convocar o *recall* para que a população decida conscientemente, sobre a possibilidade de o gestor permanecer nos próximos dois anos de gestão e terminar o seu mandato de quatro anos.

Sobre o *recall*, instituto de origem norte americana pelo qual os eleitores possuem o poder de destituir autoridades, Caio Márcio de Brito Ávila (2009), em tese de doutoramento apresentada à Universidade de São Paulo, defende a possibilidade de sua aplicação às cidades brasileiras com menos de cem mil habitantes e posterior extensão em nível regional e nacional depois de três anos de sua aplicação, desde que reformulado o sistema eleitoral brasileiro.

Para o mencionado autor, as municipalidades são o ambiente perfeito para o início de um controle mais próximo do cidadão em relação aos atos do governante, controle esse proporcionado pelo *recall*. A ideia não se distancia muito da erigida neste trabalho, na medida em que vislumbra no *recall* uma medida democrática apta a conferir legitimidade na permanência ou não do gestor municipal que descumprir o seu projeto eleitoral de gestão. Nada mais justo, pois é o cidadão que conferiu o mandato, cabendo, somente a ele, nos casos de descumprimento das promessas eleitorais, revoga-lo.

Constata-se neste processo o relevante papel do Legislativo, pois a ele caberá a fiscalização e acompanhamento das metas a fim de, com base em elementos objetivos, convocar o *recall* devolvendo a decisão sobre a permanência do gestor aos cidadãos que o elegeram. Ademais, uma vez recusada a manutenção do prefeito, deverá ser, concomitantemente, aplicada a pena de suspensão dos direitos políticos pelo período de quatro anos, de modo a atestar que aquele gestor afastado, por ter sido testado e reprovado, não se encontra, naquele momento, apto a exercer qualquer outra função pública, devendo no tempo de seu afastamento se dedicar a atividades que possam aprimorar a sua capacidade administrativa.

Se, por outro lado, o gestor cumprir as metas apresentadas, fica proibida a convocação do *recall*, garantindo-se a permanência no cargo até o término do mandato, oportunidade em que deverá o Legislativo se manifestar sobre o cumprimento ou não das metas do biênio final, aplicando, em caso de não cumprimento, a pena de suspensão dos direitos políticos por quatro anos, impedindo, assim, eventual reeleição ou assunção de cargo diverso nas três esferas de Poder.

3.8 Deliberação popular

A negativa de continuidade do mandato eletivo do prefeito após o *recall* ensejará a perda do cargo, juntamente com o do vice-prefeito, devendo o Executivo ser comandado pelo chefe do Legislativo, o qual deverá permanecer por no máximo noventa dias, tempo necessário para a convocação e realização de novas eleições pela Justiça Eleitoral, com a apresentação pelos candidatos do seu projeto eleitoral de gestão, realização de propaganda política, escolha pelos eleitores e posse para novo mandato de quatro anos.

Acaso, porém, decidam os eleitores em conceder nova chance ao prefeito, este permanecerá no cargo para cumprir o mandato de quatro anos, devendo ser feita nova avaliação ao término do biênio final, de modo a verificar se, a despeito do não cumprimento das metas traçadas para o primeiro biênio, as finais foram efetivamente implementadas ou não.

Uma vez constatado o descumprimento das metas do biênio final, caberá ao Legislativo aplicar a pena de suspensão dos direitos políticos por quatro anos ao prefeito e ao vice, mesmo estes já tendo concluído o mandato. Se, entretanto, for verificada a implementação das metas erigidas para o biênio final, a câmara ficará impossibilitada de aplicar a pena de suspensão dos direitos, sendo permitida a reeleição do prefeito ou a assunção de outro cargo na mesma ou em outra esfera de poder.

A lógica proposta é bastante simplória, na medida em que se o eleitor, principal destinatário das metas do projeto eleitoral de gestão, decidiu conferir nova chance ao prefeito, relevando o descumprimento das metas no primeiro biênio, não caberia a câmara aplicar sanção em relação a este descumprimento, uma vez que faleceria de legitimidade popular para tal.

Quanto ao descumprimento após o término do segundo biênio, a situação é diversa, pois não seria cabível novo *recall*, de modo que estaria se permitindo que o prefeito que não cumpriu suas metas seja candidato à reeleição, em franca violação aos princípios da moralidade e da eficiência na Administração Pública, devendo, nesta circunstância ser aplicada a pena de suspensão, evitando-se, assim, a assunção de novo cargo.

Com efeito, a solução proposta não é imune de críticas, pois poder-se-ia questionar se a simples recusa do eleitorado em eventual pleito de reeleição não equivaleria à negativa conferida no *recall*. De fato, a mera recusa consistente em não

mais votar no candidato que não cumpriu suas promessas seria a solução ideal em um estado democrático de direito formado por uma população com elevado grau de instrução e de conhecimento político, mas que na realidade brasileira não pode ser a entendida como correta.

A formação dos municípios brasileiros, conforme mencionado alhures, possui grande traço de autoritarismo e populismo oriundos do coronelismo e do filhotismo que dominaram o passado das municipalidades e influenciaram sobremaneira a visão política dos cidadãos e a noção de respeito à coisa pública. Princípios de simples compreensão, como o da impessoalidade, possuem pouco ou nenhum grau de penetração nas cidades mais distantes dos centros de decisão, onde cada medida editada pelo prefeito no exercício da função é personificada, agregando-se os créditos das benfeitorias ao político e não ao ente público, como seu dever precípuo.

Deste modo, a ação efetiva e baseada em dados técnicos e objetivos retiram a carga personalista atribuída à Administração Pública e impede a perpetuação no poder de sujeito que praticou verdadeiro estelionato eleitoral ao não implantar as promessas de campanha quando do exercício do cargo e que, posteriormente, busca a reeleição para o mesmo cargo ou até mesmo galgar novas funções públicas, de modo a conferir maior segurança e lisura ao processo eleitoral.

4. CONCLUSÃO

A busca por um controle mais efetivo dos atos do Poder Público, o papel do controle externo do Legislativo, definitivamente, merece ser reavaliado, a fim de que se coadune os aspectos técnicos, políticos e democráticos, não se limitando à mera verificação contábil, financeira e orçamentária. A busca da satisfação das necessidades do cidadão exige, porém, uma análise apurada da qualidade das políticas públicas e dos serviços disponibilizados, cabendo ao Legislativo desempenhar de maneira mais proeminente o papel fiscalizador destes atos do Executivo.

A análise das legislações municipais reforçam e confirmaram a impressão inicial do estudo, constatando a atual limitação do modelo de controle externo, bem como explicitaram a necessidade de mudanças, com o fito de que a população municipal possa participar mais ativamente no controle dos atos do Executivo e que vejam, finalmente, as promessas de campanha implementadas.

Nesse sentido, foram erigidas importantes iniciativas como o programa de metas paulistano e a PEC nº 10/2011, as quais objetivam a realização das promessas de campanha, mas que, infelizmente, padecem de instrumentos que possam conferir coercibilidade às medidas, permitindo ao gestor municipal se afastar dos compromissos realizados ou até mesmo não realiza-los, sem que qualquer medida efetiva possa ser adotada.

Assim, pautando-se na necessidade de se aliar a responsabilidade eleitoral com a maior efetividade do controle externo do Poder Legislativo, congregando aspectos técnicos e democráticos, foi sugerida a implantação de um novo modelo no Município Brasileiro de modo a permitir que as câmaras municipais, por meio de suas comissões permanentes, desempenhem função fiscalizadora mais eficaz dos atos do Executivo, acompanhando cada uma das metas prometidas durante o período de campanha eleitoral e aperfeiçoado em audiências públicas posteriores a posse.

O instrumento apontado para veicular as metas do candidato ao Executivo Municipal é o projeto eleitoral de gestão, o qual tem por missão refletir o estágio atual da municipalidade e projetar para os próximos quatro anos de gestão metas objetivas, traçadas de acordo com os diversos setores de atuação do Poder Público como, por exemplo, a saúde, educação, desenvolvimento urbano, transporte público e outros de relevância para a vida na cidade.

O projeto eleitoral de gestão possui neste trabalho quatro importantes funções, a primeira é a de permitir que candidatos plenamente conscientes da realidade local e efetivamente comprometidos em muda-la apresentem ideias sérias, objetivas e factíveis, não expondo o eleitor a um processo eleitoral meramente demagógico; a segunda função identificada, diz respeito à união do eleitorado no momento posterior as eleições, quando o candidato vencedor deverá, em audiências públicas, debater e acrescentar novas ideias ao seu projeto, oportunizando que os eleitores, os quais votaram no candidato adverso, tenham maior participação na gestão que se forma; a terceira função, corresponde à atribuição de maior efetividade ao já existente poder-dever de fiscalização do Poder Legislativo, conferindo-lhe elementos objetivos de controle e maior participação no acompanhamento dos atos do Executivo, sem ferir a independência e harmonia entre os poderes, funcionando como garantidor do voto popular conferido ao prefeito, em uma manifestação da expressão máxima da sua atribuição precípua de representação do povo.



Por fim, a quarta função presente é a de reunir os aspectos técnicos e políticos, devolvendo ao eleitor o poder de decidir se o prefeito, descumpridor de suas promessas, é digno de se manter no cargo, caracterizado aí o forte viés democrático do modelo proposto, uma vez que o mandato foi conferido pelo voto popular somente caberia a este decidir sobre o *recall* convocado.

Obviamente, a resposta proposta para o problema da carência de eficácia do controle externo do Poder Legislativo não é imune a críticas. A dificuldade em se garantir a escolha de metas factíveis e não simbólicas é, certamente, ponto nevrálgico nesta questão, desafiando um vasto conhecimento a respeito da localidade a que se visa governar e uma atuação diligente dos tribunais de contas e das comissões do Legislativo na sua aferição. Por isso, a sugestão de edição de lei complementar nacional que pudesse delinear minimamente o que se caracterizaria como meta simbólica.

Ademais, o modelo apresentado não ignora a plausibilidade do não atingimento das metas do projeto eleitoral de gestão em situações extraordinárias, permitindo que o Legislativo, quando da sua constatação, releve a aplicação das sanções, quais sejam, a convocação de *recall* e suspensão dos direitos políticos por quatro anos. A aferição do Legislativo está pautada em dados objetivos, seja queda na arrecadação, crise econômica local, regional ou nacional, ou, ainda, calamidade pública capaz de direcionar os recursos públicos para outras situações emergenciais, de modo a impedir a consecução dos objetivos anteriormente estatuídos.

Nesta senda, a sugestão apresentada exige não apenas a edição de uma proposta de emenda à Constituição e a edição de uma lei complementar nacional, mas também a necessária alteração da visão atual da coisa pública e da posição do cidadão enquanto garantidor de uma gestão pública racional e eficiente, valendo-se dos instrumentos de controle judiciais, administrativos e políticos para a salvaguarda do interesse público do seu município.



REFERÊNCIAS

AZAMBUJA, Darcy. Introdução à ciência política. 2ª Edição revista e ampliada. São Paulo: Globo, 2008.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm Acesso em: 07 abr. 2018.

_____. SÃO PAULO (MUNICÍPIO). Lei Orgânica do Município de São Paulo. Disponível em: <http://www.tcm.sp.gov.br/legislacao/lomun/lom_t3.htm#lom_t3c1s7> Acesso: 22 mar. 2018.

_____. SÃO PAULO (MUNICÍPIO). Tribunal de Contas do Município de São Paulo. Relatório de Auditoria Programada. Processo nº 72.006.860/17-14. Disponível em: <<https://portal.tcm.sp.gov.br/ConsultaProcesso/Resolucao>> Acesso em: 26 mar. 2018.

_____. Câmara dos Deputados. Proposta de Emenda à Constituição nº 10, de 06 de abril de 2011. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=66FC547B47AE293100D3E9CD0EE4464F.proposicoesWebExterno1?codteor=856969&filenome=Tramitacao-PEC+10/2011> Acesso em: 28 mar. 2018

_____. Câmara dos Deputados. Tramitação da PEC nº 10/2011. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=497549>> Acesso em: 30 mar. 2018.

GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil, volume 1: parte geral – 17ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2015.

GOMES, Orlando. Introdução ao direito civil. 20ª edição. Revista, atualizada e aumentada, de acordo com o Código Civil de 2002, por Edvaldo Brito e Reginalda Paranhos de Brito. – Rio de Janeiro: Forense, 2010.

INSTITUTO SÃO PAULO SUSTENTÁVEL – REDE NOSSA SÃO PAULO. Disponível em: http://nossasaopaulo.org.br/institucional/instituto_sp_sustentavel Acesso em 26 mar. 2018.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo 32ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.



MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. – 23. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2008.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Da administração pública burocrática à gerencial. Revista do Serviço Público, v. 120, n. 47, p. 07/40, jan. abr. 1996. Disponível em: <http://www.bresserpereira.org.br/papers/1996/95.AdmPublicaBurocraticaAGerencial.pdf> Acesso em: 20 mar. 2018.

RAMAYANA, Marcos. Direito eleitoral. 10^a edição. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2010.

STOKES, Susan Carol. Mandates and Democracy: Neoliberalism by surprise in Latin America. Cambridge and New York: Cambridge University Press, 2001.

TAVARES, André Ramos. Curso de direito constitucional. 4^a edição, revista e atualizada. São Paulo: Editora Saraiva, 2006.



**UMA ANÁLISE DIANTE DA PREVALÊNCIA DAS DOENÇAS SEXUALMENTE
TRANSMISSÍVEIS NAS PENITENCIÁRIAS FEMININAS BRASILEIRAS**
AN ANALYSIS OF THE PREVALENCE OF SEXUALLY TRANSMITTED DISEASES
IN BRAZILIAN WOMEN'S PRISONS

Felippe Augusto de Oliveira Borges¹

Resumo: O presente artigo apresenta uma análise sobre a vulnerabilidade das mulheres em situação de cárcere e a proliferação de doenças sexualmente transmissíveis e a efetivação de políticas públicas que garantem assistência à saúde, visando assim o controle dessas doenças. O objetivo geral é analisar a realidade que essas presas são inseridas, a relação que o cárcere tem com a propagação de vetores de risco para a contaminação das DST'S e a importância da assistência à saúde e de profissionais dentro desses recintos. Através dessa pesquisa, é possível refletir sobre a realidade a que essas mulheres são expostas, assim como, perceber como o Estado muitas vezes é inerte a essa situação, afinal, há assistências previstas pelo ordenamento jurídico e o dever ser dessas mulheres.

Palavras-Chave: Doenças sexualmente transmissíveis. Garantias Fundamentais. Assistência à saúde. Presídio feminino.

Abstract: This article presents an analysis of the vulnerability of women in the situation of imprisonment and the proliferation of sexually transmitted diseases and the effectiveness of public policies that guarantee assistance to health, as well as the control of these diseases. The general objective is to analyze the reality that these dams are inserted, the relationship between the prison and the spread of risk vectors for the contamination of DST'S and the importance of health and professional assistance within these enclosures. Through this investigation, it is possible to reflect on the reality to which these women are exposed, as well as, perceive how the State is often inert to this situation, in the end, there are assistance provided by the legal system and must be provided to these women.

Keywords: Sexually transmitted diseases. Fundamental Guarantees. Health care. Women's Prison.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo apresenta como tema o encarceramento feminino, suas vulnerabilidades e doenças sexualmente transmissíveis. Abrangendo os direitos fundamentais para a restauração das presas, em especial, o direito à assistência à saúde.

O assunto é de suma importância em razão da realidade que estas mulheres são inseridas. Diante de estudos realizados, nota-se que o número de mulheres que

¹ Assessor Judiciário no Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Barachel em Direito, pela Faculdade Baiana de Direito. Pós-graduado em Direito Penal Econômico, pela PUC/MG. Pós-graduado em Ciências Criminais, pela Faculdade Baiana de Direito.

entraram no crime teve um elevado crescimento nesses últimos tempos, especificamente na participação nos mercados do tráfico de drogas, mesmo com esse crescimento as mulheres ainda apresentam um menor contingente do que os homens. As mulheres, de modo geral, têm necessidades especiais. Desse modo, no que tange a saúde dessa população, elas se tornam mais vulneráveis por conta da realidade que são inseridas. Ao analisar esse ambiente, observa-se que a assistência a saúde é precária, e as mulheres se tornam expostas a variados riscos de contaminações e doenças, principalmente as sexualmente transmissíveis, na qual fundamenta na necessidade de uma atenção voltada para essas peculiaridades, visando estabelecer meios para que haja uma barreira de prevenção e proteção a essas doenças.

Dessa forma, o problema reside na forma que o Estado burla suas obrigações. Para tanto, faz-se necessária a seguinte questão de pesquisa: O Estado tem dado efetiva assistência na prevenção de doenças sexualmente transmissíveis à população carcerária feminina brasileira?

A saúde nos presídios femininos, principalmente no se que refere a doença sexualmente transmissíveis é matéria pública, demasiadamente importante, mas como se trata de um assunto abordado muito vagamente pelo ordenamento jurídico brasileiro, dessa forma vinculando ao esquecimento do poder público e uma invisibilidade social além de demandas para a saúde pública por se tratar de objeto de cunho social.

Afere-se, portanto, a importância de garantir o direito à saúde e a prevenção e cautela dessas ITS e aids que são abrangentes nesses espaços de confinamento feminino, pois esses direitos que auxiliam à saúde voltados a esse cenário e a saúde da mulher, no que diz a respeito a sistemática dessas doenças, encontram-se ameaçados.

O presente trabalho é demais valioso para o Direito, pois retrata os efeitos e a prevalência dessas doenças nas penitenciárias femininas do Brasil pela não efetivação dos direitos inerentes a nós seres humanos, principalmente no cunho prestacional que o Estado tem com essas mulheres e dos dispositivos e políticas públicas voltados ao problema abordado. Sendo assim, como o Direito deve seguir as demandas por exigências da efetivação desses direitos e os avanços que essas doenças têm nesses espaços e as suas necessidades, para que esses direitos deixem de ser genéricos. Cabe a ele formular entendimento para melhor solucionar possíveis demandas apresentadas por essas ineficiências do sistema prisional referido.

O objetivo geral a ser desenvolvido será compreender a importância do Poder Público na assistência jurídica para o aperfeiçoamento da prevenção e cuidados das Doenças Sexualmente Transmissíveis no sistema prisional feminino brasileiro. Enquanto os específicos estão dispostos em três: Descrever os dispositivos legais, regras e políticas públicas que asseguram o direito à saúde, auxiliando para a prevenção e cuidado das DST's nas penitenciárias, principalmente as femininas; Estudar que o ambiente prisional que essas mulheres são inseridas.

Essa pesquisa será realizada através do método da abordagem dedutiva, utilizando a técnica da revisão bibliográfica e se baseará em análises de textos e teses formuladas por autores comprometidos no tema proposto, assim como análise da norma jurídica Políticas Públicas. Trata-se de uma pesquisa com forma de abordagem qualitativa, onde seus estudos serão feitos através da interpretação de doutrinas que abordam o direito fundamental à saúde e a aplicabilidade da lei na execução penal, fazendo uma conexão com a realidade que essas mulheres vivem nos espaços penitenciários no que se refere às vulnerabilidades a doenças, como as DST's.

2. A FIGURA DA MULHER CRIMINOSA

Observa-se que a humanidade desde os tempos primordiais romantiza o dever das mulheres perante a sociedade, adjetivando-as como boas, honestas, frágeis e inocentes. Nesse contexto, as mulheres tinham o “dever ser”, a representação do comportamento feminino ideal, na qual eram incentivadas a prática da economia doméstica, como cozinhar, passar e cuidar dos filhos. Assim, no contexto das relações sociais e da sua construção, os homens sempre tiveram sua supremacia diante das mulheres.

De todo modo, as mulheres não eram vistas como ameaça para sociedade por serem consideradas inferiores e incapazes. Para tanto, ao longo da história houve o surgimento dos crimes e das criminosas na qual houve o estímulo no estudo em relação à existência da criminalidade feminina, o que vem a questionar o que levava a essa criminalidade, quais crimes persistentes das mulheres e o que identificava a “delinquente”. Contudo, a fragilidade feminina poderia ser um aliado e responsável pelo cometimento de crimes, assim como, dificultar o que determinava a conduta criminosa das mulheres (FARIA, 2010).

Esse entendimento diante da inferioridade das mulheres foi ratificado no século XIX por Lombroso e Ferrero através da autoria do livro “A Mulher delinquente”. O livro

vem afirmar a configuração inferiorizada das mulheres, e essa inferioridade estendia-se até mesmo para o cometimento de crimes por estas. Dessa forma, afirmavam que a inobservância dos padrões exigidos pela sociedade perante a figura feminina traçava o perfil de mulher tida como degenerada que seria aqui criminosa nata ou prostituta. Ademais, os autores apontam a mulher criminosa como uma imitação masculina pelo qual guardava deficiência e traços de dissimulação. Observa-se também as mulheres como menos inteligentes que os homens e as características expostas a essas mulheres eram decorrentes de características sexuais secundárias, já que no geral elas eram capazes de conter seus impulsos sexuais, então aquelas que não continham esses impulsos eram potencializadas como inferiores aos homens, assim, sendo degeneradas, ou seja, as criminosas e prostitutas, e dessa contendo os traços da delinquência. Para eles, as mulheres com traços criminosos se aproximam moralmente do homem criminoso.

Isso se explica pelo fato delas não apresentarem afeição pela maternidade e terem um desejo para a sexualidade superior àquelas tidas como normais, pois para eles a maternidade era o fator de maior importância para configurar o perfil da mulher, sendo assim, a maternidade um ponto biológico que funciona como um fio que conduzia a tese. Assim, ser ou não ser mãe levava a entender as mulheres normais, criminosas e prostitutas. Além disso, está exposto no livro que a prostituta era a verdadeira criminalidade feminina, já que se aproxima psicologicamente do criminoso nato, pois ambos apresentam a falta de senso e moral. Por fim, a prostituição e o comportamento do criminoso são duas formas de criminalidade (LOMBROSO e FERRERO, 2004).

Já durante o século XX, a etiologia feminina ainda se voltava para o dever social que essas mulheres deveriam seguir perante a sociedade, na qual os seus desvios configuraram seus paradigmas criminológicos. Dessa forma, as mulheres detinham o dever de serem boas esposas, mães e levarem consigo o traço da maternidade como algo inerentes a sua natureza. Conforme isso, Andrade (2011) aduz que, aquelas desviantes ou que desfazem dos arranjos esperados pela sociedade, apresentando um perfil masculinizado, escandaloso e frequentam lugares boêmios, vinham a configurar esses desvios. Esses desvios passavam pelo plano da sexualidade, já que na contramão do padrão sexual normal havia a desconfiguração do feminino, havendo dessa forma a ruptura com o papel designado a elas.

Em resumo, essa inferioridade feminina e esses aspectos desenhados ultrapassam épocas, mesmo com o aumento do encarceramento feminino, a sociedade ainda tem a ideia de que a proporção da mulher cometer crime ainda é inferior do que os homens, não pelo fato de não conterem uma intelectualidade, mas pelo fato de serem vistas como mais dóceis. Podemos observar também que a análise dos fatores criminológicos atuais que levam as mulheres a cometerem crimes, não estão diretamente ligados a sexualidade (prostituição) e perfis que se desvinculavam da figura feminina traçada antigamente, mas a questões socioculturais e econômicas, o que será visto a seguir na conjuntura dos presídios femininos e o seu encarceramento.

3. AS MULHERES ENCARCERADAS NO BRASIL

O Brasil tem um contingente criminal que não para de crescer. Diante dessa perspectiva, observa-se, uma posição desigual da mulher na esfera penal, transformando sua condição de transgressora da lei para vítima do sistema punitivo, pois as penitenciárias não foram pensadas para as mulheres. Para melhor compreensão dos fatos, se faz necessário uma análise sobre a contextualização das mulheres nesse meio.

Ao longo do tempo tentou-se explicar a relação das mulheres ao crime. Para tanto, essas explicações eram voltadas para aspectos biológicos, na qual, o cometimento do crime era evidenciado por características como o tamanho do crânio, formato da testa, dentre outros. Assim como, essa transgressão se dava a anormalidade biológica destas mulheres. No entanto, esses aspectos criminológicos persistiram por muito tempo, visto que com a evolução da sociedade e da conjuntura da marginalização nas cidades, esse entendimento foi modificado (PÓVOA, 2019).

Nesse ínterim, não se fala mais na distinção biológica entre homens e mulheres e sim nas questões individuais dos indivíduos que estão inseridos na sociedade, sendo assim, observando-se os fatores culturais que decidem e influenciam os comportamentos sociais (PÓVOA, 2019).

Nesse contexto, o perfil das mulheres presas está relacionado a cor, educação e nível social, sendo assim, a maioria das mulheres em situação de cárcere são negras, jovens e com pouco ou até mesmo nenhum estudo (SIQUEIRA E ANDRECIOLI, 2019).

Dessa forma, segundo dados do Infopen (2018), 50% da população prisional feminina é formada por jovens, já que constata-se que é mais fácil encarcerar jovens entre 18 e 29 anos do que mulheres com 30 anos ou mais. No entanto, no que diz respeito a raça e cor, 62% da população prisional é composta por mulheres negras. Da mesma maneira, 66% dessa população ainda não acessou o ensino médio. Outrossim, se torna evidente o crescimento do encarceramento de mulheres pela prática de crimes ligados ao tráfico de drogas.

Assim, vale ressaltar também que a inserção das mulheres em atividades ilícitas se deve a sua posição como chefe de família, além do baixo teor salarial comparado aos homens. Dessa forma, a jornalista Nana Queiroz em seu livro “Presos que menstruam” afirma que a emancipação da mulher no papel de chefe da casa e seus salários minorizados, tem aumentado a pressão financeira sobre elas, levando então mulheres ao crime, por ter a visão de ser uma forma de aumento de renda, e até mesmo o fácil acesso. E dessa forma, há a comprovação que os delitos mais comuns entre as mulheres são aqueles que venham a funcionar como complemento de renda, diante disso, o tráfico de entorpecentes, o roubo e furto (QUEIROZ, 2015).

A todo modo, Aline Cruvello Pancieri (2014) retrata que:

O tráfico de drogas representa, portanto, uma real estrutura de “oportunidades” para as mulheres, não só pela possibilidade de retorno financeiro imediato, como por representar um mercado predominantemente informal, no qual estas mulheres já estão inseridas ou encontram menos barreiras para a sua inserção.

Conforme isso, constata-se que o resultado do encarceramento em massa de mulheres negras e pobres, já que o perfil dessas mulheres está diretamente ligado relacionado a sua realidade social, essas mazelas sociais são indícios para que haja a inserção do mundo do crime, sendo assim, o tráfico de drogas um meio utilizado para o complemento da renda familiar, fazendo com que a prisão por tráfico de drogas ser cada dia mais alarmante.

Por fim, o crescimento no aprisionamento faz com que haja superlotação nos presídios, assim, havendo acúmulos de violações, não respeitando de fato as políticas públicas, fazendo com que o ordenamento jurídico não venha a respeitar o dever ser dessas mulheres, infringindo direitos como o de saúde, material, jurídico e educacional, sendo assim, uma realidade perversa para esta camada.

4. A REALIDADE DOS PRESÍDIOS FEMININOS

Primordialmente, o Estado a partir das suas normas e leis regulamentadoras assegura aos presos direitos básicos que preservam a sua dignidade humana. Assim, devemos destacar a Constituição Federal que garante aos presos a partir de seu artigo 5º, inciso XLIX, o respeito e a integridade física e moral, a fim de garantir a ressocialização. Para tanto, de forma mais específica a essa camada da sociedade, a Lei de Execuções Penais vem através de seu artigo 40 se resguardar no mesmo sentido.

Nesse íterim, ambos os dispositivos legais preservam o preso diante ameaças e abuso de autoridade (abuso moral), assim como a falta de assistência básica também vem a configurar tal abuso, e por fim, abusos que levam à violência física. De todo modo, o artigo 10 da LEP (Lei de Execuções Penais), garante aos custodiados direitos e ao Estado o dever de cumprir, já que a pena não tem o objetivo de apenas punir, mas sim de garantir ao preso a sua reintegração na sociedade. Contudo, de forma mais objetiva ao tema abordado, notamos que as mulheres presas sofrem com o descaso por parte do Estado, esquecimento esse que deriva de vários fatores (sociais, patriarcais e estruturais).

Dessa forma, as mulheres privadas de liberdade representam a parcela da sociedade vulnerável, que sofre com ciclos reprodutivos de exclusão, violência e discriminação. Por sua vez, essa camada sofre com a falta de aplicabilidade de políticas públicas para que haja o exercício de cidadania, políticas estas que possibilitam o rompimento da discriminação diante dessas mulheres (SIQUEIRA E ANDREOLI, 2019).

Portanto, vale salientar que essas mulheres passam por diversas dificuldades, na qual, devemos considerar algumas especificidades nos presídios femininos. Infelizmente, esses presídios não têm estrutura adequada para receber essas mulheres, sendo importante mencionar que o sistema prisional brasileiro foi criado para receber os homens. Contudo, Soldatelli e Weding (2018) afirmam que, os custodiados são expostos a uma realidade devastada pelas mazelas. Existindo assim, uma violência estrutural, já que vivemos em uma sociedade com estrutura patriarcal, condição essa que adentra ao formato prisional e na sua funcionalidade. Nesse mesmo sentido, Póvoa (2019, p. 24) afirma que:

Ao considerar a mulher presa como vulnerável, destaco que essa vulnerabilidade está diretamente ligada às condições e exigências específicas concernentes à mulher. Ao analisar a estrutura das penitenciárias observamos que elas foram construídas inicialmente, por homens e para homens, um exemplo disso é a Casa de Detenção de São Paulo – a penitenciária da capital – que na realidade, é uma adaptação feita após a implosão do Carandiru.

Neste íterim, é necessário conhecer e compreender a realidade dessas mulheres, já que vivem em um cenário de descaso, onde também vem a sofrer com o abandono da sociedade, que vem a cobrar e culpar não só pelo crime, mas pela violação do papel social integralizado das mulheres. Refletindo assim, na dupla penalização dessas mulheres (SIQUEIRA E ANDREOLI, 2019).

Em resumo, a violação de direito se agrava quando viemos a perceber as necessidades dos presídios femininos, e a falta de instituições para receber essa parcela da sociedade. Assim, deve-se refletir sobre as políticas públicas para que haja o entendimento adequado a essas mulheres, na qual, são sujeitos de direitos e que vem a possuir especificidades (Reis e Zucco, 2019).

5. O SISTEMA JURÍDICO E O DEVER SER DA MULHER PRESA

Levando em consideração o tema central do trabalho, é imprescindível um breve apontamento de alguns direitos fundamentais. Para tanto, os direitos fundamentais são garantidos pelo nosso Estado de Direito, assim, o artigo 11 da Lei de Execução Penal prevê, o direito social, jurídico, educacional, religioso, assistência ao egresso e o direito à saúde e à higiene (material). Nessa seara, ao observar a realidade vivida pelos apenados, em especial as presas, nota-se que há uma falta de observância do Estado com a direcionada população, como a dificuldade em promover e aplicar tais direitos.

Assim, diante ao direito social, nota-se que este vem a proteger a ligação dos custodiados com a sociedade, objetivando ressocializar os presos, nota-se que o dever do Estado em assistir o preso está previsto nos seguintes artigos da Lei de Execução Penal, artigo 22 e 23 da respectiva lei. Podemos assim através do artigo 23 da Lei de Execução Penal compreender um pouco da obrigação do Estado perante os custodiados, assim expõe o artigo:

- I. “conhecer os resultados dos diagnósticos ou exames;
- II. relatar, por escrito, ao Diretor do estabelecimento, os problemas e as dificuldades enfrentadas pelo assistido;

- III. acompanhar o resultado das permissões de saídas e das saídas temporárias;
- IV. promover, no estabelecimento, pelos meios disponíveis, a recreação;
- V. promover a orientação do assistido, na fase final do cumprimento da pena, e do liberando, de modo a facilitar o seu retorno à liberdade;
- VI. providenciar a obtenção de documentos, dos benefícios da Previdência Social e do seguro por acidente no trabalho;
- VII. orientar e amparar, quando necessário, a família do preso, do internado e da vítima”.

Compreende-se então que a assistência social constitui o acolhimento moral e psicológico do preso, observando que muitos não contam com o apoio da família, sendo assim, exprimindo a necessidade do afeto. Mas observa-se também que essa assistência não é apenas direcionada aos apenados, mas estendendo-se aos seus familiares, visando um elo entre ambas as partes, por meio de visitas, sendo uma via de acesso de motivação para que estes venham a ressocializar (OLIVEIRA E RIBEIRO, 2021).

Norteando esse direito e levando em consideração o público alvo do trabalho, as mulheres, a autora Maria Lucia Rodrigues (2016) expõe que as presas vem a demandar dessa assistência social que garante a mediação com seus familiares, pois é de suma importância para que estas tenham contado com os seus filhos, assim como, o direito a visitas íntimas e outros.

Nesse contexto, a assistência social é de suma importância na esfera penal. Ademais, há uma dificuldade em contextualizar e efetivar esse direito à assistência social no âmbito prisional pelos profissionais que atuam na área, já que não é contemplado como uma necessidade individual (CARDOSO, 2009).

Outro serviço é a assistência religiosa, dessa forma, esse amparo está previsto no artigo 24 da LEP, sendo exposto que os presos têm a liberdade de participar de cultos no estabelecimento prisional, assim como, ter a posse de livros religiosos (bíblia). Seguindo assim, esta assistência tem o objetivo de introduzir e reintegrar o preso socialmente através da orientação religiosa, mas como também utilizando-se desse instrumento para que os presos não venham a se envolver em movimentos contrários às ordens do presídio (AGNOLIN, 2019).

Vale destacar a relação dessa assistência com as mulheres presas, assim para Vieira (2018), as detentas enxergam a assistência religiosa como um atributo que vem

a possibilitar uma maior mobilidade dentro do alojamento prisional, já que o deslocamento das celas para os encontros religiosos é um meio para que estas se desprendem do ambiente deteriorado que elas se alojam.

No entanto, muitas penitenciárias não possuem espaços para que haja a ocorrência das reuniões com cunho religioso, sendo assim, as reuniões sendo proferidas dentro das próprias celas, pontuando-se também que esse direito enfrenta vários desafios por conta do preconceito de alguns presos (OLIVEIRA E RIBEIRO, 2021).

Observa-se que ambos os direitos já elencados têm características e objetivos bem próximos, proporcionalizar a socialização dos presos dentro do recinto prisional quanto extramuros. Seguindo essa conjuntura de assistências asseguradas aos presos, está do mesmo modo previsto o direito à educação dentro dos presídios. Conforme isso, a assistência à educação está explícita nos artigos 17 e 21 da Lei de Execução Penal, respectivamente, os artigos expõem que esse amparo na educação vai compreender a instrução escolar e a formação no âmbito profissional do custodiado, como também o estabelecimento prisional deverá conter uma biblioteca constituída de livros recreativos e didáticos.

Assim, a educação em suma é um direito que deve englobar a todos, até mesmo aqueles que estão privados da sua liberdade. Por tanto, a assistência à educação é uma das garantias mais inestimáveis, já que é um precursor de oportunidades, que cria alternativas para que haja uma barreira para reincidência ao crime, oportunizando os presos a terem uma nova vida (OLIVEIRA e RIBEIRO, 2021).

Nessa linha, verifica-se a seguridade do acesso à educação por mulheres presas, nesse cenário, muitas emergem de um ambiente que não enxerga a educação como um direito que vem a proporcionar uma realidade divergente das mazelas. E é por meio desse direito que estas mulheres acreditam que com a educação que recebem na prisão possam se tornar pessoas menos discriminadas (FERREIRA e SILVA, 2021).

Destarte então, que essa assistência tem a função de ressocializar o preso, possibilitando que estes tenham uma boa conduta dentro do espaço prisional, sendo que, esse tempo dedicado ao estudo serve como remissão da pena, que vem a possibilitar que estes retornem à sociedade com o intuito de adentrar a atividades lícitas compatíveis com seu grau de escolaridade, afastando-se da vida do crime (AGNOLIN, 2019).

A assistência jurídica é outro direito presente no nosso ordenamento jurídico que vem a tutelar o preso. Para tal, esse direito tem uma fundamental importância para essa população, já que liga o preso à justiça, possibilitando que estes se tornem sujeitos de direitos e não só um figura que configura o processo (CARDOSO, 2009).

A todo modo, a assistência judiciária é voltada aos presos que não possuem recursos financeiros para custear advogado, assim, é dever do Estado possuir de forma gratuita o serviço jurídico através da Defensoria Pública, serviço este prestado dentro e fora (AGNOLIN, 2019).

Nessa seara, a garantia da assistência jurídica é de suma importância para as presas. Deste modo, Póvoa (2019) aponta que muitas das mulheres que estão em custódia do Estado não conhecem este direito, especialmente nas atribuições processuais como a progressão da pena e livramento condicional.

Além do desconhecimento desse direito, PÓVOA (2019, p.29) sustenta:

Neste diapasão ainda, os órgãos de Defensoria Pública estão sobrecarregados, as demandas não param de crescer e não há um número razoável de profissionais para acompanharem os processos, e, indago, se efetivamente há essa preocupação em assegurar esse direito às mulheres que se encontram presas.

Diante dessa assistência, conclui-se que muitas mulheres não conhecem seus direitos políticos e se tornam apenas peças inertes do processo, no mais, além da falta de conhecimento, estas sofrem com a falta de suporte por parte do poder público.

Ao longo do capítulo destacamos alguns direitos que as presas possuem, mas vale abordar dois direitos, o direito material e o direito à saúde, que ao serem negligenciados pelo Estado corroboram para a proliferação da AIDS/IT 'S nos presídios feminino.

Assim, a assistência material está prevista no artigo 13 da LEP, na qual, consiste no fornecimento de vestuário, alimentação e celas higiênicas. Nessa seara, Ribeiro e Oliveira (2021) expõe que esta assistência ela vem resguardar o preso do direito de conterem instalações dignas com o racionamento de água, alimentação e roupas, no entanto, essa faculdade compete ao Estado que tem o dever de prestar tal assistência.

Para tanto, Póvoa (2019) aduz que, o ambiente que as mulheres em situação de cárcere se encontram são condições desumanas e degradantes, sem que haja o cuidado de observar os seus aspectos intrínsecos.

Nesse aspecto, as celas superlotadas trazem grandes problemas, uma situação desumana e com crueldade, que vai de contra a dignidade dessas pessoas, já que eles vivem em um ambiente de calamidade, na qual dificilmente um detento sai ileso dessas consequências por não terem acesso a uma vida sadia. Assim, não é possível que uma cela lotada venha cumprir com a salubridade do ambiente, a falta de higiene é pressuposto para que haja proliferação de doenças (KALLAS, 2019).

Além da situação de insalubridade, outro ponto a ser observado é a falta de itens básicos de higiene que não são fornecidos e quando são, este não vem a suprir as necessidades das mulheres. Nesse sentido, Nana Queiroz (2015) em seu livro, Presos que menstruam, apresenta que cada mulher vem a receber por mês dois papéis higiênicos e um pacote com oito absorventes, dessa forma, uma mulher que vem a ter um período menstrual longo tem que se virar com essa insuficiência. Nesse contexto, a autora denuncia essa realidade, expondo um dos pontos mais precários, a utilização de miolo de pão velho que as detentas amassam em formato de absorvente interno (O.B) e introduzem dentro da vagina para conter o fluxo menstrual.

Quando paramos para estudar e encarar essa realidade, percebemos que uma situação vem a puxar outra problemática, sendo assim um círculo vicioso, problemas entrelaçados entre si.

A falta de suporte por parte do Estado não fica estagnado apenas nesses pontos expostos acima, a falta de assistência à saúde é outro problema que assombra a vida dessas mulheres. Como já dito, o presídio foi e é uma instituição criada no viés para assistir o homem, quando paramos para discutir necessidades de forma geral vemos que essas necessidades são pontos controversos entre homens e mulheres. A saúde da mulher é um ponto diverso da realidade da figura masculina. A mulher necessita de uma assistência à saúde que encare questões mais específicas.

A assistência à saúde está resguardada no artigo 14 da LEP, para isso, a assistência médica no período em que o preso está sob a custódia do Estado é direito do cidadão, que por cumprimento da pena tem os seus direitos políticos suspensos, mas os demais direitos ainda são mantidos. Assim, os presídios devem equiparar seus estabelecimentos para que haja o atendimento médico, como também, resguardar que os presos possam realizar exames que não abrangem as especialidades existentes no respectivo presídio (OLIVEIRA e RIBEIRO, 2021).

Vale destacar também a falta de serviços médicos e repasse de recursos para que haja a compra de utensílios básicos e medicamentos para a manutenção da

assistência médica dentro dos presídios femininos. Póvoa (2019) ressalta que, com a falta de recursos o sistema carcerário não consegue manter os médicos e com essa falta de profissionais, os atendimentos devem ser realizados fora dos complexos, e por muitas vezes esse atendimento nas adjacências não ocorre, pois além da falta de médicos há a falta de policiais, sendo assim, mais um recurso escasso para encarecer esse apoio à saúde.

Outro ponto a ser observado e exposto por Oliveira e Ribeiro (2021) é o fato que a existência de postos de saúde são exclusividades de presídios maiores, mas nas prisões menores (interioranas), onde não tem muitas celas e muitas vezes as celas são improvisadas, os atendimentos médicos são escassos, na qual, ocorre apenas consultas periódicas.

Pensando bem, a realidade vivida por essas mulheres no cárcere é diferente dos dispositivos que tentam assegurar esses direitos. A falta de assistências básicas são pontos-chaves para apontar os problemas existentes nos presídios femininos. No que, no que se refere à assistência material e de saúde, observa-se que a inobservância desses dois direitos contribuem para que haja a proliferação de doenças dentro dos presídios, principalmente na realidade da saúde das mulheres presas, como a proliferação de doenças sexualmente transmissíveis, as mulheres ficam mais vulneráveis e expostas a essas doenças, devido à sua patologia, assim como, a falta de profissionais destinados a questões mais específicas à saúde da mulher, necessariamente o médico ginecologista, especialidade inerente a essa camada, sendo importante apontar a relação do cárcere com a proliferação das ITS e AIDS.

6. A RELAÇÃO DAS IST'S E DST'S E O CÁRCERE

As mulheres em situação de cárcere são jovens e são pertencentes a um contexto de fragilidade, na qual apresentam um contexto de saúde deficiente, uso de drogas e promiscuidade (Xavier, Silva, Torres, Almeida & Santos, 2017). Nesse mesmo contexto, Silva et al (2018) expõe que a situação dessas mulheres em situação de privação de liberdade vem agravar, já que o ambiente prisional há um histórico de violência e de abuso sexual. No mais, existe uma dificuldade de acesso ao preservativo, como também existe o compartilhamento de objetos perfurocortantes, assim como também, a violência familiar e o uso de drogas.

Como apresentado por Leocadio et al (2020), muitas dessas mulheres possuem pouco ou nenhum conhecimento sobre os fatores de transmissão dessas infecções ou até mesmo não têm acesso a redes de saúde e meios de prevenção, aumentando assim a ocorrência de Infecções Sexualmente Transmissíveis (IST's). Em suma, os presos ficam suscetíveis a essas doenças por estarem em um contexto que vem a reunir várias situações de vulnerabilidade. Vejamos que as pessoas com privação de liberdade tem uma certa dificuldade em acessar as informações sobre as DST 's, assim sendo um vetor para a vulnerabilidade, já que vem acarretar o desconhecimento sobre os sintomas e o modo de contágio (Freitas et al, 2010).

Dessa forma, apesar de inúmeros estudos relacionados à saúde da mulher em situação de cárcere, é de suma importância a análise das doenças sexualmente transmissíveis no cenário privativo de liberdade. As mulheres de modo geral carecem e têm necessidades especiais. Desse modo, no que tange à saúde dessa população, elas se tornam mais vulneráveis à realidade que são inseridas. A fragilidade dessas mulheres diante a essas doenças está relacionada às suas vulnerabilidades, seja ela biológica, social, individual ou de gênero. Sustentando tal afirmativa, Freitas et al (2010, p. 89) expõe que:

No caso específico das mulheres, a vulnerabilidade feminina com relação à aids se caracteriza do ponto de vista biológico (a superfície da mucosa vaginal exposta ao sêmen é relativamente extensa e este tem uma concentração do vírus significativamente maior), do ponto de vista social (relacionada aos aspectos sociais, políticos e culturais, como o machismo e a pobreza) e também está relacionada ao acesso e à qualidade dos diversos tipos de serviços prestados na sociedade, como educação, saúde, habitação, programas de inserção no mercado de trabalho, assistência social e lazer, sendo esta denominada como vulnerabilidade programática.

Para tanto, Benedetti MSG et al (2020) em seu estudo desenhado com intuito observar a soroprevalência de infecções por HIV entre mulheres privadas de liberdade em Roraima, em 2017, abordou os fatores associados à infecção desta doença. Nessa seara, participaram da pesquisa 176 mulheres, de todo modo, a idade delas variaram de 18 a 60 anos, sendo metade destas solteiras, 37,5% estudaram até o ensino fundamental e 44,6% eram evangélicas. Minoria destas se autodeclarou transgênero. Foi observado também que, a maioria das participantes do estudo tinham baixa escolaridade, e nesse sentido, um terço das presas informaram desconhecer da aids, sendo esse desconhecimento pressuposto para a prevalência da infecção.

Outrossim, observou-se na pesquisa que o uso de drogas injetáveis tem correlação com as ISTs, na qual, sugere que o compartilhamento de seringas vem a ser um vetor de transmissão, tanto antes do cárcere quanto durante o encarceramento, já que a exposição a comportamentos de riscos costumam serem iniciados ainda extramuros. Além disso, algumas delas relataram ter sofrido abuso sexual na prisão, metade destas tiveram resultado positivo a infecção, da mesma maneira, a superlotação, exposição a violência física, deficiência de iluminação, restrição de acesso à justiça e a serviços médicos contribuem para essa situação de risco de infectabilidade de doenças sexualmente transmissíveis.

Assim, corroborando com tal estudo, Silva et al (2018), ao analisar a prevalência de sífilis em custodiadas no Centro de Reeducação Feminina de João Pessoa, destacou que das 56 mulheres, 16,1 % apresentaram soro positivo para a sífilis, sendo que, ao relacionar a prevalência da doença com as práticas sexuais, foi observado que o resultado foi menos entre as mulheres que não detêm uma vida sexual ativa, e as que usam camisinha com parceiros fixos para aquelas que fazem com parceiros eventuais. Assim, segundo a pesquisa, a prevalência da infecção foi maior com aquelas que detêm múltiplos parceiros e aquelas que fazem uso de drogas ilícitas.

Em consonância com isso, no estudo de Lôbo et al (2019), desenvolvido no Conjunto Penal de Jequié-BA, constituindo para a pesquisa 15 mulheres, que confirmam ter vida sexual ativa em visitas íntimas internas e externas. Contudo, a prevenção das doenças sexualmente transmissíveis nas mulheres encarceradas está relacionada às suas condutas sexuais. Já que, a prática sexual sem proteção tem a ver diretamente com as histórias de vida das mulheres e vem a prevalecer sobre a decisão em utilizar medidas protetivas para IST/AIDS, sendo que tais hábitos são determinados pela cultura, sendo as detentas vulneráveis em todas as dimensões.

Sustentando os pontos expostos nas pesquisas destacadas, Reis e Zucco (2019) a partir de seu estudo na penitenciária de Florianópolis, afirmam que os direitos das mulheres em situação de cárcere são violados e que há poucas ações desenvolvidas para elas, na qual, dependem de ONGs para a realização de atendimento médico e realizar exames. Sendo assim, o acesso à saúde sexual no contexto da prisão vem a ser restrito e muito distante da integridade da assistência à saúde. Tendo os dados da pesquisa mostrado uma precária condição que vivem as mulheres no que se trata a saúde sexual.

Todavia, a população privada constitui um grupo de alta vulnerabilidade a estas doenças, na qual, a elevada prevalência dessas infecções é explicada pela falta de conhecimento sobre o assunto, distorcidas as percepções e condições peculiares ao encarceramento, no que vem resultar o comportamento de risco. Sendo necessário a implantação de programas educativos para a prevenção, diagnóstico e tratamento das ISTs (Benedetti MSG, et al.2020).

Em resumo, a falta de garantias básicas de saúde e higiene sustenta o fato da população carcerária conter um alto índice de prevalência de proliferação de doenças sexualmente transmissíveis, assim como, a falta de conhecimento sobre o assunto vem a ser um grande aliado para tal realidade. Dessarte, ao passo que a Constituição Federal e a Lei de Execução Penal garantem de todo modo o direito à saúde nos espaços penitenciários e as Políticas Públicas também almejam a garantia desse auxílio diante as encarceradas, fazendo-se oportuno destacar a importância de programas e profissionais de saúde no combate a endemia das ISTS e AIDS nesse espaço.

7. A IMPORTÂNCIA DA INTERVENÇÃO DE PROGRAMAS E PROFISSIONAIS DE SAÚDE NO SISTEMA PRISIONAL PARA O COMBATE DA ENDEMIA DAS ISTS/AIDS

Ao analisar essa realidade que a população carcerária feminina é inserida, assim como, suas vulnerabilidades, observa-se que a assistência à saúde é precária, dessa forma as mulheres do cárcere são expostas a questões variadas de risco à saúde, havendo a necessidade de uma atenção voltada para essas peculiaridades, como uma atenção adequada para a prevenção e cuidados das ITS.

Dessa forma, a funcionalidade do Ordenamento Jurídico no que diz a respeito a efetivação do direito fundamental à saúde regido pela Constituição Federal tem como aliadas a Lei de Execução Penal (LEP) e Políticas Públicas que assegurem a aplicabilidade desse direito dentro dos estabelecimentos prisionais.

O Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (2019) ressalta que, o direito à saúde diante da população privada de liberdade está exposto/descrito na Constituição Federal (CF) de 1988, pela Lei 8.080 de 19 de setembro de 1990, que regula o Sistema Único de Saúde (SUS) e pela Lei 7.210/1984, Lei de Execução Penal. Através da Portaria Interministerial n.º 1.777, de 09 de setembro de 2003, o Plano Nacional de Saúde no Sistema Penitenciário foi criado, e tem como objetivo a

promoção da atenção integral à população carcerária, tanto para as mulheres como para os homens.

Segundo Araújo, Jonas e Pfrimer (2007), quando se trata de mulheres em situação de privação de liberdade há existência de programas que assegurem os direitos existentes a elas, como o Plano Nacional de Saúde no Sistema Penitenciário (PNSSP) que vai estabelecer uma das principais ações em relação às pessoas presas, a garantia de acesso a todos os níveis de atenção à saúde.

Conforme a Secretaria de Atenção à Saúde (2010), a importância da prevenção das IST nas penitenciárias é estabelecida no Plano Nacional de Saúde no Sistema Penitenciário (PNSSP), dessa forma enfatizando ações de diagnóstico, aconselhando e promovendo o tratamento dessas doenças sexualmente transmissíveis. Vindo a abordar a distribuição de preventivos, tanto para os homens quanto para as mulheres que estão em custódia do Estado e para os agentes penitenciários, tendo também a elaboração de material educativo instrucional, fornecimento de medicamentos específicos, bem como ações de diagnóstico e tratamento.

Em seu artigo Vitória Lage apresenta que, no ano 2011 foi criada a Cartilha da Mulher Presa que está sendo disponibilizado para visualização no site do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), a qual estabelece todos os direitos inerentes a mulher privativa de liberdade como o direito à assistência à saúde, que desse modo, respeitando as peculiaridades da condição feminina, como por exemplo, assistência pelo clínico geral, consulta com ginecologista, obstetra, psiquiatra ou psicólogo (LAGE,2020).

Sobre a Política Nacional de Atenção Integral à Saúde da Mulher, Vitória Lage (2020, p.11) discorre que:

Já no ano de 2004, foi posto em prática A Política Nacional em Atenção Integral à Saúde da Mulher (PNAISM), elaborada pelo Ministério da Justiça, fruto da Portaria Interministerial nº 1.777, de 9 de setembro de 2003, o qual estabeleceu o Plano Nacional de Saúde no Sistema Penitenciário.

Já no estudo de Chaves (2019), a Política Nacional de Atenção Integral à Saúde da Mulher (PNAISM) é voltada principalmente à saúde dessas mulheres que estão sob custódia do Estado. Dessa maneira, estima-se o atendimento de qualidade a todos os tipos de mulheres, respeitando sua condição de gênero, salientando sobre seus direitos sexuais, dentre outros.

O documento mais recente relacionado às doenças sexualmente transmissíveis nos espaços penitenciários é a Resolução Nº 2, de 29 de outubro de 2015, que foi publicado pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, que editou uma resolução que vem a recomendar que haja a prevenção da transmissão do HIV e de outras doenças transmissíveis que estão presente nos presídios (BRASIL, 2015).

Dessa forma, a resolução Nº 2 aborda que as ações de informação, educação, e até mesmo um olhar sensibilizado sobre essas infecções sexualmente transmissíveis, o conselho inclui a terapia contra essas doenças (HIV/AIDS), cuidados e os apoios devem ser iniciados rapidamente após a patologia ser diagnosticada, além que deve ser sem distinção ao tratamento que está disponível para as pessoas que vivem com a doença na sociedade, e que esteja em consonância com os protocolos do SUS. (BRASIL, 2015)

É de suma importância a intervenção de programas e profissionais de saúde para o combate das infecções de ISTs e aids nas penitenciárias femininas brasileiras. Para tanto, a ausência de legislação vem a desconsiderar as mulheres em situação de cárcere como pessoas capazes de serem provedoras de sua vida sexual e reprodutiva. Assim, para que haja tal reconhecimento, e estas mulheres se tornem detentoras de direitos e decidam sobre seus corpos deve haver uma intervenção do Estado. E para isso, é fundamental condições e oportunidades de educação de saúde, como também, atendimentos previstos pelas políticas públicas, para que haja acesso, integralidade e humanização da saúde pública (Reis e Zucco, 2019).

Assim, Feitosa et al (2020) afirma que a contaminação das doenças sexualmente transmissíveis não são oriundas apenas dos atos sexuais, mas da ausência de cuidados direcionados a saúde e a falta de orientação de profissionais de saúde. Por tanto, Xavier et al (2017) expõe que apesar da baixa escolaridade das mulheres, as que foram reeducadas percebem a gravidade das IST, mostrando assim, que as práticas de saúde estão de acordo com o que é proposto. Conclui-se então, a importância da realização das ações dos programas criados pelo governo em concordância da assistência e cuidados contra essas doenças.

Entretanto, na pesquisa realizada por Lobo et al (2019), o conhecimento adquirido pelas presidiárias diante a saúde sexual, das IST/AIDS, são oriundas dos meios de comunicação, assim como, da participação em atividades educacionais em tema de saúde realizadas por profissionais de saúde dentro das prisões. Verificando

assim, que a intervenção de profissionais de saúde são práticas importantes para frear a contaminação e tornar as mulheres menos vulneráveis a estas doenças, já que essa ação vem a promover conhecimento sobre o corpo e como controlar a sua saúde. De todo modo, as ações de enfermeiros na prevenção de agravos são importantes para retardar o processo de transmissão dessas doenças. Visto também, para que haja a humanização do cuidado dessas mulheres.

Por fim, a criação de políticas representa para o sistema presidiário um grande avanço, vindo a ser uma possibilidade de alteração na situação carcerária. A sua criação também vem a representar a efetivação de direitos no cenário prisional, assim como, vem a ser um pressuposto para o desenvolvimento do nosso país (PRATES, 2016).

8. CONCLUSÃO

Diante de tudo que foi exposto, o trabalho teve como objetivo analisar a relação das doenças sexualmente transmissíveis e o cárcere feminino, sob a análise da realidade que essas mulheres são impostas e suas vulnerabilidades, assim como, os direitos que são assegurados, tais como: assistência à educação, jurídica, saúde e material.

O primeiro passo do trabalho foi analisar o contexto dessas mulheres na inserção do crime, trazendo uma análise sobre os perfis traçados a essas mulheres. Observando traços definidos a partir da contextualização do dever ser da mulher perante a sociedade, traços estes desconfigurados ao longo do tempo, percebendo-se então que a conduta criminosa da mulher não configura um perfil individual do ser, mas sim uma questão coletiva e social. Já que, o crescimento do encarceramento feminino denota-se de uma questão social, causado pelo meio que essas mulheres são inseridas na sociedade. Constando que a maioria das mulheres que entram no crime são negras, jovens e com pouca escolaridade.

Posteriormente, foi analisado o sistema jurídico e o dever ser dessas mulheres, expondo assim, que as mulheres têm direitos garantidos, mas que há uma inobservância Estado com essa população. Ressaltando que a irregularidade em prestar assistência a saúde e material é uma vertente para que haja proliferação de doenças sexualmente transmissíveis, já que a falta de utensílios básicos de manutenção de higiene, a insalubridade dentre outros se tornam aliados dessas doenças. Por tanto, além da falta de manutenção, as mulheres como dito se tornam



mais vulneráveis pelas suas questões biológicas. Além desses fatores, as penitenciárias sofrem com a precariedade de tratamento adequado à saúde, as questões médicas são esquecidas e os diagnósticos tardio.

Dessa forma, levou-se em consideração a importância dos profissionais de saúde na intervenção de políticas públicas e para o funcionamento do ordenamento jurídico, pois a funcionalidade desses profissionais dentro desses estabelecimentos é resguardar as presas e incentivar no autocuidado, no conhecimento, no diagnóstico dessas doenças. Como também, auxiliar e aconselhar na prevenção das Dst's.

Diante das situações expostas, pode-se afirmar que a efetivação de políticas públicas e o dever de assistir do estado, assim como, a interação de profissionais da área de saúde no âmbito carcerário são de suma importância para inibir e desacelerar a contaminação dessas doenças. Visto que, a insalubridade, a falta de suporte de higiene e saúde são vias que possibilitam que estas infecções estejam presentes no cotidiano das presas.

Por fim, este estudo é apenas o início de muitos outros e não tem a pretensão de esgotar o tema em poucas linhas. Existem brechas ainda em relação a assistência prestada pelo Estado e as necessidades dessas presidiárias, mas o maior déficit ainda está na não percepção de que as mulheres necessitam de um tratamento específico e adequado, na qual se difere do tratamento dado aos homens, pois em resumo os presídios foram pensados ao longo do tempo nos homens, mas os tratamentos entre esses dois polos (homem e mulher) são divergentes.



REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei n.º 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. **Diário Oficial [da República Federativa do Brasil]**, Brasília, DF, 13 de Julho de 1984. P. 10227.

BRASIL. Ministério da Justiça. Resolução n.º 02, de 29 de outubro de 2015. Recomendações para prevenir a transmissão do HIV e outras doenças transmissíveis que estão em presídios. **Diário Oficial [da República Federativa do Brasil]**, Brasília, DF, Seção 1, p. 26-27.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de ações programáticas estratégicas. **Plano Nacional de Saúde no Sistema Penitenciário** - 3ª ed. Brasília: Ministério da Saúde, 2010, 68 p.

BRASIL. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN Mulheres**. 2ª. Edição. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública/Departamento Penitenciário Nacional, 2017, 79 p.

AGNOLIN, Fernanda M. M. **A assistência religiosa no cárcere: Uma análise da (in)efetivação da liberdade religiosa e suas implicações com os apenados do regime fechado, no presídio estadual de Palmeiras das Missões - RS**. 2019. 144 p. Dissertação (Mestrado) - Universidade de Cruz Alta, Cruz Alta - RS, 2019.

ANDRADE, Bruna. **Entre as leis da ciência, do estado e de Deus: O surgimento dos presídios femininos no Brasil**. 2011. 317 p. Dissertação (Pós-Graduação em Antropologia Social) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

ARAÚJO, R. C.; JONAS, E. e PFRIMER, I. A. H. **Mulheres reclusas e vulnerabilidade ao vírus HIV/aids**. Estudos [Internet], v.34, n.11, p.1021-40.2007. Disponível em: <<http://seer.pucgoias.edu.br/index.php/estudos/article/view/253/198>>. Acesso em: 18 out. 2022

CARDOSO, M. C. V. **As assistências previstas na Lei de Execução Penal: uma tentativa de inclusão social do apenado**. SER Social, [S. l.], v. 11, n. 24, p. 106–128, 2010. DOI: 10.26512/ser_social.v11i24.12746. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/SER_Social/article/view/12746>. Acesso em: 17 nov. 2022.

CHAVES, Pedro Henrique de Oliveira Araujo Chaves. **LEI DE EXECUÇÃO PENAL: (in) aplicabilidade como um direito de sentenciado ao devido processo legal**, 2019. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) - Universidade UniEvangélica, Anápolis, 2019.

FARIA, Thaís Dumê. **A mulher e a criminologia: relações e paralelos entre a história da criminologia e a história da mulher no Brasil**. XIX Encontro Nacional do CONPEDI. Fortaleza/CE. 2010.

FOLTRAN, P. J.; LEVYSKI, L. W. S.; FREITAS, C. dos S. **As ações de DST/HIV/Aids no Sistema Penitenciário do Distrito Federal: os desafios da atuação profissional do assistente social frente aos ditames da segurança pública**. SER Social, [S. l.], v. 11, n. 24, p. 82–105, 2010. DOI: 10.26512/ser_social.v11i24.12745. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/SER_Social/article/view/12745>. Acesso em: 16 out. 2022.

KALLAS, Matheus. **A falência do sistema prisional brasileiro: Um olhar sobre o encarceramento feminino, Direito em movimento**. Rio de Janeiro - RJ, v. 17, ed. 1, p. 62-89, 1º sem. 2019. Disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistadireitoemovimento_online/edicoes/volume18_numero1/volume18_numero1.htm>. Acesso em: 17 out. 2022.

LAGE, Vitoria Christina Campos Lage. **O direito fundamental à saúde da mulher privada de liberdade em tempos de COVID-19**. Revista de Direito da Unigranrio, Rio de Janeiro, v. 10, n. 1 (2020), p.1-19, 2020. Disponível em: <<http://publicacoes.unigranrio.edu.br/index.php/rdugr/article/view/6322/3167>>. Acesso em: 21 set. 2022.

LEOCÁDIO, A. F.; ASSIS, D. A. de; GUIMARÃES, T. M. M. **Infecções Sexualmente Transmissíveis: vulnerabilidade das mulheres privadas de liberdade**. Research, Society and Development, [S. l.], v. 9, n. 10, p. e7609109021, 2020. DOI: 10.33448/rsd-v9i10.9021. Disponível em: <<https://rsdjournal.org/index.php/rsd/article/view/9021>>. Acesso em: 15 out. 2022.

LÔBO, Márcio et al. **Ações de prevenção e enfrentamento das IST/AIDS vivenciadas por mulheres encarceradas**. Revista Enfermagem UERJ, Rio de Janeiro - RJ, 28 mar. 2019.

LOMBROSO, Cesare and FERRERO, Guglielmo. **Criminal Woman, the Prostitute, and the Normal Woman**. Translated by Nicole Hahn Rafter and Mary Gibson. Durham: Duke University, 2004.

OLIVEIRA, T. B.; RIBEIRO, J. R. F. **A assistência ao preso durante a execução da pena e sua influência na reinserção social do apenado**. Revista Vertentes do Direito, [S. l.], v. 8, n. 2, p. 367–387, 2021. DOI: 10.20873/uft.2359-0106.2021.v8n2.p367-387. Disponível em: <<https://sistemas.uft.edu.br/periodicos/index.php/direito/article/view/11633>>. Acesso em: 17 out. 2022.



PANTOJA FERREIRA, J.; DA SILVA, R. **A educação pela ótica da mulher privada de liberdade no estado do Amapá**. Revista Brasileira de Execução Penal - RBEP, [S. l.], v. 2, n. 2, 2021. DOI: 10.1234/rbep.v2i2.149. Disponível em: <<https://rbepdepen.depen.gov.br/index.php/RBEP/article/view/149>>. Acesso em: 17 nov. 2022.

PÓVOA, Lúria. **A mulher e o sistema prisional**. 2019. 49 p. Trabalho de Conclusão de Curso (Superior, Direito) - Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia - MG, 2019.

QUEIROZ, Nana. **Presos que menstruam**. 1. ed. Rio de Janeiro - RJ: Record, 2015. 168 p. ISBN 978-85-01-10539-4.

REIS, C.; ZUCCO, L. **Saúde sexual e saúde reprodutiva no cárcere**. Fronteiras: Revista Catarinense de História, n. 33, p. 66-86, 23 maio 2019.

RODRIGUES, Maria Lucia. **Mulheres Presas**: Herdeiras da (Des) Política Brasileira. Núcleo de Estudos e Pesquisas Sobre Ensino e Questões Metodológicas (Nemess), 2012, São Paulo.

SILVA, P. A. S. et al. **Sífilis em mulheres egressas do sistema prisional**: prevalência e fatores associados. Rev Rene, Fortaleza, v. 19, e3321, 2018.

SIQUEIRA, Dirceu; Andrecioli, Sabrina. XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO, 2019, Goiânia. **Mulheres em Situação de Cárcere**: A Importância da Aplicação de um Paradigma Feminista.

SOLDATELLI, b. D.; Weding, j. C. **Direitos humanos no encarceramento feminino: um enfoque para o acesso à saúde como garantia da dignidade humana**. 2018. Disponível em: <<https://7seminario.furg.br/images/arquivo/240.pdf>>. Acesso em: 6 dez. 2021.

VIEIRA, Glaucia A. **Assistência Religiosa na penitenciária feminina Talavera Bruce – RJ**. V Simpósio Gênero e Políticas Públicas, 2018, Londrina.

Xavier, L. D. D. A., Silva, C. F. D., Torres, E. F., Almeida, S. M. O., & Santos, R. B. D. (2017). **Câncer de colo uterino e infecção sexualmente transmissível**: percepção das mulheres privadas de liberdade. Rev. enferm. UFPE online, 2743-2750.



(IM) POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO INDULTO COLETIVO REFERENTE AO
DECRETO Nº 11.846, DE 22 DE DEZEMBRO DE 2023 À PRESTAÇÃO
PECUNIÁRIA DE ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

(IM) POSSIBILITY OF APPLICATION OF COLLECTIVE INDULT REFERENCE TO
DECREE Nº 11.846, OF 22 DEZEMBRO DE 2023 À PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA DE
ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

Matheus Silva Bastos¹

Resumo: O indulto e a comutação de pena são institutos previstos na Constituição Federal, que conferem ao Presidente da República o poder de extinguir a punibilidade de determinadas infrações penais ou de conferir um ajuste da execução penal de modo a favorecer o sentenciado, sob os auspícios da clemência do Chefe do Executivo. O Acordo de Não Persecução Penal pertence ao microsistema de justiça negociada e à luz de uma política de descarcerização, permite que preenchidos alguns requisitos e condições se extinga a punibilidade da suposta infração penal cometida sem que haja imposição de pena privativa de liberdade. O Decreto Federal 11.846/2023 prevê indulto coletivo para multas, ainda que não quitadas, tenham quantum inferior ao valor mínimo para o ajuizamento de execuções fiscais de débitos com a Fazenda Nacional. Discute-se se tal medida poderia ser aplicada à prestação pecuniária aplicada como condição de Acordo de Não Persecução Penal.

Palavras-Chave: indulto; comutação; Acordo de Não Persecução Penal; multa.

Abstract: The pardon and commutation of the sentence are institutes foreseen in the Federal Constitution, which confer on the President of the Republic the power to extinguish the punishment of certain penal infractions or to confer an adjustment of penal execution in order to favor the sentence, under the auspices of the clemency of the Executive Chef. The Agreement of No Criminal Prosecution pertaining to the microsystem of negotiated justice and in light of a policy of decarceration, allows that certain requirements and conditions are excluded from the punishment of the alleged criminal infraction without the imposition of a penalty of deprivation of liberty de. Federal Decree 11.846/2023 provides for collective forgiveness for fines, unless they are cleared, with a quantum lower than the minimum value for assistance in tax enforcement of debts with the National Law. Discusses whether such a remedy should be applied to the pecuniary provision applied as a condition of the No Criminal Prosecution Agreement.

Keywords: pardon; communication; Agreement of No Criminal Prosecution; fine.

1. INTRODUÇÃO

O indulto e a comutação de pena são institutos previstos na Constituição Federal, que conferem ao Presidente da República o poder de extinguir a punibilidade

¹ Formado em Direito pelas Faculdades Unificadas Doctum em Teófilo Otoni/MG em 2012. Defensor Público do Estado da Bahia há mais de cinco anos. Atua na 1ª Vara de Execuções Penais e Júri e na 2ª Vara Criminal Especializada em Violência Doméstica da Comarca de Teixeira de Freitas/BA.



de determinadas infrações penais ou de conferir um ajuste da execução penal de modo a favorecer o sentenciado, sob os auspícios da clemência do Chefe do Executivo.

No Brasil é praxe que todos os anos, o Presidente ao final do ano elabore decreto de indulto e comutação de pena, visando beneficiar alguns sentenciados, desde que preenchidos alguns requisitos previstos.

A medida visa proporcionar uma decarcerização em massa, dado o grave quadro de Estado de Coisas Inconstitucional do sistema prisional brasileiro, bem como promover uma política de ressocialização.

Na mesma senda, o Acordo de Não Persecução Penal tem por carro chefe uma política de justiça negociada, com esboço no princípio da efetividade.

Sob influência do direito norte-americano o Acordo de Não Persecução Penal teve primeira previsão normativa no Brasil com a Resolução 181 do Conselho Nacional do Ministério Público. Em seguida, dada a alteração doutrinária acerca do tema, foi definitivamente positivado com a Lei Federal 13.964/19.

O Código de Processo Penal passou a prever no art. 28-A, IV, que:

[...] não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente: é possível pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito.²

A seu turno, o Decreto de Indulto 11.846/2023 preconiza que

Art. 2º Concede-se o indulto coletivo às pessoas, nacionais e migrantes: X - condenadas a pena de multa, ainda que não quitada, independentemente da fase executória ou do juízo em que se encontre, aplicada isolada ou cumulativamente com pena privativa de liberdade, desde que não supere o valor mínimo para o ajuizamento de execuções fiscais de débitos com a Fazenda Nacional, estabelecido em ato do Ministro de Estado da Fazenda,

² BRASIL. DECRETO-LEI Nº 3.689, DE 3 DE OUTUBRO DE 1941. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em 16 de abril de 2024.

ou que não tenham capacidade econômica de quitá-la, ainda que supere o referido valor.³

A prática na Defensoria Pública, tem demonstrado que a maior parte dos Acordos de Não Persecução são travados estabelecendo-se uma prestação pecuniária na ordem de um salário-mínimo.

Lado outro, a Procuradoria da Fazenda Nacional, na PORTARIA MF Nº 75, DE 22 DE MARÇO DE 2012, fixou um patamar mínimo de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) para execuções fiscais. É que, o custo de se mover a máquina judiciária, a fim de se executar valores abaixo do mencionado pode se apresentar mais elevado do que o fim almejado.

Por conseguinte, o valor fixado a título de prestação pecuniária Acordos de Não Persecução Penal é inferior ao mínimo estipulado pela Fazenda Nacional para execução fiscal.

Ainda assim, não há como negar que a realidade socioeconômica do Brasil nos impele a reconhecer que a maior parte dos brasileiros não possui condições financeiras de arcar o valor de prestação pecuniária em um salário-mínimo, sem prejuízo da sua própria subsistência.

Portanto, entendemos que havendo a mesma razão de ser para que o Chefe do Executivo concedesse o indulto para multas inferiores a R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), o mesmo mote deve incidir quanto à prestação pecuniária arbitrada em Acordos de Não Persecução Penal.

2. INDULTO E COMUTAÇÃO DE PENA

O indulto e a comutação de pena são institutos previstos na Constituição Federal, que conferem ao Presidente da República o poder de extinguir a punibilidade de determinadas infrações penais ou de conferir um ajuste da execução penal de modo a favorecer o sentenciado, sob os auspícios da clemência do Chefe do Executivo.

O indulto tem previsão da Constituição da República, no artigo 84, XII: Compete privativamente ao Presidente da República: XII - conceder indulto e comutar penas, com audiência, se necessário, dos órgãos instituídos em lei (BRASIL).

³ BRASIL. DECRETO Nº 11.846, DE 22 DE DEZEMBRO DE 2023. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/decreto/d11846.htm>. Acesso em 16 de abril de 2024.

Sabedores de que o monopólio da aplicação da sanção penal pertence ao Poder Judiciário, o instituto do indulto é evidentemente um mecanismo de freios e contrapesos, permitindo-se ao Poder Executivo retirar os efeitos principais de uma pena aplicada. SOUZA observa que:

2. A graça, hoje, se insere como instrumento de freios e contrapesos, passando a ser usada como medida moderadora para contenção do Poder Judiciário, dentro do princípio dos controles recíprocos, como também medida de política criminal, individualizadora da pena. Muitos argumentam como desnecessária, face aos inúmeros institutos, como sursis, livramento condicional, revisão criminal e ainda a prisão-albergue. Entendemos, entretanto, que só com a pena indeterminada ou o alargamento das hipóteses de revisões criminais é que se poderá pensar no seu desuso. ou pelo menos, na sua menor utilidade. Nesta última hipótese o Poder Judiciário deveria oferecer celeridade e baixo custo para que os desprovidos de recursos possam delas utilizar.⁴

Ainda, consoante lição de ROIG cada um dos poderes do Estado tem uma relação com a pena, enquanto o Legislativo estabelece o tipo penal e o quanto de pena, à luz da teoria das margens, o Judiciário efetivamente declara direitos, enquanto o Executivo pode aplicar os institutos de clemência penal:

O indulto é instituto oriundo do poder absoluto de clemência (graça) do soberano (*clementia principis* ou *indulgentia principis*), poder este ao longo do tempo repartido entre os Poderes do Estado Moderno, competindo em regra ao Legislativo a anistia, ao Executivo o indulto e a graça, e ao Judiciário a declaração dos direitos em virtude do cumprimento dos trâmites e pressupostos estabelecidos.⁵

Enquanto a graça se trata de uma clemência destinada a um indivíduo, o indulto tem caráter coletivo. Assim leciona BITENCOURT:

A graça tem por objeto crimes comuns e dirige-se a um indivíduo determinado, condenado irrecorrivelmente.
O indulto coletivo, ou indulto propriamente dito, destina-se a um grupo indeterminado de condenados e é delimitado pela natureza do crime e quantidade da pena aplicada, além de outros requisitos que o diploma legal que o concede pode estabelecer. Alguns doutrinadores chamam de indulto parcial a comutação de penas, também previsto no texto constitucional, que não extingue a punibilidade, diminuindo tão somente a quantidade de pena a cumprir. Por sua vez, o próprio texto constitucional determina que são insuscetíveis de graça ou anistia a prática de tortura, tráfico ilícito de

⁴ SOUZA, Jarbas Fidelis de. Breves considerações sobre a graça, o indulto, e reduções de penas. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/181478/000403563.pdf?sequence=3&isAllowed=y>>. Acesso em 16 de abril de 2024.

⁵ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. Execução Penal: teoria crítica. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 493.

entorpecentes e drogas afins, terrorismo e os crimes definidos como hediondos.⁶

Assim, conforme observa ROIG o indulto é instituto exclusivo da execução penal, oriundo do poder absoluto de clemência (graça) do soberano, sendo uma opção política que tem por objetivo reduzir os danos causados pela experiência penal⁷.

3. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

As Regras de Tóquio enunciam uma série de princípios básicos que visam promover o uso de medidas não privativas de liberdade, assim como garantias mínimas para os indivíduos submetidos a medidas substitutivas ao aprisionamento.

Consoante item 2.4 das Regras de Tóquio: 2.4 O desenvolvimento de novas medidas não privativas de liberdade deve ser encorajado e monitorado criteriosamente e sua aplicação deve ser sistematicamente avaliada⁸.

Neste contexto, se insere a percepção de Justiça Negociada, que pode ser compreendida como sendo aqueles acordos travados entre acusação e defesa, em que as partes, em lugar da pena privativa de liberdade, buscam o consenso. Trata-se de política criminal inaugurada, com efeito, pela Lei 9.099/95. Neste sentido:

Até o advento da Lei dos Juizados Especiais Criminais, a única forma de aplicação do direito penal objetivo era através de uma jurisdição de conflito, que demanda a instauração de um processo contencioso, colocando de lado opostos acusação e defesa, cujo objetivo precípua é, em regra, a imposição de uma pena privativa de liberdade.

Com o surgimento da Lei dos Juizados Especiais Criminais, essa tradicional jurisdição de conflito cede espaço para uma jurisdição de consenso, na qual se busca um acordo entre as partes, a reparação voluntária dos danos sofridos pela vítima e a aplicação de pena não privativa de liberdade, procurando-se evitar, o quanto possível, a instauração de um processo penal. Princípios tradicionais da ultrapassada jurisdição conflitiva, como os da inderrogabilidade do processo e da pena (não há pena sem processo), da obrigatoriedade e da indisponibilidade da ação penal pública, são colocados em segundo plano, dando lugar a um novo paradigma processual penal, que põe em destaque a oportunidade, a disponibilidade, a discricionariedade regrada e a busca do consenso. Se, antes, só havia espaço para o conflito, com obrigatório e inevitável embate entre o Ministério Público (ou querelante) e o acusado e seu defensor, sem nenhum espaço para um possível acordo,

⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: Parte Geral. 13. ed. São Paulo: Editora Saraiva. 2008. P. 723.

⁷ Ibidem, p. 493.

⁸ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Regras de Tóquio: regras mínimas padrão das Nações Unidas para a elaboração de medidas não privativas de liberdade/ Conselho Nacional de Justiça; Coordenação: Luís Geraldo Sant'Ana Lanfredi - Brasília: CNJ, 2016. Disponível em <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/6ab7922434499259ffca0729122b2d38-2.pdf>>. Acesso em 16 de abril de 2024.

nasce com a Lei nº 9.099/95 uma nova jurisdição, que passa permitir a busca do consenso no âmbito processual penal.⁹

Após a grande mudança ideológica promovida pela lei dos juizados especiais criminais, em que se criaram dois institutos marcantes de justiça negociada: a transação penal e a suspensão condicional do processo, houve a previsão do acordo de colaboração premiada (Lei Federal 12.850/12) e finalmente o Acordo de Não Persecução Penal, o qual foi previsto inicialmente pela Resolução 181 do Conselho Nacional do Ministério Público.

Diante de grande alteração sobre a possibilidade de tal instituto ser regulamentado por ato normativo inferior a lei, aquele passou a ter resguardo jurídico sob o status de lei ordinária (Lei Federal 13.964/19).

Assim, hoje se pode falar em um microssistema de justiça negociada, que orbita em quatro institutos centrais: transação penal, acordo de não persecução penal, suspensão condicional do processo, acordo de delação premiada. LOPES JR observa:

Outrora inconstitucional a nosso juízo - pois previsto em uma resolução do CNMP (1) - o acordo de não persecução penal agora ingressa de forma regular no sistema processual penal, pela via legislativa adequada.

Trata-se de mais um instrumento de ampliação do espaço negocial, pela via do acordo entre MP e defesa, que pressupõe a confissão do acusado pela prática de crime sem violência ou grave ameaça, cuja pena mínima seja inferior a 4 anos (limite adequado à possibilidade de aplicação de pena não privativa de liberdade), que será reduzida de 1/3 a 2/3 em negociação direta entre acusador e defesa.

Se fôssemos pensar uma estrutura escalonada de negociação, levando em consideração seus requisitos e condições impostas, seria disposta na seguinte ordem:

- 1º transação penal
- 2º acordo de não persecução
- 3º suspensão condicional do processo
- 4º acordo de delação premiada¹⁰

Calha ressaltar que as principais finalidades do instituto em comento estão elencadas na própria Resolução 181 do Conselho Nacional do Ministério Público, conforme observa BRASILEIRO:

⁹ BRASILEIRO, Renato. Legislação Criminal Especial Comentada. 5. Ed. Salvador: Editora JusPodivm. 2017. p. 377.

¹⁰ LOPES JR. Aury Lopes. Direito Processual Penal. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2023. p. 205.

Vários são os fatores que justificaram a sua criação, originariamente pela Resolução n. 181 do CNMP, e, posteriormente, pelo Pacote Anticrime (Lei n. 13.964/19): a) exigência de soluções alternativas no processo penal que proporcionem celeridade na resolução dos casos menos graves; b) priorização dos recursos financeiros e humanos do Ministério Público e do Poder Judiciário para processamento e julgamento dos casos mais graves; c) minoração dos efeitos deletérios de uma sentença penal condenatória aos acusados em geral, que teriam mais uma chance de evitar uma condenação judicial, reduzindo os efeitos sociais prejudiciais da pena e desafogando os estabelecimentos prisionais.¹¹

Observa, ainda, BRASILEIRO que o Brasil adotou o sistema da Diversão com intervenção, ficando sujeito a diversas condições, elencadas no artigo 28-A, do Código de Processo Penal.

A diversão pode ser de 3 (três) espécies: 1) Diversão simples: a despeito da presença de indícios de autoria e/ou participação e prova da materialidade do delito, o processo é arquivado sem a imposição de quaisquer obrigações ao acusado, porquanto a persecução penal seria absolutamente inócua (v.g., prescrição virtual); 2) Diversão encoberta: dar-se-á a extinção da punibilidade se o autor do fato delituoso praticar determinados atos, que impossibilitam a deflagração da persecução penal, como, por exemplo, a composição dos danos civis (Lei n. 9.099/95, art. 74, parágrafo único); 3) Diversão com intervenção: o investigado/acusado fica sujeito ao cumprimento de certas condições. Se cumpridas de maneira regular, o procedimento investigatório será arquivado, ou o processo será extinto. É o que ocorre não apenas no caso do acordo de não-persecução penal, mas também nos casos de transação penal e suspensão condicional do processo.¹²

As medidas previstas no art. 28-A do CPP são em tudo semelhantes aquelas previstas no artigo 43 do Código Penal (penas restritivas de direito).

Código de Processo Penal

Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente: (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

I - reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

II - renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

III - prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução, na forma do art. 46 do

¹¹ BRASILEIRO, Renato. Manual de Processo Penal. 12. Ed. Salvador: Editora JusPodivm. 2023. p. 246.

¹² Ibidem. p. 246.

Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

IV - pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; ou (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

V - cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

Código Penal

Art. 43. As penas restritivas de direitos são: (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)

I - prestação pecuniária; (Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998)

II - perda de bens e valores; (Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998)

III - limitação de fim de semana. (Incluído pela Lei nº 7.209, de 1984)

IV - prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas; (Incluído pela Lei nº 9.714, de 25.11.1998)

V - interdição temporária de direitos; (Incluído pela Lei nº 9.714, de 25.11.1998)

VI - limitação de fim de semana. (Incluído pela Lei nº 9.714, de 25.11.1998)

Conclui-se, portanto, que o Acordo de Não Persecução Penal visa, ao fim e ao cabo, evitar que se imponha uma pena privativa de liberdade ao investigado, sem os entraves de um processo penal custoso, sob os auspícios da justiça negociada.

Não se pode negar que a medida imposta tem um caráter punitivo-pedagógico uma vez que implica em deveres a serem cumpridos pelo interessado, bastante semelhantes às penas restritivas de direitos.

4. PENA DE MULTA

Nos moldes na lição de PAVARINI e GIEMBARARDINO o mote principal da pena de multa é seu caráter retributivo, sob o aspecto econômico. De sorte que, apresenta um caráter essencialmente elitista, uma vez que em nenhum momento se leva em conta aspectos individuais.

A pena de multa, ou pecuniária, funciona segundo um princípio eminentemente retributivo, e não preventivo. Ela não guarda, afinal, nenhum conteúdo tratamental, mas sim uma forma de "compensação" pelo crime expressa em uma dimensão econômica. Por isso mesmo, trata-se de uma modalidade punitiva profundamente desigual e classista: afinal, os critérios de graduação da pena restam por se aproximar de uma aferição sobre a própria "capacidade retributiva" do autor, mesmo se em relação a fatos iguais e similares. Ademais, ela se afigura incompatível com o princípio de individualização da pena porque é fungível por definição, e sempre haverá a possibilidade de que terceiro pague pelo condenado¹³.

¹³ PAVARINI, Massimo; GIAMBERARDINO, André. Curso de Penologia e Execução Penal. Florianópolis Tirant lo Banch. 2018. p. 165-166.

Por esta razão, o Superior Tribunal de Justiça fixou a tese em sede de repetitivos que a hipossuficiência econômica não pode impedir a extinção da punibilidade diante do inadimplemento da pena de multa. Neste sentido:

RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. RITO DOS RECURSOS REPETITIVOS. EXECUÇÃO PENAL. REVISÃO DE TESE. TEMA 931. CUMPRIMENTO DA SANÇÃO CORPORAL. PENDÊNCIA DA PENA DE MULTA. CUMPRIMENTO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE OU DE RESTRITIVA DE DIREITOS SUBSTITUTIVA. INADIMPLEMENTO DA PENA DE MULTA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. COMPREENSÃO FIRMADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO JULGAMENTO DA ADI N. 3.150/DF. MANUTENÇÃO DO CARÁTER DE SANÇÃO CRIMINAL DA PENA DE MULTA. PRIMAZIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA EXECUÇÃO DA SANÇÃO PECUNIÁRIA. ALTERAÇÃO LEGISLATIVA DO ART. 51 DO CÓDIGO PENAL. DISTINGUISHING. IMPOSSIBILIDADE DE CUMPRIMENTO DA PENA PECUNIÁRIA PELOS CONDENADOS HIPOSSUFICIENTES. NOTORIEDADE DA EXISTÊNCIA DE UMA EXPRESSIVA MAIORIA DE EGRESSOS SEM MÍNIMOS RECURSOS FINANCEIROS. RESSOCIALIZAÇÃO DO PRESO. DIFICULDADES DE REALIZAÇÃO DO INTENTO CONSTITUCIONAL E LEGAL ANTE OS EFEITOS IMPEDITIVOS À CIDADANIA PLENA DO EGRESSO. EXCESSO DE EXECUÇÃO. PRESUNÇÃO RELATIVA DE VERACIDADE DA AUTODECLARAÇÃO DE POBREZA. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do Recurso Especial Representativo da Controvérsia n. 1.519.777/SP (Rel. Ministro Rogerio Schietti, 3ª S., DJe 10/9/2015), assentou a tese de que "nos casos em que haja condenação a pena privativa de liberdade e multa, cumprida a primeira (ou a restritiva de direitos que eventualmente a tenha substituído), o inadimplemento da sanção pecuniária não obsta o reconhecimento da extinção da punibilidade".

2. Ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.150 (Rel. Ministro Marco Aurélio, Rel. p/ Acórdão Ministro Roberto Barroso, Tribunal Pleno, DJe-170 divulg. 5/8/2019 public. 6/8/2019), o STF firmou o entendimento de que a alteração do art. 51 do Código Penal, promovida Lei n. 9.268/1996, não retirou o caráter de sanção criminal da pena de multa, de modo que a primazia para sua execução incumbe ao Ministério Público e o seu inadimplemento obsta a extinção da punibilidade do apenado. Tal compreensão foi posteriormente sintetizada em nova alteração do referido dispositivo legal, pela Lei n. 13.964/2019.

3. Em decorrência do entendimento firmado pelo STF, bem como em face da mais recente alteração legislativa sofrida pelo artigo 51 do Código Penal, o STJ, no julgamento dos Recursos Especiais Representativos da Controvérsia n. 1.785.383/SP e 1.785.861/SP (Rel.

Ministro Rogerio Schietti, 3ª S., DJe 21/9/2021), reviu a tese anteriormente aventada no Tema n. 931, para assentar que, "na hipótese de condenação concomitante a pena privativa de liberdade e multa, o inadimplemento da sanção pecuniária obsta o reconhecimento da extinção da punibilidade".

4. De toda sorte, é razoável inferir que referida decisão do STF se dirige àqueles condenados que possuam condições econômicas de adimplir a sanção pecuniária, geralmente relacionados a crimes de colarinho branco, de modo a impedir que o descumprimento da decisão judicial resulte em sensação de impunidade. Demonstra-o também a decisão do Pleno da Suprema Corte, ao julgar o Agravo Regimental na Progressão de Regime na Execução Penal n. 12/DF, a respeito da exigência de reparação do dano para obtenção do benefício da progressão de regime. Na ocasião, salientou-se que, "especialmente em matéria de crimes contra a Administração Pública -

como também nos crimes de colarinho branco em geral -, a parte verdadeiramente severa da pena, a ser executada com rigor, há de ser a de natureza pecuniária. Esta, sim, tem o poder de funcionar como real fator de prevenção, capaz de inibir a prática de crimes que envolvam apropriação de recursos públicos" (Rel. Ministro Roberto Barroso, Tribunal Pleno, DJe-052 divulg. 17/3/2015 public. 18/3/2015, grifei).

5. Segundo dados do INFOPEN, colhidos até junho de 2023, 39,93% dos presos no país estavam cumprindo pena pela prática de crimes contra o patrimônio; 28,29%, por tráfico de drogas, seguidos de 16,16% por crimes contra a pessoa, crimes que cominam pena privativa de liberdade concomitantemente com pena de multa.

6. Considere-se ainda o cenário do sistema carcerário, que expõe as vísceras das disparidades socioeconômicas arraigadas na sociedade brasileira, e que evidenciam o inegável caráter seletivo do sistema punitivo e a extrema dificuldade de reinserção social do egresso em geral, na sua desejada inclusão em alguma atividade profissional e na retomada de seus direitos políticos. A propósito, consoante apontado pelo relatório "O Preço da Liberdade: Fiança e Multa no Processo Penal", elaborado pela organização não governamental CONECTAS, "é possível notar como as penas-multa passam a representar outro ônus para aqueles que satisfizeram suas penas restritivas de liberdade ou restritivas de direitos. Assim, mesmo aqueles que cumpriram integralmente suas penas, ainda precisam enfrentar a desproporcionalidade e a crueldade do sistema, já que são obrigados a pagar multas que foram fixadas quando condenados. A depender do perfil do réu, essas multas acabam aprofundando ainda mais a desigualdade econômica e social existente na população apenada, uma vez que após a saída da prisão retornam com frequência para a situação anterior a sua prisão, agora sobreposta com o estigma de ex-preso."[...] "os egressos nestas condições ficam em uma espécie de limbo legal/social, pois essas pessoas já cumpriram suas penas de prisão, contudo estão impossibilitadas de exercer direitos básicos como: efetivo direito ao voto, inscrição em programas sociais, admissão ao serviço público por concurso etc. " 7. É oportuno lembrar que, entre outros efeitos secundários, a condenação criminal transitada em julgado retira direitos políticos do condenado, nos termos do art. 15, III, da Constituição da República de 1988. Como consequência, uma série de benefícios sociais - inclusive empréstimos e adesão a programas de inclusão e de complementação de renda - lhe serão negados enquanto pendente dívida pecuniária decorrente da condenação.

8. Ainda na seara dos malefícios oriundos do não reconhecimento da extinção da punibilidade, o art. 64, I, do Código Penal determina que, "para efeito de reincidência: [...] não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação", o que implica dizer que continuará o condenado a ostentar a condição de potencial reincidente enquanto inadimplida a sanção pecuniária.

9. Não se mostra, portanto, compatível com os objetivos e fundamentos do Estado Democrático de Direito - destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça" (Preâmbulo da Constituição da República) - que se perpetue uma situação que tem representado uma sobrepunição dos condenados notoriamente incapacitados de, já expiada a pena privativa de liberdade ou restritiva de direitos, solver uma dívida que, a despeito de legalmente imposta - com a incidência formal do Direito Penal - não se apresenta, no momento de sua execução, em conformidade com os objetivos da lei penal e da própria ideia de punição estatal.

10. A realidade do sistema prisional brasileiro esbarra também na dignidade da pessoa humana, incorporada pela Constituição Federal, em seu artigo 1º, inciso III, como fundamento da República. Ademais, o art. 3º, inciso III, também da Carta de 1988, propõe a erradicação da pobreza e da

marginalização, bem como a redução das desigualdades sociais e regionais, propósito com que claramente não se coaduna o tratamento dispensado à pena de multa e a conjuntura de prolongado "aprisionamento" que dela decorre.

11. Razoável asserir, ainda, que a barreira ao reconhecimento da extinção da punibilidade dos condenados pobres contradiz o princípio isonômico (art. 5º, caput, da Carta Política) segundo o qual desiguais devem ser tratados de forma desigual, bem como frustra fundamentalmente os fins a que se prestam a imposição e a execução das reprimendas penais, conforme a expressa e nítida dicção do art. 1º da Lei de Execução Penal: "Art. 1º A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado".

12. A benfeitoria eficiência do sistema de cobrança de multas por parte do Ministério Público - afinal de contas, se é tal órgão a tanto legitimado e se é o fiscal da legalidade da execução penal, deve mesmo envidar esforços para fazer cumprir as sanções criminais impostas aos condenados - pode, todavia, se revelar iníqua ao se ignorarem situações nas quais, por óbvio, não possui o encarcerado que acaba de cumprir sua pena privativa de liberdade as mínimas condições de pagar tal encargo, sem prejuízo de sua própria subsistência e de seus familiares.

13. É notória a situação de miserabilidade econômica da quase totalidade das pessoas encarceradas neste país, em que apenas uma ínfima parcela dos presos possuem algum recurso auferido durante a execução penal. Os Dados Estatísticos do Sistema Penitenciário 14º ciclo SISDEPEN - Período de referência: Janeiro a Junho de 2023, da Secretaria Nacional de Políticas Penais Diretoria de Inteligência Penitenciária indicam que, dos 644.305 presos no país, apenas 23 recebem mais do que 2 salários mínimos por trabalho remunerado no sistema penitenciário. Do restante, 26.377 recebem menos que $\frac{3}{4}$;

34.152 entre $\frac{3}{4}$ e 1; e 7.609 entre 1 e 2 salários mínimos. Não bastasse essa escassez de recursos, apenas 795 deste universo de mais de 644 mil presos possuem curso superior, o que sinaliza para uma maior dificuldade de reinserção no mercado de trabalho para a grande maioria dos demais egressos do sistema.

14. Tal realidade não aproveita, evidentemente, presos que já gozavam, antes da sentença condenatória, de uma situação econômico-financeira razoável ou mesmo cômoda, como, de resto, não aproveita os poucos, ou pouquíssimos, condenados financeiramente bem aquinhoados que cumprem pena neste país. Vale mencionar que, do total de 644.305 presos no país, somente 1.798 (menos de 0.5 % deles) cumprem pena pelos crimes de peculato, concussão, excesso de exação, corrupção passiva e corrupção ativa. Ainda que somemos a estes também os condenados por outros crimes de colarinho branco (lavagem de dinheiro, evasão de divisas, gestão fraudulenta etc), não se tem certamente mais do que 1% de todo o sistema penitenciário com pessoas condenadas por ilícitos penais com alguma chance de serem melhor situadas financeiramente.

15. A estes, sim, deve voltar-se todo o esforço do Ministério Público para executar as penas de multas devidas, e não aos que, notoriamente, após anos de prisão, voltam ao convívio social absolutamente carentes de recursos financeiros e sequer com uma mínima perspectiva de amealhar recursos para pagar a dívida com o Estado.

16. Não se trata de generalizado perdão da dívida de valor ou sua isenção, porquanto se o Ministério Público, a quem compete, especialmente, a fiscalização da execução penal, vislumbrar a possibilidade de que o condenado não se encontra nessa situação de miserabilidade que o isente do adimplemento da multa, poderá produzir prova em sentido contrário. É dizer, presume-se a pobreza do condenado que sai do sistema penitenciário - porque amparada na realidade visível, crua e escancarada - permitindo-se prova em sentido contrário. E, por se tratar de decisão judicial, poderá o juiz

competente, ao analisar o pleito de extinção da punibilidade, indeferi-lo se, mediante concreta motivação, indicar evidências de que o condenado possui recursos que lhe permitam, ao contrário do que declarou, pagar a multa.

17. A propósito, o Decreto Presidencial de indulto natalino, n. 11.846/2023, abrangeu pessoas "condenadas a pena de multa, ainda que não quitada, independentemente da fase executória ou do juízo em que se encontre, aplicada isolada ou cumulativamente com pena privativa de liberdade, desde que não supere o valor mínimo para o ajuizamento de execuções fiscais de débitos com a Fazenda Nacional, estabelecido em ato do Ministro de Estado da Fazenda, ou que não tenham capacidade econômica de quitá-la, ainda que supere o referido valor" (destaquei). Isso equivale a dizer que, para o Poder Executivo, é melhor perdoar a dívida pecuniária de quem já cumpriu a integralidade da pena privativa de liberdade e deseja - sem a obrigatoriedade de pagar uma pena de multa até um valor que o Estado costuma renunciar à cobrança de seus créditos fiscais - reconquistar um patamar civilizatório de que até então eram tolhidos em virtude do não pagamento da multa.

18. No caso em debate, A Corte de origem procedeu ao exame das condições socioeconômicas a que submetido o apenado, a fim de averiguar a possibilidade de incidência da tese firmada no Tema 931, o que levou o Tribunal a concluir pela vulnerabilidade econômica do recorrido. O Tribunal a quo, não obstante haver reconhecido a legitimidade da cobrança da pena de multa pelo Ministério Público, alicerçou sua compreensão na patente hipossuficiência do executado, conjuntura que não foi desconstituída pelo órgão ministerial.

19. A presunção de veracidade da declaração de hipossuficiência, a fim de permitir a concessão da gratuidade de justiça, possui amparo no art. 99, § 3º, do Código de Processo Civil, segundo o qual "presume-se verdadeira a alegação de insuficiência deduzida exclusivamente por pessoa natural", podendo ser elidida caso esteja demonstrada a capacidade econômica do reeducando.

20. Recurso especial não provido para preservar o acórdão impugnado e fixar a seguinte tese: O inadimplemento da pena de multa, após cumprida a pena privativa de liberdade ou restritiva de direitos, não obsta a extinção da punibilidade, ante a alegada hipossuficiência do condenado, salvo se diversamente entender o juiz competente, em decisão suficientemente motivada, que indique concretamente a possibilidade de pagamento da sanção pecuniária.

(REsp n. 2.090.454/SP, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Terceira Seção, julgado em 28/2/2024, DJe de 1/3/2024.)

Nesta senda, o Chefe do Executivo acolhendo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça entendeu por bem no Decreto de Indulto 11.846/2023, estender o indulto coletivo às penas de multa:

Art. 2º Concede-se o indulto coletivo às pessoas, nacionais e migrantes: X - condenadas a pena de multa, ainda que não quitada, independentemente da fase executória ou do juízo em que se encontre, aplicada isolada ou cumulativamente com pena privativa de liberdade, desde que não supere o valor mínimo para o ajuizamento de execuções fiscais de débitos com a Fazenda Nacional, estabelecido em ato do Ministro de Estado da Fazenda, ou que não tenham capacidade econômica de quitá-la, ainda que supere o referido valor.

Trata-se de medida que visa de um lado se evitar dispêndios não razoáveis do erário (que ultrapassa o quanto necessário para a própria execução da pena de multa),

mas também homenagear o princípio da individualização da pena, uma vez que dispensa atenção à situação socioeconômica do país.

5. ANALOGIA

A analogia pode ser resumida no brocardo latido *ubi eadem ratio, ibi eadem juris* dispositivo (onde há a mesma razão deve haver a mesma disposição de direito), quer dizer se não houver previsão normativa para determinado caso, é possível estender a incidência de uma norma para caso semelhante, se houver a mesma razão subjacente. Assim leciona REALE:

A analogia atende ao princípio de que o Direito é um sistema de fins. Pelo processo analógico, estendemos a um caso não previsto aquilo que o legislador previu para outro semelhante, em igualdade de razões. Se o sistema do Direito é um todo que obedece a certas finalidades fundamentais, é de se pressupor que, havendo identidade de razão jurídica, haja identidade de disposição nos casos análogos, segundo um antigo e sempre novo ensinamento: *ubi eadem ratio, ibi eadem juris dispositio* (onde há a mesma razão deve haver a mesma disposição de direito).

Quando recorremos, portanto, à analogia, estendendo a um caso semelhante a resposta dada a um caso particular previsto, estamos, na realidade, obedecendo à ordem lógica substancial ou à razão intrínseca do sistema.

Se um caso reúne, por exemplo, os elementos a, b, c, d, e surge um outro com esses elementos e mais o elemento f, é de se supor que, sendo idêntica a razão de direito, idêntica teria sido a norma jurídica na hipótese da previsibilidade do legislador.¹⁴

Neste mesmo sentido FARIAS e ROSENVALD:

Os métodos de integração estão contemplados na LICC, art. 48. que estabelece uma ordem preferencial e taxativa. Assim, são mecanismos de integração: a) a analogia; b) os costumes; c) os princípios gerais do direito.

A analogia é procedimento lógico de constatação, por comparação, das semelhanças entre diferentes casos concretos, chegando a juízo de valor. No processo de aplicação a uma hipótese não prevista em lei de disposição. Há duas espécies de analogia: a legal (analogia legis) e a jurídica (analogia juris). Como leciona, com clareza solar, FRANCISCO AMARAL, naquela (legal) "consiste em obter a norma adequada à disciplina do caso, a partir do dispositivo legal", enquanto nesta (jurídica) "infere-se a norma (a partir de) de todo o sistema jurídico, utilizando-se a doutrina, a jurisprudência e os princípios que disciplinam a matéria semelhante ou até os princípios gerais e direitos".³⁶ Equivale a dizer, na analogia legis parte-se de uma norma jurídica isolada para aplicá-la a casos idênticos, enquanto na analogia juris, partir de uma pluralidade de normas e, com base nelas, chega-se a um princípio não previsto expressamente na norma.

Já afirmou o STJ: "Pode a lide ser decidida aplicando-se a analogia, desde que haja lacuna na legislação. A analogia é semelhança e similitude, não implicando identidade, pois é semelhança que admite diferenças. Por isso que uma regra destinada a certos fatos aplica-se também a outros fatos não

¹⁴ REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. 24. Ed. São Paulo: Saraiva. 1999. p. 298.



iguais, mas que apresentam pontos comuns e justificam a mesma solução" (STJ, Ação Rescisória 259-0/DF, rel. Min. César Asfor Rocha, in RSTJ 58:17).¹⁵

No Direito Penal, a analogia in bonam partem é totalmente possível e recomendável, conforme observa BITENCOURT: "Permanece, contudo, a vedação absoluta do emprego da analogia, em razão do mesmo princípio da legalidade, salvo quando for para beneficiar a defesa"¹⁶.

Verifica-se, no sistema atual, que a execução da pena de multa e a execução da prestação pecuniária avençada no Acordo de Não Persecução Penal segue a mesma sistemática, uma vez que ambas tramitam no processo de execução. Em ambos os casos, cabe ao Ministério Público tomar as providências para que o interessado cumpra com seu dever.

Assim sendo, havendo a mesma lógica subjacente, qual seja substituir uma pena privativa de liberdade com uma prestação pecuniária, sob os auspícios de uma política criminal descarcerizadora, mas sem olvidar a retribuição do crime, há de se reconhecer que é possível por analogia se estender a possibilidade do indulto coletivo ao Acordo de Não Persecução Penal.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O indulto e a comutação de pena são institutos previstos na Constituição Federal, que conferem ao Presidente da República o poder de extinguir a punibilidade de determinadas infrações penais ou de conferir um ajuste da execução penal de modo a favorecer o sentenciado, sob os auspícios da clemência do Chefe do Executivo.

O Presidente da República no Decreto 11.846/23 reconheceu o direito ao indulto coletivo quando o valor da multa for inferior ao mínimo para execuções fiscais.

Tanto a execução da pena de multa, quanto à prestação pecuniária avençada no acordo de não persecução penal seguem o mesmo trâmite no processo de execução penal. Além disso, em ambas as hipóteses se verifica um caráter retributivo-pedagógico na medida aplicada.

¹⁵ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil: Parte Geral. 7.ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008. p. 58-59.

¹⁶ Ibidem. p. 159.



Assim, não há razão de ser para não se aplicar por analogia o artigo 2º, X, do Decreto 11.846/2023 às hipóteses de prestação pecuniária fixadas em Acordo de Não Persecução Penal.



REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: Parte Geral. 13. ed. São Paulo: Editora Saraiva. 2008.

BRASIL CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 16 de abril de 2024.

BRASIL. DECRETO Nº 11.846, DE 22 DE DEZEMBRO DE 2023. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/decreto/d11846.htm>. Acesso em 16 de abril de 2024.

BRASIL. DECRETO-LEI Nº 3.689, DE 3 DE OUTUBRO DE 1941. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em 16 de abril de 2024.

BRASIL. LEI Nº 13.964, DE 24 DE DEZEMBRO DE 2019. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13964.htm>. Acesso em 16 de abril de 2024.

BRASILEIRO, Renato. Legislação Criminal Especial Comentada. 5. Ed. Salvador: Editora JusPodivm. 2017.

BRASILEIRO, Renato. Manual de Processo Penal. 12. Ed. Salvador: Editora JusPodivm. 2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Regras de Tóquio: regras mínimas padrão das Nações Unidas para a elaboração de medidas não privativas de liberdade/ Conselho Nacional de Justiça; Coordenação: Luís Geraldo Sant'Ana Lanfredi - Brasília: CNJ, 2016. Disponível em <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/6ab79-22434499259ffca0729122b2d38-2.pdf>>. Acesso em 16 de abril de 2024.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil: Parte Geral. 7.ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

LOPES JR. Aury Lopes. Direito Processual Penal. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2023.

PAVARINI, Massimo; GIAMBERARDINO, André. Curso de Penologia e Execução Penal. Florianópolis Tirant lo Banch. 2018.

REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. 24. Ed. São Paulo: Saraiva. 1999.



ROIG, Rodrigo Duque Estrada. Execução Penal: teoria crítica. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

SHREIBER, Anderson. Manual de Direito Civil Contemporâneo. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

SOUZA, Jarbas Fidelis de. Breves considerações sobre a graça, o indulto, e reduções de penas. Disponível em <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/-id/181478/000403563.pdf?sequence=3&isAllowed=y>>. Acesso em 16 de abril de 2024.



OS PRINCÍPIOS REITORES DA PROVA NO SISTEMA ACUSATÓRIO

THE GUIDING PRINCIPLES OF EVIDENCE IN THE ACCUSATORY SYSTEM

Vivian Leite Santos¹

Resumo: O presente artigo tem por objetivo apresentar as principais características do sistema acusatório, apontando os princípios fundamentais que regem a produção da prova nesse tipo de sistema. Para isso, inicialmente serão expostas breves considerações acerca dos principais sistemas processuais penais, diferenciando o sistema acusatório do inquisitivo, e apontando que o principal elemento diferenciador, além da separação das funções de acusar e julgar, é a forma de gestão da prova e previsão de garantias fundamentais ao acusado. A partir dessa premissa, serão apresentados os princípios fundamentais reitores da produção probatória no âmbito do sistema acusatório. Por fim, constata-se que os princípios fundamentais do sistema acusatório foram adotados pela Constituição Federal em diversos dispositivos.

Palavras-Chave: sistemas processuais penais; inquisitivo; acusatório; prova penal; princípios; Constituição Federal.

Abstract: This article aims to present the main characteristics of the adversarial system, pointing out the fundamental principles that govern the production of evidence in this type of system. To this end, brief considerations will initially be made about the main criminal procedural systems, differentiating the accusatory system from the inquisitive system, and pointing out that the main differentiating element is the way in which evidence is managed. Based on this premise, the fundamental principles governing the production of evidence within the scope of the accusatory system will be presented. Finally, it appears that the fundamental principles of the adversarial system were adopted by the Federal Constitution in several provisions.

Keywords: criminal procedural systems; inquisitive; accusatory; criminal evidence; Principles; Federal Constitution.

1. INTRODUÇÃO

O processo penal pode ser considerado o elo que liga o julgador aos fatos discutidos no caso penal. Em razão da impossibilidade de o magistrado se reportar à cena do crime, nas exatas circunstâncias espaço-temporais, as partes precisam reconstruir os acontecimentos perante o juízo, o que se dá por meio das provas carreadas no bojo de um processo penal.

Assim, é possível afirmar que “o processo penal é um instrumento de retrospecção, de reconstrução aproximativa de um determinado fato histórico.” (LOPES JR., 2015, p. 351).

¹ Graduada em Direito pela Universidade Federal de Sergipe. Assessora jurídica no Ministério Público Federal em Sergipe. E-mail: vivi-an_vivi27@hotmail.com.

Por meio das provas, o juiz passa a ter um mínimo de aptidão para apreciar os fatos e julgá-los conforme o direito. Em suma, se o magistrado precisa decidir o caso concreto, mas não tem condições de reportar-se ao local e momento do evento criminoso, então resta às partes convencerem-no de suas respectivas versões.

Ponto crucial a se destacar é a forma como a produção probatória é gerida no processo penal, o que definirá o sistema processual em acusatório ou inquisitivo, a respeito dos quais se fará uma breve exposição a seguir.

No sistema inquisitivo o acusado não é visto como um sujeito de direitos, mas como um mero objeto de investigação, do qual pode ser extraída uma verdade pura. Uma vez que essa “verdade real” habita o interior do acusado, logo, percebe-se que a confissão, nesse sistema processual, é considerada a rainha das provas. Assim, todos os meios aptos a extraí-la eram tidos como válidos (a exemplo da tortura), não importando se acarretariam em lesão a dignidade e a integridade humana, já que se estava diante de um bem maior: o alcance de uma verdade absoluta (LOPES JR., 2015, p.381).

Portanto, a crença na possibilidade de alcance da verdade real, aliada a inexistência de garantias mínimas que coloquem o acusado no patamar de sujeito de direitos, se mostram como características de um sistema processual penal legitimador de práticas hediondas, das quais a tortura é o maior exemplo.

Além disso, no sistema inquisitivo as funções de acusar, colher provas e julgar estão concentradas em uma única pessoa: na figura do juiz-inquisidor. O problema é que aquele que, por si só, vai averiguar os fatos em busca das provas que formarão o seu convencimento geralmente não parte de um ponto neutro, mas de uma hipótese pré-formulada.

Isso significa que mentalmente - e até inconscientemente - o juiz opera a partir da prevalência de suas hipóteses sobre os fatos, de forma que primeiro formula essas hipóteses e depois busca provas no sentido de confirmá-las (LOPES JR., 2015, p. 356). Assim, conclui-se que um juiz detentor de iniciativa probatória normalmente tem sua imparcialidade corrompida.

Diferentemente, no sistema acusatório há a separação entre as funções de acusar e julgar, para que assim haja a garantia de que o acusado será julgado por um juízo imparcial. Dessa forma, a construção dos fatos (produção de provas) não cabe ao juiz, sendo de iniciativa exclusiva das partes, das quais o magistrado mantém distanciamento (RANGEL, 2016, pp. 50-51).

Com efeito, a doutrina aponta que o principal fundamento legal do sistema acusatório em nosso ordenamento jurídico é o art. 129, I, da Constituição Federal, que confere ao Ministério Público a titularidade da ação penal, de forma que há uma separação expressa e visível entre as figuras do acusador e do julgador.

Contudo, para além da separação das funções de investigar, acusar e julgar, o sistema acusatório é orientado pela premissa de que o réu é um sujeito detentor de direitos e garantias fundamentais, e não apenas um objeto de extração da verdade.

Além disso, destaque-se que no âmbito do sistema acusatório, há a premissa de que não existe uma verdade plena e objetivamente alcançável, mas uma verdade aproximada.

Consideradas essas premissas, passa-se a analisar os princípios relacionados às provas no processo penal que se revelam como núcleo fundamentador da adoção de um sistema acusatório em nosso ordenamento jurídico.

2. DOS PRINCÍPIOS PROCESSUAIS PENAIS PROBATÓRIOS RELACIONADOS AO SISTEMA ACUSATÓRIO

2.1 Princípio da verdade processual

O tema da verdade sempre foi um dos motores do pensamento filosófico, de forma que, desde a Antiguidade, muitos pensadores ²se debruçaram sobre a possibilidade de o homem conhecer ou não uma verdade absoluta ou ser possível alcançar essa verdade.

Luigi Ferrajoli (2010, pp. 52-53) entende que a crença no atingimento de uma verdade absoluta consiste numa “ingenuidade epistemológica”, e nesse sentido, frisa que nem mesmo as teorias científicas bem firmadas estão livres de serem falseadas. A verdade de uma teoria científica e, geralmente, de qualquer argumentação é meramente contingente e relativa ao estágio de conhecimentos e experiências disponíveis em questão, ou seja, é dizer que “as proposições são apenas plausivelmente verdadeiras pelo que sabemos sobre elas”.

Américo Bedê Freire Júnior (2015, p. 612), assevera que “a verdade real é um mito, algo praticamente inatingível. A verdade não existe em si, ontologicamente falando, pois é sempre resultado do olhar de alguém e da linguagem”.

² A título de exemplo, pode-se citar: Platão, que se debruçou sobre o tema da verdade em sua obra “A Caverna”; Aristóteles, em sua obra “Metafísica” e Immanuel Kant, em sua obra “A crítica da razão pura” e “A crítica da razão prática”.

Nessa perspectiva, é possível afirmar que a verdade no processo penal é aproximativa, fruto dos elementos probatórios que construíram o convencimento do juiz, e, portanto, uma verdade provável e cingida, no Brasil, às possibilidades e limites autorizados pela normativa que rege o devido processo penal.

Nas palavras de Paulo Rangel (2016, p.7):

Descobrir a verdade processual é colher elementos probatórios necessários e lícitos para se comprovar, com certeza (dentro dos autos), quem realmente enfrentou o comando normativo penal e a maneira pela qual o fez. A verdade é dentro dos autos e pode, muito bem, não corresponder à verdade do mundo dos homens. Até porque o conceito de verdade é relativo, porém, nos autos do processo, o juiz tem que ter o mínimo de dados necessários (meios de prova) para julgar admissível ou não a pretensão acusatória.

Nesse sentido, é possível afirmar que não existe um procedimento ou um método que garanta o alcance da verdade. O que se apresenta são procedimentos e regras que, uma vez respeitados, possibilitam que uma verdade possível seja construída com alguma racionalidade.

2.2 Princípio da imparcialidade do juiz

O Estado, em sua relação com os administrados/súditos, deve estar sempre orientado pela objetiva impessoalidade, longe dos favorecimentos pessoais.

No campo do Direito Administrativo, esse imperativo é denominado princípio da impessoalidade. No âmbito do poder jurisdicional é consubstanciado no princípio da imparcialidade do juiz (RANGEL, 2016, p. 20).

A prolação de uma decisão justa pressupõe a inexistência de favoritismos ou pré-juízos estabelecidos de forma voluntariosa, e, para isso, o magistrado precisa manter uma posição equidistante em relação às partes e alheio aos seus interesses.

A garantia da imparcialidade está intimamente ligada ao modelo de gestão de prova. O juiz isento é aquele que não tem participação na reconstrução dos fatos, e, portanto, deve ser desprovido de iniciativa probatória (LOPES JR., 2015, p.44).

Isso porque, conforme já foi mencionado, aquele que vai em busca das provas geralmente não parte de um ponto neutro, mas de uma hipótese prévia, que buscará ver confirmada. Os poderes instrutórios do juiz dão margem para que haja uma condução do processo de forma direcionada - ainda que inconscientemente - fazendo surgir a figura do juiz-ator, ou, em hipótese mais grave, do juiz-inquisidor.

Ademais, há que se destacar a diferença entre imparcialidade e neutralidade. O juiz absolutamente neutro é uma utopia, posto que todo ser humano carrega consigo uma bagagem de experiências, impressões, sentimentos e valores morais que, sem dúvida, influenciam a interpretação do meio circundante e a tomada de decisões.

Diferente, no entanto, é o juiz imparcial, que conforme já dito, é aquele que age e conduz o procedimento em posição de equidistância das partes e de forma desinteressada na causa, sem desejar favorecer acusação ou defesa, sendo esta uma exigência imperativa para um processo minimamente justo.

Aliás, não foi por outro motivo que, a fim de resguardar essa isenção, o Código de Processo Penal criou as exceções de impedimento e suspeição, as quais podem ser invocadas pelas partes a fim de afastar um julgador que seja presumidamente interessado na causa em decorrência, por exemplo, de relação de parentesco, amizade íntima ou inimizade com alguma das partes, ou quando haja algum interesse no objeto do feito.

No viés do exposto, a Constituição Federal, além de prever em seu artigo 5º, LIII, que o juiz processante ou sentenciante deve ser previamente competente (princípio do juiz natural), trouxe alguns meios assecuratórios da imparcialidade do julgador, de que são exemplos as garantias da vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídios³, previstas com escopo de blindar os magistrados de influências externas (a exemplo de influências políticas), garantindo sua independência funcional.

2.3 Princípio da presunção de inocência ou da não-culpabilidade

A presunção de inocência é expressamente consagrada pela nossa Constituição Federal de 1988 em seu art. 5º, LVII, onde se lê que “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”. Em decorrência desse princípio é que em nosso ordenamento jurídico a liberdade é a regra, e a prisão, exceção.

³ A Constituição Federal de 1988 dispõe em seu artigo 95 sobre as garantias dos magistrados: Art. 95. Os juízes gozam das seguintes garantias: Vitaliciedade, que no primeiro grau, só será adquirida após dois anos de exercício, dependendo a perda do cargo nesse período, de deliberação do tribunal a que o juiz estiver vinculado, e nos demais casos, de sentença judicial transitada em julgado; Inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, na forma do art. 93, VIII; Irredutibilidade de subsídio, ressalvado o disposto nos art. 37, X e XI, 39, §4º, 150, II, 153, III e 153, §2º, I.

Tal princípio também está inserido no art. 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, quando esta dispõe que “todo homem é considerado inocente, até o momento em que, reconhecido como culpado, se julgar indispensável a sua prisão: todo o rigor desnecessário, empregado para a efetuar, deve ser severamente reprimido pela lei.”

Em modelos nitidamente inquisitoriais vigia a seguinte lógica: se alguém foi apontado ou denunciado como autor de um crime é porque, de alguma forma, havia grandes chances de o sê-lo realmente. Com isso, já se criava uma presunção de culpabilidade envolta do acusado. Daí em diante, bastava uma frágil confirmação das imputações (fosse por meio de boatos, testemunho, confissão mediante tortura) para se chegar a um estado de certeza quanto à sua culpa.

Aliás, a mera imputação estabelecia uma presunção de culpa tão forte que para afastá-la, o acusado é quem deveria provar a sua inocência. Essa lógica inquisitorial, além de injusta, é irracional, pois despreza um postulado lógico básico: acaso o imputado fosse realmente inocente, como poderia ele, injustamente acusado, provar a existência de um fato negativo, ou seja, que não cometeu o ilícito?

Por outro lado, o sistema acusatório, marcado pelo compromisso com as garantias fundamentais do acusado, consagra o princípio da presunção de inocência, cuja lógica determina que o réu deve ser tratado como inocente, só podendo se concluir pela sua culpa depois de as imputações serem suficientemente comprovadas. Aliás, gozando do status de inocente, o réu não tem qualquer obrigação de provar sua condição e, conseqüentemente, a prova da materialidade e autoria de um crime cabe integralmente à acusação.

Como decorrência do ônus probatório da acusação, tem-se que não se pode exigir do réu uma postura colaborativa com a produção de provas que levem a sua incriminação. Assim, o princípio da presunção de inocência está intimamente ligado ao direito a não autoincriminação (ou direito de não produzir provas contra si mesmo).

Nesse ponto, é importante frisar que o direito a não autoincriminação não impede que o réu, por ato voluntário, produza prova contra si mesmo, mas tão somente impede que ele seja compelido ou forçado a tanto. Assim o é que o ordenamento jurídico pátrio reconhece a confissão do imputado como meio de prova juridicamente válido, desde que resultante de uma manifestação de vontade livre de coações.

Portanto, pode-se dizer que a não autoincriminação é um direito, mas não uma obrigação do imputado, o qual pode perfeitamente optar – de forma livre e consciente – por confessar seus crimes ou adotar uma postura colaborativa com os órgãos de persecução penal, seja em razão de um arrependimento genuíno ou como estratégia de defesa em busca de alguma atenuação de pena.

Ademais, cabe destacar as lições de Aury Lopes Júnior (2015, p.93), para quem a presunção de inocência implica um verdadeiro dever de tratamento a ser dispensado ao réu, que segundo o autor, se desdobra no plano interno e externo.

Na dimensão interna, o dever de tratamento é dirigido principalmente ao juiz, determinando que o ônus da prova seja integralmente da acusação, de forma que se restar alguma dúvida, a absolvição é medida que se impõe. Assim, em razão da presunção de inocência, o juiz deve pautar-se pela máxima do “in dubio pro reo” (LOPES JR., 2015, p. 93).

Já em sua dimensão externa, o dever de tratamento tem por finalidade proteger o réu ou acusado da espetacularização midiática e seu efeito estigmatizante (LOPES JR., 2015, pp. 93-94).

Essa espetacularização é bastante comum em situações de crimes violentos, quando os meios de comunicação em massa exploram exaustivamente notícias relacionadas ao caso, transmitindo informações sobre as investigações em andamento. Em alguns casos, a exploração exaustiva de notícias expondo a identidade de pessoas apontadas como suspeitas ou indiciadas acabam vulnerando o princípio da presunção de não-culpabilidade, na medida em que essas pessoas passam a ser identificadas como culpadas no imaginário popular.

Inclusive, a pressão da opinião pública e o amplo espectro de culpabilidade criado em torno dos suspeitos acabam influenciando a postura dos atores processuais (promotor, juiz), no sentido de conferir ao réu um tratamento mais próximo de um juízo de culpa do que efetivamente da presunção de inocência.

Portanto, pode-se dizer que a dimensão externa do dever de tratamento é dirigida especialmente aos meios de comunicação, que devem se pautar na ideia de mídia responsável, abstendo-se de super explorar notícias com viés de prejulgamento sobre os suspeitos/réus de um crime.

Ademais, também é imprescindível que os profissionais do Direito e, nesse caso, especialmente os delegados de polícia e os promotores, que normalmente

possuem mais contato com a mídia, evitem prestar declarações que induzam à ideia de pronta conclusão pela culpabilidade dos suspeitos ou réus.

2.4 Princípio do devido processo legal

A Constituição Federal, em seu art. 5º, LIV, dispõe expressamente que ninguém poderá ser privado de bens e direitos sem o devido processo legal. O devido processo legal, para Guilherme de Souza Nucci, (2016, p. 33) consiste na união de todos os princípios penais, tanto materiais quanto processuais, que seriam indicativos da regularidade de um processo criminal, dando-se destaque especial ao princípio da legalidade.

Pelo princípio da legalidade busca-se conferir o máximo de segurança e previsibilidade possível ao indivíduo, no sentido de que este só será eventualmente punido mediante o respeito às regras e procedimentos previstos na lei.

No viés do exposto, o devido processo legal consiste, portanto, na garantia basilar de que uma pessoa só será punida mediante a observância dos princípios e regras penais e processuais penais, de forma que “a tramitação regular e legal de um processo é a garantia dada ao cidadão de que seus direitos serão respeitados, não sendo admissível nenhuma restrição aos mesmos que não prevista em lei” (RANGEL, 2016, p.4).

Conforme já foi dito, o processo visa possibilitar uma reconstrução fática dos acontecimentos perante o juiz, o que é feito mediante a apresentação de provas. No entanto, essa reconstrução fática – e o atingimento de uma verdade processual - deve se dar em observância aos ditames da lei. Daí, portanto, é que se extrai a estreita ligação entre devido processo e verdade processual.

Todavia, conforme registra Paulo Rangel, a verdade processual não seria um princípio absoluto, pois a Constituição Federal ao prever que os juizados especiais criminais seriam competentes para transação penal nos casos de crimes de menor potencial ofensivo “demonstra claramente a intenção de se mitigar o princípio da verdade processual” (2016, p.9).

Assim, tem-se que para os crimes de baixíssima lesividade, a verdade processual é mitigada constitucionalmente. Foi a própria Constituição Federal, em seu art. 98, I, que permitiu a existência da transação penal, o que significa dizer que esta corresponde ao devido processo legal dos crimes de menor potencial ofensivo (RANGEL, 2016, p. 4).

Portanto, é possível afirmar que no caso de crimes de menor potencial ofensivo, o devido processo legal encontra-se desvinculado da verdade processual por uma opção constitucional nesse sentido. Já nos outros tipos de crime, notadamente aqueles em que há efetiva possibilidade de privação da liberdade, o respeito ao devido processo legal passa necessariamente pela reconstituição dos fatos em juízo e pela apreciação judicial das provas.

2.5 Princípio do livre convencimento motivado

O entendimento acerca do presente princípio perpassa pela análise dos sistemas de valoração de provas, que serão brevemente expostos a seguir.

Antes de tudo, porém, cumpre registrar que “o sistema de provas é o critério utilizado pelo juiz para valorar as provas dos autos, alcançando a verdade histórica do processo”. (RANGEL, 2016, p. 517).

Dessa forma, pode-se dizer que um sistema de valoração de provas é o conjunto de noções que determinam as balizas a serem observadas pelo magistrado quando da apreciação das provas, dispondo sobre o que pode ser levado em consideração na formação de seu convencimento.

No sistema da prova legal ou tarifada, como o próprio nome indica, cada tipo de prova já possui um valor previamente fixado por lei. Dessa forma, a atividade cognitiva do juiz e a formação de sua convicção devem ser guiadas de acordo com o “peso” ínsito a cada tipo de prova trazida no bojo do caso penal, sem possibilidade de haver alguma valoração das provas fora dos parâmetros já delineados em lei. (PACELLI, 2017, p.346)

Esse sistema tem por escopo evitar o decisionismo⁴ e os julgamentos arbitrários, no entanto, acaba desembocando no outro extremo: o engessamento da atividade apreciativa do juiz, pois este, uma vez vinculado às prescrições legais sobre valoração probatória, fica impossibilitado de atender às especificidades de cada caso concreto.

⁴ Ferrajoli, o principal formulador do conceito de decisionismo, compreende o fenômeno a partir das noções de juízo de valor e juízo de fato. Para o autor, a tomada de decisões no caso penal deve ser feita com base em juízos de fato, que seriam inserções verificáveis ou refutáveis, e portanto, sujeitas a controles objetivos e racionais. Por outro lado, os juízos de valor seriam inserções “não verificáveis nem refutáveis porque, por sua natureza, não são verdadeiros nem falsos; não baseados em procedimentos cognitivos, pelo menos tendencialmente (...)” e dessa forma, não poderiam ser objetivamente controláveis. (FERRAJOLI, 2010, p. 46). Assim, o decisionismo ocorre quando o julgador decide com base em juízos de valor, fazendo prevalecer seus subjetivismos no lugar da objetividade e racionalidade.

Em sentido diametralmente oposto, no sistema da íntima convicção o julgador tem total liberdade para apreciar as provas da forma que bem entender. Assim, nada impede que decida o caso concreto a partir de suas crenças religiosas, de seus princípios morais ou de suas experiências pessoais. Nesse modelo, o juiz é soberano em seu julgamento, uma vez que não conhece quaisquer limitações em sua liberdade de interpretação do caso penal, expressando que o poder é autolegitimado, e, portanto, não há que se falar em necessidade de fundamentação das decisões judiciais.

Nesse sentido, “o fundamento da sentença é a certeza moral do juiz. (...) É o seu sentimento íntimo, com base em qualquer prova ou experiência pessoal, expressos ou não no processo, não importando se há ou não provas nos autos”. (RANGEL, 2016, p. 518)

Por fim, buscando fugir dos inconvenientes dos dois sistemas já anteriores, situa-se o sistema da persuasão racional, cujo corolário é o princípio do livre convencimento motivado (PACELLI, 2017, p. 346). Aqui, o magistrado possui liberdade para formar sua convicção de acordo com as especificidades do caso concreto, porém, sempre dentro dos limites das provas carreadas aos autos.

Nesse sistema, em razão da liberdade na apreciação das provas, deve-se, como contraponto, demonstrar que a interpretação não foi discricionária ou emocional, mas imparcial, objetiva e em estrito acordo com a reconstituição fática trazida pelas partes (provas). Assim, é por meio do dever de motivação que se contrabalanceia a liberdade conferida, e ao demonstrar que a persuasão se deu de forma racional, é que se legitima o poder exarado na decisão judicial.

É possível vislumbrar a adoção do referido princípio no art. 93, IX da Constituição Federal, o qual possui o seguinte teor:

IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

2.6 Princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas

O princípio em comento parte do pressuposto de que toda a produção probatória deve se dar em consonância com o restante do ordenamento jurídico e em

respeito aos direitos fundamentais consagrados. A Constituição Federal, nesse sentido, prevê expressamente em seu art. 5º, LVI que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

A busca pela verdade possui um limite intrínseco consubstanciado nos direitos fundamentais da pessoa humana. Então, como regra, a obtenção das provas não pode se dar de forma violadora à dignidade do acusado, sob pena de serem inadmitidas e desentranhadas do processo. Assim, devem ser inadmitidas, por exemplo, confissões colhidas mediante coação física ou psicológica do investigado, bem como as obtidas mediante invasão indevida da privacidade do réu.

A respeito do tema, ponto importante é a diferenciação entre as provas ilícitas e as provas ilegítimas. Pelo entendimento da doutrina majoritária, as primeiras são aquelas que violam o direito material (a exemplo da prova produzida mediante tortura ou mediante violação indevida da vida privada), enquanto as segundas são aquelas que destoam do direito processual (a exemplo da prova trazida aos autos fora do prazo estabelecido). (LOPES JR., 2015, p. 402)

Nas lições da Aury Lopes Júnior (2015, p. 403), as provas ilícitas não são passíveis de repetição, pois sua mácula é exterior ao processo, e assim, devem ser desentranhadas dos autos e destruídas. Por outro lado, as provas ilegítimas devem ser passíveis de repetição, uma vez que o vício ocorre na dimensão processual.

Eugênio Pacelli (2017, p. 351) assevera que o princípio em comento, além de tutelar valores reconhecidos pela ordem jurídica, também possui uma função pedagógica, pois inibe a adoção de práticas probatórias ilegais.

Cabe registrar também algumas teorias relacionadas ao princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas, tais como a teoria dos frutos da árvore envenenada e a teoria da descoberta inevitável.

A “teoria dos frutos da árvore envenenada”, que tem origem norte-americana, prega que as provas derivadas de uma prova ilícita também ficam contaminadas com a ilicitude, e, portanto, devem ser inadmitidas. O intuito é evitar que haja a convalidação de provas obtidas ilicitamente. Se fossem permitidas e admitidas as novas provas que guardam relação de dependência com a prova ilícita de origem, restaria esvaziado todo o conteúdo do princípio em comento, pois bastaria que se observasse a forma prescrita em lei na produção das provas derivadas para trazer ao mundo jurídico um conteúdo material que originalmente foi alcançado de maneira ilícita (PACELLI, 2017, p. 368).

Tal princípio foi adotado expressamente no Código de Processo Penal brasileiro, que em seu art. 157, §1º dispõe que “são também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.”

A ressalva da parte final do supracitado artigo está relacionada à “teoria da descoberta inevitável”, segundo a qual “admite-se a prova, ainda que presente eventual relação de causalidade ou de dependência entre as provas (a ilícita e a descoberta), exatamente em razão de se tratar de meios de prova rotineiramente adotados em determinadas investigações” (PACELLI, 2017, p.369). Ou seja, ainda que tenha sido obtida a partir de uma fonte de ilicitude, trata-se de prova que pode ser admitida quando, de qualquer forma, pelo caminho natural da investigação, os órgãos de investigação chegariam a ela.

Cabe registrar que a vedação de provas ilícitas não é um princípio absoluto em nosso ordenamento, podendo ser mitigado quando contraposto ao princípio da ampla defesa. Isso significa que, quando uma prova ilícita for o único meio de provar a inocência do réu, esta deverá ser admitida. Surge então a doutrina da Teoria da Exclusão da Ilicitude, segundo a qual o réu que produz uma prova ilícita para comprovar sua inocência age em respeito ao direito e amparado pela justificante do estado de necessidade (RANGEL, 2016, p.489).

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme exposto ao longo do trabalho, a adoção do sistema acusatório é aferida (para além da titularidade da ação penal a cargo do Ministério Público) a partir de outras duas perspectivas: a gestão da prova a cargo das partes e a existência de um leque de garantias e direitos ao acusado.

A gestão das provas a cargo das partes pode ser visualizada a partir do devido processo legal (art. 5º, LIV), conduzido por juiz natural, competente e imparcial (art.5º, LIII c/c 95, I, II e III), equidistante das partes, não podendo o magistrado adotar protagonismo na produção probatória sob pena de quebra da imparcialidade.

Também em sede constitucional está a proibição de tortura (art. 5º, III), a presunção de inocência (art. 5º LVII), a proibição de provas ilícitas (art.5º, LVI) e o dever de fundamentação das decisões judiciais - ou princípio do convencimento



motivado (art. 93, IX), constituindo-se um rol de garantias fundamentais em favor do acusado.

Portanto, a partir da análise dos princípios processuais penais que regem as provas adotados no âmbito da Constituição Federal, foi possível vislumbrar que o nosso ordenamento jurídico adota o sistema acusatório.



REFERÊNCIAS

FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. 3.ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. Atuação do juiz no acordo de colaboração premiada e a garantia dos direitos fundamentais do acusado no processo penal brasileiro. Revista dos Tribunais. Vol. 969. Jul 2016. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RTrib_n.969.08.PDF> Acesso em: 17/03/2018.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. Reflexões sobre o Ato de Julgar na Justiça Penal. In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo. Garantismo Penal Integral: Questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2015. p.609-629.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê; DEZAN, Willy Potrich da Silva. Delação Premiada e os Direitos Fundamentais do Sujeito Passivo da Persecução Penal a Partir da Regulamentação constante na Lei 12.850/2013. Revista Eletrônica de Direito Processual. Rio de Janeiro, v. 18. n.1, Janeiro a Abril de 2017. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/27822/20273>>. Acesso em 19/03/2018.

JUNIOR, AURY LOPES. Direito processual penal. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Processo Penal e Execução Penal. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PACELLI, Eugênio. Curso de processo penal. 21.ed. São Paulo: Atlas, 2017.

RANGEL, Paulo. Direito processual penal. 24 ed. São Paulo: Atlas, 2016.



TEORIAS EXPLICATIVAS DA PESSOA JURÍDICA

EXPLANATORY THEORIES OF THE LEGAL ENTITY

Danilo Meira Barros¹

Resumo: O presente artigo visa analisar as teorias que fundamentam a existência da pessoa jurídica, entidade constituída por homens e bens, com direitos, obrigações e patrimônio próprios. As teorias que buscam justificar a existência das pessoas jurídicas podem elencadas entre as da ficção, a institucionalista e a da realidade, sendo que há maior aderência por parte da doutrina à esta última. Tais teorias têm uma importância para as relações jurídicas pois podem acarretar consequências no mundo jurídico a depender de qual se entende como a mais correta.

Palavras-Chave: pessoa jurídica, origem, teorias.

Abstract: This article aims to analyze the theories that underlie the existence of a legal entity, an entity made up of men and goods, with their own rights, obligations and assets. Theories that seek to justify the existence of legal entities can be listed among those of fiction, institutionalist and reality, with greater adherence on the part of the doctrine to the latter. Such theories are important for legal relationships as they can have consequences in the legal world depending on which one is considered the most correct.

Keywords: legal entity, origin, theories.

1. INTRODUÇÃO

A melhor compreensão sobre a pessoa jurídica perpassa pelo conhecimento de sua origem e sobre as teorias que fundamentam a sua personalidade jurídica.

As pessoas jurídicas necessitam de uma pessoa física (indivíduo humano) para poder colocar seus direitos e deveres que são capacidades atribuídas no momento da sua criação, respaldando-se na lei.

Para essa explicação surge algumas teorias, sendo certo que há aqueles que dizem que a pessoa jurídica não existe (teorias negativistas), já outros deixam assentado a existência da personalidade jurídica por meio de um grupo de indivíduos que formam uma unidade orgânica (teorias afirmativas).

2. PESSOA JURÍDICA

2.1. Origem

Como decorrência do fato associativo, os seres humanos, gregários por excelência, pedem por agrupamento, afinal, perceberam certa impossibilidade em

¹ Especialista em direito processual civil, advogado, danilomeira26@gmail.com.

realizar, por si só, variadas atividades e êxito em suas finalidades. Para tanto, a pessoa natural precisa se unir aos seus pares, formando-se um aglomerado com um objetivo comum.

Também parte desse pressuposto de surgimento das pessoas jurídicas Gustavo Tepedino, o qual destaca que:

Historicamente, entende-se que a pessoa jurídica se constitui da reunião de patrimônios, levada a cabo com vistas ao alcance de determinados objetivos da vida social, os quais as pessoas físicas, individualmente, não teriam condições de atingir. (TEPEDINO; BARBOZA, 2007, p. 109)

Por isso, assinala Caio Mário:

A complexidade da vida civil e a necessidade da conjugação de esforços de vários indivíduos para a consecução de objetivos comuns ou de interesse social, ao mesmo passo que aconselham e estimulam a sua agregação e polarização de suas atividades, sugerem ao direito equiparar à própria pessoa natural certos agrupamentos de indivíduos e certas destinações patrimoniais e lhe aconselham atribuir personalidade e capacidade de ação aos entes abstratos assim gerados. Surgem, então, as pessoas jurídicas, que se compõem, ora de um conjunto de pessoas, ora de uma destinação patrimonial, com aptidão para adquirir e exercer direitos e contrair obrigações. E vemos, então, em todos os povos, como assinala Enneccerus, que a necessidade sugeriu uniões e instituições permanentes, para a obtenção de fins comuns, desde as de raio de ação mais amplo, como o Estado, o Município, a Igreja, até as mais restritas como as associações particulares. (PEREIRA, 2013, p. 249)

Em linha de coerência com aqui ventilado, a Renan Lotufo:

O Direito cria suas próprias realidades, que podem não coincidir com as da vida da natureza. Assim é que cria o horário de verão sem que se altere a rotação da Terra, muito menos numa região ou determinado país.

Para suas finalidades o ser humano vai criando, com o uso de sua inteligência, figuras abstratas, que vão ganhando participação real na vida em sociedade.

Ciente de suas limitações, o ser humano sabe que, unindo-se a outros, pode empreender e enfrentar obstáculos muito além de suas forças, física e mental, isoladas.

Determinados fins almejados não podem ser alcançados por um ser isolado, daí criarem-se certos entes abstratos para produção de efeitos concretos na realidade jurídica. Tais entes constituem-se idealmente (pessoas morais, em outras legislações), decorrentes do irrefreável espírito associativo dos seres humanos, para que atuem como sujeitos de direito. São as pessoas jurídicas. Pessoa jurídica é, pois, uma entidade própria e inconfundível com as pessoas naturais que a compõem; e sua dotação patrimonial, igualmente, é distinta da de seus criadores e integrantes subseqüentes. (LOTUFO, 2004, p. 100)

Logo, fica caracterizado a origem das pessoas jurídicas pautada na necessidade de os seres humanos se reunirem em verdadeiras aglomerações humanas por não conseguirem atingir certas finalidades e realizar determinadas tarefas. Para tanto, o direito empresta personalidade jurídica a esses agrupamentos nascidos das necessidades sociais, dando-lhes, por conseguinte, capacidade jurídica.

Essa capacidade é a consequência natural e lógica da personalidade que lhes reconhece o ordenamento legal. Se tem aptidão genérica para adquirir direitos e contrair obrigações, obviamente se lhes deve atribuir o poder necessário, e, mais ainda, a aptidão específica para exercê-los.

Costuma-se adotar por paralelo a das pessoas naturais, porém não é exata a aproximação em todos os seus termos. Enquanto a pessoa física encontra na sua capacidade a expansão plena de sua alteridade ou de seu poder de ação, com linhas de generalidades que lhe asseguram extensão ilimitada (em tese), as pessoas jurídicas, pela própria natureza, têm o poder jurídico limitado aos direitos de ordem patrimonial. Falta-lhes, portanto, a titularidade daqueles que a transcendem, como os de família ou de sucessão legítima, e outros que são inerentes à pessoa humana ou pressupõem a individualidade humana. (PEREIRA, 2013, p. 249)².

2.2. Teorias Negativistas

Há autores que negam a existência da personalidade jurídica.

Nesse ponto, Clóvis de Beviláqua afirma ser este gênero de pessoas mera aparência, excogitada para a facilidade das relações, sendo o verdadeiro sujeito dos direitos que se lhes atribuem, os indivíduos que a compõe ou em benefícios dos quais elas foram criadas (BEVILÁQUA, 1999. p.81).

Já as demais teorias negativistas tratavam a personalidade jurídica como apenas um sujeito que trabalhava com relações jurídicas, e o único objetivo é a representação da coletividade.

² Confrontando, ainda, a capacidade da pessoa jurídica com a da pessoa natural, Caio Mário mostra que a desta é ilimitada, enquanto a daquela é restrita, em razão de sua personalidade ser reconhecida na medida dos fins perseguidos pela entidade. E, sendo assim, a pessoa jurídica deve ter sua capacidade limitada à órbita de sua atividade própria, ficando-lhe interdito atuar fora do campo de seus fins específicos. É a isto que se chama de princípio da especialização, imposto em virtude da própria natureza da personalidade moral.

2.3. Teorias justificadoras das pessoas jurídicas

Não obstante inexistir discussão quanto à existência das pessoas jurídicas, inúmeros doutrinadores, desde a idade média, discute a natureza desses entes.

E essa contenda ocorre em razão de profunda significação em indagar como deve ser entendida a pessoa jurídica. Ao espírito de investigação científica do jurista hodierno não satisfaz encontrá-la no exercício dos direitos subjetivos e verificar que lhe permite a lei atuar como se fosse uma pessoa natural, adquirindo direitos e contraindo obrigações.

Disto resulta aprofundar-se na pesquisa filosófica e precisar como se justifica a sua existência, explicando o motivo pelo qual o ordenamento lhe reconhece personalidade e a razão por que é dotada de aptidão para exercer direitos (PEREIRA, 2013, p. 249).

Ocorre que por meio de tal estudo foram elaboradas várias teorias procurando explicar a existência das pessoas jurídicas. Dentre essas, os autores brasileiros, como Caio Mário (PEREIRA, 2013, p. 249) e Silvio Venosa (VENOSA, 2012, p. 233) trabalham com teoria da ficção, da realidade e a institucionalista.

A teoria da ficção parte da premissa de que ser sujeitos de direitos é uma prerrogativa concedida exclusivamente ao homem, pois só ele tem existência real e psíquica. Por isso, o direito concebe a pessoa jurídica como uma criação artificial, da mente humana, e, por consequência, sua existência é simplesmente uma ficção.

Para Arnaldo Rizzardo, a teoria da ficção:

Oriunda do direito canônico, defendida por Savigny em sua obra 'Sistema do Direito Romano Atual', que acentua a abstração da pessoa jurídica, e, assim, inserindo conteúdo da personificação. Trata-se de uma criação mental, legal, fictícia, sendo um ato do espírito, uma projeção, posto que os reais sujeitos de direitos e obrigações são aqueles que a compõem. (RIZZARDO, 2008, p. 253)

Críticas não faltaram ao referido posicionamento. Ao citar autores como Clóvis Beviláqua e Teixeira de Freitas, Caio Mário aponta o seguinte:

Uma concepção desta sorte nem explica satisfatoriamente nem soluciona o problema da existência da pessoa jurídica. Teixeira de Freitas já estranhava que ainda sobrevivesse na ciência jurídica, e apontava a falsidade da premissa fundamental da doutrina: não há realidade apenas na matéria ou no que é perceptível pelos sentidos; o direito moderno não tem necessidade de usar os mesmos recursos do direito romano, no qual o pretor ia reformando o direito vigente fingindo que o conservava e respeitava. Por outro lado, se se parte da ideia de que somente o indivíduo pode ser sujeito de direito, nada

se lucra com a ficção, pois que o ente abstrato continuaria sempre insuscetível daquele poder, e então seria fictício, igualmente, o direito, constituído sobre a ideia de que o sujeito é uma criação intelectual sem existência. Acresce que a mais importante dessas pessoas é o Estado, e contraditória seria a doutrina que o tachasse como ficção, pois, na verdade, sendo a lei a expressão soberana do Estado, se este como pessoa jurídica é mera ficção, então a lei, que cria a pessoa jurídica como ficção, seria por sua vez a manifestação de um ente fictício, e o direito jamais conseguiria conciliação para esta abstrusa construção: a lei cria a pessoa jurídica como ente fictício; mas a lei emana do Estado, que é uma ficção; e, se à criação da pessoa jurídica deve preceder a vontade da lei, fica sem explicação a personalidade do Estado, que sendo fictício dependeria da preexistência de algo que a reconhecesse. (PEREIRA, 2013, p. 254).

A partir de tais ponderações não teve aceitação entre os autores contemporâneos.

Já a teoria da instituição, desenvolvida por *Hauriou*, considera a instituição como anterior ao momento em que a pessoa jurídica se constitui. Uma instituição tem uma vida interior concebida pelos atos dos seus membros, como decisões de seus diretores, e constitui uma estrutura hierárquica orgânica. Sua vida exterior se manifesta por meio da atuação da vida interior no mundo jurídico e, por conseguinte, a pessoa age como pessoa jurídica. É nesse plexo que ela existe. Quando essa ideia se solidifica na consciência dos indivíduos, estes passam a atuar com plena consciência e responsabilidade dos fins sociais e a instituição adquire personalidade moral.

Como se nota, essa teoria não traz justificção acerca da natureza da pessoa jurídica, apenas se limita em descrever elementos necessários para a sua caracterização, qual seja, o elemento interno que cria o vínculo social que une os integrantes para o fim comum e a organização para atingir esse fim.

De outra banda, a teoria realista se divide em realidade objetiva e realidade técnica. Elas se diferenciam no sentido em que aquela, também conhecida como realidade orgânica, fundamenta a existência da pessoa jurídica na vontade pública ou privada. Ou seja, é a vontade quem cria tais entes, tornando-os, assim, sujeitos de direito. Já a outra admite que as pessoas jurídicas são reais, não obstante tenham sua personalidade reconhecida pelo Direito³.

Para os seus adeptos a personificação dos grupos sociais é expediente de ordem técnica, o meio encontrado pelo direito para reconhecer a existência de grupos

³ Nesse interim, é preciso atentar que a própria personalidade jurídica do ser humano é uma criação do direito, reconhecida quando a ordem legal a concede, e negada quando determinado ordenamento jurídico a recusa, como no caso de escravos.

de indivíduos, que se unem na busca de fins determinados. A personificação é atribuída a grupos em que a lei reconhece vontade e objetivos próprios. O Estado, reconhecendo a necessidade e a conveniência de que tais grupos sejam dotados de personalidade própria, para poder participar da vida jurídica nas mesmas condições das pessoas naturais, outorga-lhes esse predicado (GONÇALVES, 2012, p. 219).

Sobre essa teoria, Caio Mário profere os seguintes comentários:

Realista foi o nosso Lacerda de Almeida, ao construir a sua doutrina do dualismo, segundo a qual na pessoa jurídica devem distinguir-se a ideia que se manifesta e os órgãos que a exprimem, em perfeita similitude com a pessoa natural, que também manifesta a sua vontade através de seus órgãos. Tanto as sociedades e associações como as fundações são envolvidas pela identidade de conceituação doutrinária, pois que numas e noutras existe um corpus, que administra e mantém a entidade em contato com o mundo, e um animus que é a ideia dominante, manifestada nas associações e nas sociedades pela vontade do grupo componente e nas fundações pela de seu criador. Realista é o organicismo de Endemann, de Saleilles, de Michoud; realistas são Gény, Capitant, Josserand; profissão de fé realista encontra-se na atualização do tratado de Planiol por Ripert e Boulanger, realista é o nosso Beviláqua, como são Kohler, Oertmann, Gierke, De Page, Cunha Gonçalves.

Da leitura de tantos escritores vemos que não se repetem, desenvolvendo cada um as suas ideias próprias. O que os une, colocando-os em uma só linha, é a ideia da realidade do ente coletivo, que podemos expressar na exposição dos traços fundamentais da sua conceituação científica, abandonando a chamada realidade objetiva (organicismo) para abraçar a teoria da realidade técnica ou realidade jurídica.

Verifica o direito que, desde os tempos antigos, houve agrupamentos de indivíduos com a finalidade de realizar os seus interesses ou preencher as exigências sociais. O direito sempre encarou estes grupos destacadamente de seus membros, o que significa que a ordem jurídica considera estas entidades como seres dotados de existência própria ou autônoma, inconfundível com a vida das pessoas naturais que os criaram. Diante desta realidade objetivamente perceptível, a ordem legal atribuiu personalidade jurídica a qualquer agrupamento suscetível de ter uma vontade própria e de defender seus próprios interesses. Destacadamente das pessoas naturais que lhes deram vida própria ou que as compõem, e até em oposição a umas ou outras, o direito permite a estas entidades atuar no campo jurídico, reconhecendo-lhes existência; faculta-lhes adquirir direitos e contrair obrigações; assegura-lhes o exercício dos direitos subjetivos. Realizando os interesses humanos ou as finalidades sociais que se propõem, as pessoas jurídicas procedem, no campo do direito, como seres dotados de ostensiva autonomia. É preciso, então, reconhecer-lhes vontade própria, que se manifesta através das emissões volitivas das pessoas naturais, mas que não se confunde com a vontade individual de cada um, porém é a resultante das de todos. E se o direito assim trata os entes abstratos, permitindo-lhes atuar, assegurando-lhes usar, gozar e dispor de direitos, admitindo-as a contrair obrigações, aceitando as suas manifestações de vontade a que atribui força obrigatória da mesma maneira que as emitidas pelas pessoas físicas, é preciso então que a lei lhes reconheça personalidade e lhes atribua um patrimônio, que se distingue da personalidade e do patrimônio dos indivíduos integrantes ou aderentes. (PEREIRA, 2013, p. 258)

Logo, em que pese as diferenças teóricas, uma coisa é uníssona: a pessoa jurídica existe, não é uma ficção, e sua existência é própria, autônoma e inconfundível com a das pessoas que a constituem, de modo que as características, direitos, obrigações, matizes, personalidade – nas suas duas acepções, como já tratado neste trabalho – não se misturam com o ente constituído.

2.4. Espécies

As pessoas jurídicas se dividem em entes de direito público e de direito privado. As de direito público podem ser de ordem externa ou interna. Estas estão previstas no art. 41⁴ do Código Civil de 2002, todavia, em razão de suas peculiaridades não têm importância prática para o objeto de estudo do presente trabalho. Assim também ocorre com as pessoas jurídicas de direito público externo, previstas no art. 42⁵ do mesmo diploma legal.

Portanto, a partir do quanto exposto, é necessário analisar apenas as pessoas jurídicas de direito privado. Estes entes estão elencados no artigo 44 do Código Civil de 2002, o qual dispõe o seguinte:

Art. 44. São pessoas jurídicas de direito privado:

I - as associações;

II - as sociedades;

III - as fundações;

IV - as organizações religiosas; (Incluído pela Lei nº 10.825, de 22.12.2003)

V - os partidos políticos. (Incluído pela Lei nº 10.825, de 22.12.2003).

As associações compreendem as pessoas jurídicas de direito privado formadas pela união de indivíduos que buscam finalidade ideal ou não econômica. Segundo o Código Civil, elas se distinguem das sociedades justamente por não ter como fim interesses econômicos.

Na seara civilista, Segundo Venosa, “geralmente, o termo associação geralmente é reservado para as entidades sem fins econômicos, enquanto sociedade,

⁴ “Art. 41. São pessoas jurídicas de direito público interno: I - a União; II - os Estados, o Distrito Federal e os Territórios; III - os Municípios; IV - as autarquias, inclusive as associações públicas; (Redação dada pela Lei nº 11.107, de 2005) V - as demais entidades de caráter público criadas por lei. Parágrafo único. Salvo disposição em contrário, as pessoas jurídicas de direito público, a que se tenha dado estrutura de direito privado, regem-se, no que couber, quanto ao seu funcionamento, pelas normas deste Código.”

⁵ “Art. 42. São pessoas jurídicas de direito público externo os Estados estrangeiros e todas as pessoas que forem regidas pelo direito internacional público”.

para as entidades com fins lucrativos, embora isso não seja estrito, nem seja regra.” (VENOSA, 2013, p. 268).

Sobre a finalidade econômica Caio Mário adverte que diferenciar essas pessoas jurídicas por meio da finalidade econômica apenas é assaz inadequado, haja vista que atividade econômica as associações podem realizar, sendo-lhe vedado proporcionar vantagens pecuniárias aos seus sócios (PEREIRA, 2013, p. 351).

Ele as distingue tendo como pressuposto a finalidade em proporcionar interesse econômico aos sócios e ainda oblitera que as associações não perdem essa característica mesmo quando visa vantagens materiais indispensáveis à sua própria existência. Nas palavras do autor:

Associação é aquela que se propõe a realizar atividades não destinadas a proporcionar interesse econômico aos associados; sociedade é a que oferece vantagens pecuniárias aos seus componentes. Com este critério, classificam-se ainda na categoria de associações aquelas que realizam negócios visando ao alargamento patrimonial da pessoa jurídica, sem proporcionar ganhos aos associados. Assim é que não perdem este caráter as associações recreativas que mantêm um serviço de venda de refeições aos associados, ou cooperativas que fornecem aos seus membros víveres e utilidades, muito embora instituem margem de lucro a benefício da própria entidade. Caracteriza-se a associação sem fim econômico como a que se não dedica a operações industriais ou comerciais, nem proporciona aos membros uma vantagem pecuniária, tendo o cuidado de assinalar que a procura de vantagens materiais, indispensáveis a que a associação viva e atinja suas finalidades de ordem moral, não retira o caráter não lucrativo do fim social: a contribuição dos associados, a remuneração de certos serviços, a cobrança de ingresso a conferências ou concertos não são característicos do fim lucrativo, como não o é igualmente a verificação de superávit na apuração de balanços periódicos. Não é incompatível com a gratuidade destes a formação de patrimônio, aquisição de sede própria ou de bens de capital. (PEREIRA, 2013, p. 351).

Isso não passou despercebido por Flávio Tartuce. Este autor, ao conceituar as associações faz a seguinte ressalva quanto à sua finalidade não econômica. Para ele:

As associações, pela previsão legal, são conjuntos de pessoas, com fins determinados, que não sejam lucrativos. Assim deve ser entendida a expressão “fins não econômicos”. Nesse trilhar, o Enunciado n. 534 CJF/STJ, da VI Jornada de Direito Civil (2013): “As associações podem desenvolver atividade econômica, desde que não haja finalidade lucrativa”. Segundo as justificativas do enunciado doutrinário, “andou mal o legislador ao redigir o caput do art. 53 do Código Civil por ter utilizado o termo genérico ‘econômicos’ em lugar do específico ‘lucrativos’. A dificuldade está em que o adjetivo ‘econômico’ é palavra polissêmica, ou seja, possuidora de vários significados (econômico pode ser tanto atividade produtiva quanto lucrativa). Dessa forma, as pessoas que entendem ser a atividade econômica sinônimo de atividade produtiva defendem ser descabida a redação do caput do art. 53 do Código Civil por

ser pacífico o fato de as associações poderem exercer atividade produtiva. Entende-se também que o legislador não acertou ao mencionar o termo genérico 'fins não econômicos' para expressar sua espécie 'fins não lucrativos'" (TARTUCE, 2012, p. 134).

Nesse compasso, Gustavo Tepedino adverte:

A distinção entre as associações e as sociedades, ao contrário do que poderia sugerir uma primeira leitura do dispositivo [art. 53 do Código Civil], não tem como fator primordial o caráter econômico ou não da atividade desempenhada. Com efeito, embora o art. 53 defina as associações como entidades voltadas para "fins não econômicos", a expressão não pode ser interpretada de forma literal. Evidentemente, ao se unirem para determinado fim, os associados visam extrair desta união algum tipo de vantagem, que, não raro, resulta de atividade ou serviço prestado pela associação, havendo aí, por definição, natureza econômica. O não há nas associações é a finalidade lucrativa, ou seja, o objetivo primordial de produzir lucros e reparti-los entre os associados. Essa preocupação do lucro e sua partilha são traços que caracterizam as sociedades, e que servem justamente a diferenciá-las das associações na concepção mais moderna. (TEPEDINO; BARBOZA, 2007, p. 213)

Destarte, é preciso uma interpretação *cum grano salis* da referida norma. Ora, as associações podem/devem ter ganho financeiro. Todavia, o eventual lucro obtido no exercício da atividade associativa será reaplicado na própria entidade, mas nunca partilhado entre os sócios. Assim, a lei não veda que as associações lucrem, e sim a sua divisão entre os sócios (FARIAS, 2013, p. 421).

Assim, embora o Código Civil disponha que as associações têm finalidade não econômica, é importante interpretar esse termo como finalidade lucrativa, haja vista elas poderem realizar atividades não econômicas, apesar de estarem vedadas de realizar atividades que visem lucro, seja para a associação ou para os seus sócios. De forma que tais entes não estão vedados de exercerem atividades econômicas e, por conseguinte, deixarem de auferir valores econômicos em determinadas situações. O que lhe é proibido é ter como finalidade o exercício de atividade lucrativa.

Já no tocante à associação, o art. 981 do Código Civil dispõe que "celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados". Em síntese, ela é uma pessoa jurídica de direito privado dotada de personalidade jurídica própria, instituída por meio de contrato social, com a finalidade de exercer atividade econômica e partilhar lucros.

Para Francisco Amaral:

As sociedades são pessoas jurídicas de direito privado, formadas por pessoas que reúnem bens ou serviços para o exercício de atividade econômica e partilha de resultados. Seu objetivo é sempre de natureza lucrativa, mas a atividade pode restringir-se à realização de um ou mais negócios determinados. (AMARAL, 2010, p. 348)

A outro turno, as fundações se caracterizam e dissociam das outras pessoas jurídicas, de logo, por não se constituírem de pessoas, mas sim de um patrimônio afetado. “Há, pois, de início um patrimônio despersonalizado, destinado a um fim. Ao contrário das sociedades e associações, que se tratam de uma reunião de pessoas, as fundações assentam sua razão de ser no patrimônio para certa finalidade” (VENOSA, 2012., p. 279).

O patrimônio se personaliza quando a fundação obtém sua existência legal. Todavia, não é qualquer destinação de bens que constitui uma fundação, mas sim aquela com fins religiosos, morais, culturais ou de assistência.

Há, ainda, os partidos políticos e as organizações religiosas.

Quanto aos partidos políticos, Carlos Roberto Gonçalves leciona que há eles natureza própria, com fins políticos, não se caracterizando pelo fim econômico ou não. Portanto, não podem ser associações ou sociedades, nem fundações, porque não têm fim cultural, assistencial, moral ou religioso (GOÇALVES, 2013, p. 247).

Quanto àquela, traz a lume a conceituação proposta por Pablo Stolze, segundo o qual:

Juridicamente, podem ser consideradas organizações religiosas todas as entidades de direito privado, formadas pela união de indivíduos com o propósito de culto a determinada força ou forças sobrenaturais, por meio de doutrina e ritual próprios, envolvendo, em geral, preceitos éticos (STOLZE, 2013, p. 268).

O mesmo autor afirma ser mais correto caracterizá-las como associações com peculiaridades decorrentes de sua própria crença, ao invés de, como fez o legislador, por meio da lei nº 10.825, de 22 de dezembro de 2003, que ao inclui-las como pessoa jurídica no inciso IV do art. 44 do Código Civil, as distinguiu, tecnicamente das associações.

Carlos Roberto Gonçalves chega a justificar a aludida inclusão em sua obra “Direito Civil Brasileiro”:

A justificativa para a expressa menção, em separado, das organizações religiosas está basicamente no fato de não poderem ser consideradas associações, por não se enquadrarem na definição legal do art. 53 do mesmo diploma, uma vez que não têm fins econômicos *stricto sensu*. Não podem também ser sociedades, porque a definição do art. 981 as afasta totalmente dessa possibilidade. Poderiam enquadrar-se como fundações, pois assim o permite o parágrafo único do art. 62. Todavia, a instituição de uma fundação tem de seguir, além das normas do atual Código, lei específica que trata desse tipo de organização, cujas normas inviabilizam, para as igrejas, sua instituição.

Uma entidade religiosa não pode limitar-se a ter apenas um fim, pois a sua própria manutenção já presume movimento financeiro. Não é este, no entanto, o seu fim teleológico. Uma entidade religiosa tem fins pastorais e evangélicos e envolve a complexa questão da fé. A simples inclusão das igrejas como meras associações civis, com a aplicação da legislação a estas pertinentes, causaria sério embaraço ao exercício do direito constitucional de liberdade de crença. Sendo destinadas ao culto e à adoração, não possuem elas apenas as características das outras associações, constituídas para o exercício conjunto de atividades humanas cujo objetivo é a satisfação de interesses e necessidades terrenas, materiais. Seu funcionamento é distinto, seus interesses diversos, suas atividades diferentes (GOÇALVES, 2013, p. 247).

Sílvio Venosa não discrepa do último autor e oblitera que o motivo da inclusão dos partidos políticos e das igrejas como pessoas jurídicas autônomas está no fato deles não se enquadrarem como associações, o que do contrário – da não inclusão os colocariam numa espécie de limbo legal (VENOSA, 2013. p 278).

Não obstante tal diferenciação, as organizações religiosas muito se assemelham com as associações, de tal modo que devem aplicar-se a elas, como pessoas jurídicas de direito privado, as normas referentes às associações, mas apenas naquilo em que houver compatibilidade.⁶

Por isso, é de se levar em consideração as perspectivas das associações quando da análise das organizações religiosas.

3. CONCLUSÃO

Do exposto, a necessidade de dar concretude à finalidades que seriam muito difíceis de forma solitária, pelas pessoas naturais, fez surgir as pessoas jurídicas, de decorre de uma reunião de patrimônios.

Embora não ter o caráter pessoal, é uníssono na doutrina a personificação própria de todas as pessoas jurídicas aqui elencadas, de modo a colocá-las em um ponto comum: o patrimônio dos sócios não se confunde com a da pessoa jurídica e

⁶ GONÇALVES, op. cit., p. 247.



esta possui finalidade própria e pratica atividade econômica malgrado não buscar a lucratividade.

Logo, em que pese as diferenças teóricas, uma coisa é uníssona: a pessoa jurídica existe, não é uma ficção, e sua existência é própria, autônoma e inconfundível com a das pessoas que a constituem, de modo que as características, direitos, obrigações, matizes, personalidade – nas suas duas acepções.



REFERÊNCIAS

- AMARAL, Francisco. **Direito Civil Introdução**, 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.
- BEVILÁQUA, Clóvis. **Teoria Geral do Direito Civil**. Campinas: RED Livros, 1999.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 1.
- FARIAS, Cristiano Chaves de e ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**: parte geral e LINDB. 10. ed. Salvador: Juspodvim, 2012.
- FRANÇA, Rubens Limongi. **Enciclopédia Saraiva do Direito**. São Paulo: Saraiva, 1979.
- GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**: responsabilidade civil. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.
- GAGLIANO Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**: parte geral, 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: parte geral. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- LOTUFO, Renan. **Código Civil Comentado**: Parte Geral. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**: Uma Leitura Civil Constitucional dos Danos Morais. Renovar, 2003.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- RIZZARDO, Arnaldo, **Parte Geral do Código Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 86.
- TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**: volume único, Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 4. ed., 2014.
- TEPEDINO, Gustavo (coord.). **A parte geral do código civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.



TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena, Bodin de Moraes Maria Celina. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: Parte Geral. 12.ed. São Paulo: Atlas, 2012.

VIOÊNCIA SEXUAL INTRAFAMILIAR CONTRA CRIANÇAS E ADOLESCENTES E JUSTIÇA RESTAURATIVA: UMA ANÁLISE DO CENÁRIO SOTEROPOLITANO

INTRAFAMILY SEXUAL VIOLENCE AGAINST CHILDREN AND ADOLESCENTS AND RESTORATIVE JUSTICE: AN ANALYSIS OF THE SOTEROPOLITAN SCENARIO

Débora Silva Braga¹

Resumo: O presente artigo teve, como objetivo, analisar a adequação de práticas restaurativas em delitos de abuso sexual intrafamiliar contra crianças e adolescentes, como forma de reduzir os impactos do processo tradicional e auxiliar na concretização dos direitos contidos na legislação infanto-juvenil. A violência sexual intrafamiliar é um conflito essencialmente complexo e a intervenção penal, de forma isolada, aumenta os riscos de revitimização, além de reforçar a experiência traumática para todos os indivíduos envolvidos. A revisão de literatura foi a metodologia adotada e a pesquisa bibliográfica utilizada como técnica primordial, por meio da análise de materiais já publicados e relativos ao tema proposto. Foi realizada uma análise de um caso de abuso sexual intrafamiliar, da cidade de Salvador/BA, a fim de enfatizar os aspectos apontados no artigo e enriquecer a discussão. As práticas restaurativas e seus valores intrínsecos, como o incentivo ao diálogo, a restauração das relações e a assunção de responsabilidade, podem funcionar como uma alternativa apta a reduzir as falhas apresentadas pelo sistema judicial, que desconsidera as particularidades presentes nesse tipo de violência, a qual envolve sujeitos em desenvolvimento, vítimas de um descompasso em suas relações afetivas mais íntimas.

Palavras-Chave: Abuso sexual intrafamiliar de crianças e adolescentes. Justiça Restaurativa. Violência sexual.

Abstract: The articles aimed to analyze the adequacy of restorative practices in crimes of intra-family sexual abuse against children and adolescents, as a way to reduce the impacts of the traditional process and help to realize the rights contained in the child and juvenile legislation. Intrafamily sexual violence is an essentially complex conflict and criminal intervention, in isolation, increases the risks of revictimization, as well as reinforce the traumatic experience for all individuals involved. The literature review was the adopted methodology and bibliographical research used as a primordial technique, through the analysis of published materials and relative to the proposed theme. An analysis of a case of intrafamily sexual abuse was made, occurred in the city of Salvador/Bahia, to emphasize the aspects pointed out in the article and to enrich the discussion. Restorative practices and their intrinsic values, such as the incentive of dialogue, the restoration of relations and the assumption of responsibility, can act as an alternative to reducing the failures presented by the judicial system, which disregards the particularities present in this type of violence and comprise subjects in development, victims of an imbalance in their most intimate affective relationships.

¹ Pós-graduada em Direito Penal e Processo penal - Universidade Anhanguera-Uniderp (2019). Possui graduação em Direito pela Universidade Federal da Bahia (2017). Atualmente é Assessora Técnico-Jurídica de promotoria do Ministério Público do Estado da Bahia. E-mail: deborabraga0208@gmail.com. Link currículo LATTES: <<http://lattes.cnpq.br/7562938474877948>>.

Keywords: Intrafamily sexual abuse of children and adolescents. Restorative Justice. Sexual violence.

1. INTRODUÇÃO

A vitimização secundária e terciária, nas quais são ignoradas as necessidades e frustrações da vítima, é uma realidade presente no contexto das instâncias formais e informais de poder, bem como nas suas relações sociais mais próximas. O despreparo dos profissionais das instituições administrativas e judiciais acaba por neutralizá-la, causando sentimentos de menosprezo e abandono, que só reforçam a experiência traumática advinda do delito.

Essa realidade torna-se ainda mais alarmante quando a ofensa envolve conflitos familiares, que têm como vítimas crianças e adolescentes. Não é incomum que, nesses casos, os ofensores vivam em constante situação de violência, carência de direitos básicos e dificuldades socioeconômicas, que demandam uma assistência para além da simples punição.

No que tange a essa modalidade de conflito, a violência sexual intrafamiliar possui particularidades que reforçam a sua complexidade, pois afeta a esfera psicológica, emocional, física e social dos indivíduos nela imersos. Além do aspecto individual, sua ocorrência pode ultrapassar gerações, caso não seja encarada a partir de suas várias facetas. Nas fases da infância e adolescência, os efeitos dessa possível negligência são ainda mais devastadores, e interferem diretamente no processo de crescimento humano.

A necessidade de assistência alcança, principalmente, as vítimas. A infância e a juventude são etapas cruciais para a construção da personalidade e para o aprendizado de valores. Nesse sentido, utilizar apenas a resposta penal, com sua inerente característica retributiva, tem se mostrado insuficiente no enfrentamento desse problema. Os órgãos responsáveis pela tutela dos seus direitos, ao receber a criança ou adolescente vítima da situação de abuso, não consideram a complexidade da questão, e apresentam um cenário revitimizador, o que contraria as disposições normativas do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

Tal fato é mais um indício das falhas existentes na resposta que a justiça tradicional concede aos conflitos dessa natureza. Colher depoimentos, atribuir uma tipificação, cumprir determinado protocolo e punir o réu, sem considerar os danos

causados ou os interesses da vítima e do próprio ofensor, membros do mesmo conjunto social, não contribui para modificar essa realidade.

Destarte, é preciso questionar-se acerca da adequação da resposta penal tradicional, utilizada de forma isolada, nos conflitos familiares. Deste modo, o presente trabalho tem, por escopo, analisar se a Justiça Restaurativa e suas práticas podem ser aplicadas em delitos de abuso sexual intrafamiliar, como forma de minimizar os impactos do processo e de concretizar a legislação desse sistema especializado de Justiça.

Do ponto de vista jurídico, o ordenamento infanto-juvenil, como sistema de justiça especializado, se pauta em um paradigma distinto e já possui a abertura necessária para essa introdução. Resta, contudo, verificar quais as limitações existentes para a transposição desse modelo, assim como seus requisitos.

Para isso, adotou-se, como metodologia, a revisão de literatura, com a pesquisa bibliográfica como técnica basilar. A revisão de literatura é o método mais adequado, dentro do recorte inicialmente proposto, visto que possibilita avaliar criticamente materiais já publicados, para definir e esclarecer como o problema, ainda recente no direito brasileiro, tem sido tratado pelos pesquisadores e estudiosos do tema, além do estágio atual em que se encontra na literatura. A pesquisa foi realizada através da reunião de livros, artigos científicos, dissertações e/ou teses produzidas acerca do tema em questão, ainda que não relacionados diretamente, mas que, de alguma forma, contribuíram para responder ao problema proposto.

Por fim, foi feita uma análise de um caso de abuso sexual intrafamiliar, com o escopo de ilustrar o problema e solidificar os conceitos estudados, a partir da identificação das falhas existentes e dos elementos que caracterizam o tratamento dispensado a esses sujeitos pelo sistema judicial.

Em suma, a Justiça Restaurativa pode ser uma ferramenta apta a transformar esse cenário revitimizador e minimizar essas deficiências. O abuso sexual intrafamiliar é uma modalidade de conflito no qual as vítimas, os ofensores e as pessoas indiretamente envolvidas apresentam fortes laços afetivos. Sendo assim, os métodos restaurativos, ao estimular a assunção das responsabilidades e a compreensão das consequências e das necessidades advindas da prática do delito, podem ser ainda mais adequados a esse tipo de violência.

2. O ABUSO SEXUAL INTRAFAMILIAR E O SISTEMA DE JUSTIÇA PENAL: A INAPLICABILIDADE DA LEGISLAÇÃO INFANTO-JUVENIL

Conforme análise de estudiosos do tema², o Sistema de Justiça Penal (que compreende todo o universo institucional dedicado à garantia de direitos das crianças e dos adolescentes, como as delegacias de polícia ou as varas especializadas) baseia-se em um paradigma punitivo e repressivo no que tange ao abuso sexual intrafamiliar³.

Esse é um dos fatores que se apresenta como um entrave na defesa desses direitos, não só para as vítimas desse abuso, como também para todos os outros sujeitos envolvidos. A mecanicidade do sistema alia-se à realização de escutas por profissionais insuficientemente capacitados, em locais inadequados, e que serão posteriormente repetidas no processo, o que amplifica as dores e traumas vividos e promove a revitimização⁴.

Como ressalta Ana Cristina de Moura, a revitimização é também enfatizada pela separação entre a responsabilização e a proteção: além do processo tramitar em varas diferentes e por longos períodos, as equipes interdisciplinares que compõem as Varas de Infância e Juventude são apenas responsáveis pela avaliação do caso e levantamento de dados, a fim de embasar as decisões judiciais. A responsabilização, por sua vez, baseia-se no princípio da indisponibilidade da ação penal e foca na punição do ofensor, sem considerar as necessidades das vítimas e dos próprios transgressores⁵.

Recentes projetos foram criados no intuito de aperfeiçoar os métodos de escuta de jovens e crianças envolvidos em casos de violência sexual⁶, mas essas medidas, em que pesem representarem importantes mudanças, não são suficientes para

² Tais como Eduardo Rezende Melo, Ana Cristina Amaral Marcondes de Moura e Celia Passos.

³ SECRETARIA DE DIREITOS HUMANOS (SDH); INSTITUTO NOSS. **Justiça Restaurativa em caso de abuso sexual intrafamiliar em criança e Adolescente**. Rio de Janeiro: Instituto Noos, 2012, p. 07.

⁴ Ibid., p. 07.

⁵ MOURA, Ana Cristina Amaral Marcondes de. Dinâmicas institucionais revitimizadoras: necessidade de reorganização e articulação do fluxo interinstitucional de atendimento e aprimoramento da justiça. SECRETARIA DE DIREITOS HUMANOS (SDH). INSTITUTO NOSS. **Justiça Restaurativa em caso de abuso sexual intrafamiliar em criança e Adolescente**. Rio de Janeiro: Instituto Noos, 2012, p. 108.

⁶ Um exemplo é o “Depoimento sem dano”, método especial de tomada de depoimentos de crianças e adolescentes, aplicado inicialmente na Vara da Infância e Juventude de Porto Alegre/RS, com o objetivo de diminuir o sofrimento desses sujeitos durante a produção de prova judicial, uma das causas da revitimização (a escuta inadequada). In: SANTOS, Benedito Rodrigues dos Santos. GONÇALVES, Itamar Batista. **Depoimento Sem Medo (?)**. **Culturas e Práticas Não-Revitimizantes. Uma Cartografia das Experiências de Tomada de Depoimento Especial de Crianças e Adolescentes**. São Paulo: Childhood Brasil (Instituto WCF – Brasil), 2008.

preencher essas lacunas. Em contraposição ao quanto disposto no ECA, que estabelece a atuação dos diversos órgãos e atores sociais, de forma articulada, Varas Especializadas ofertam maior valor e preocupação com a condenação do ofensor, sem se atentar ao fato de que esse sujeito é parente da vítima, que, por sua vez, é uma criança/adolescente, e que tratar essa ocorrência sem considerar suas particularidades pode perpetuar um “ciclo de violência transgeracional”⁷.

Além disso, os profissionais que lidam com essas situações não são submetidos a novas e constantes capacitações, assim como não há uma assistência específica para vítimas e ofensores⁸.

No âmbito do direito juvenil, é preciso que as práticas institucionais estejam integradas às políticas públicas, e que as formas de intervenção sejam particularizadas, ou seja, que considerem o contexto de violência aqui analisado como uma ocorrência que abrange várias relações sociais, igualmente carentes de atenção, cura e restauração, sem que, para tanto, a criança ou adolescente seja privado do seu direito de convivência familiar e comunitária⁹.

Trata-se de assunto complexo, que necessita ser discutido e avaliado pelos órgãos e pessoas responsáveis por seu enfrentamento, “sob pena de ser a criança exposta a uma nova forma de violência, praticada em nome do Poder Público”¹⁰. Considerar o tema como um tabu intensifica o desconhecimento e os preconceitos, além de contribuir para que tais violações sejam praticadas de maneira velada, por mais de uma geração. Não é suficiente positivar a condição de “sujeito de direitos” sem criar mecanismos para que esses indivíduos não sejam mais silenciados, para “encontrar os critérios cognitivos e práticos que lhes permitam posicionar-se”¹¹.

⁷ MOURA, Ana Cristina Amaral Marcondes de. Dinâmicas institucionais revitimizadoras: necessidade de reorganização e articulação do fluxo interinstitucional de atendimento e aprimoramento da justiça. SECRETARIA DE DIREITOS HUMANOS (SDH). INSTITUTO NOSS. **Justiça Restaurativa em caso de abuso sexual intrafamiliar em criança e Adolescente**. Rio de Janeiro: Instituto Noos, 2012, p. 109.

⁸ Ibid., p. 110.

⁹ MOURA, Ana Cristina Amaral Marcondes de. Dinâmicas institucionais revitimizadoras: necessidade de reorganização e articulação do fluxo interinstitucional de atendimento e aprimoramento da justiça. SECRETARIA DE DIREITOS HUMANOS (SDH). INSTITUTO NOSS. **Justiça Restaurativa em caso de abuso sexual intrafamiliar em criança e Adolescente**. Rio de Janeiro: Instituto Noos, 2012, p. 109.

¹⁰ AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. Violência sexual intrafamiliar: é possível proteger a criança? **Revista Virtual Textos & Contextos**, nº 5, ano V, nov. 2006, p. 08.

¹¹ MELO, Eduardo Rezende. Crianças e adolescentes vítimas de abuso sexual: a emergência de sua subjetividade jurídica no embate entre modelos jurídicos de intervenção. Uma análise crítica sob o crivo histórico-comparativo. SECRETARIA DE DIREITOS HUMANOS (SDH). INSTITUTO NOSS. **Justiça Restaurativa em caso de abuso sexual intrafamiliar em criança e Adolescente**. Rio de Janeiro: Instituto Noos, 2012, p. 62.

2.1 O abuso sexual intrafamiliar: considerações necessárias

A concepção do abuso sexual intrafamiliar exclusivamente focada no trauma sofrido pela vítima e na denúncia, sem levar em conta aspectos preventivos ou reparativos, tem se mostrado incompleta. Prevenção, denúncia e reparação só ganham real forma quando intentados em conjunto, com a família, sociedade e estado em tripla atuação¹². Nessa toada, qual a importância da ação familiar? Qual a sua contribuição para a perpetuação da situação de abuso e como ela é afetada?

O relacionamento materno é responsável pela formação da identidade da criança e pelo desenvolvimento da sua individualidade. Após os primeiros sinais da superação da dependência dessa relação, surge a figura paterna (ou alguém que represente esse papel dentro de outras dinâmicas familiares) para impor limites e apresentá-la “ao mundo dos fatos, da realidade”¹³. Falhas nesse procedimento estagnam o sujeito em fases primitivas do crescimento psíquico-emocional, e, caso acompanhadas de decepções, constantes decepções e carência, contribuem para o desenvolvimento de uma personalidade agressiva e desesperançosa¹⁴.

Como os primeiros cuidados, a exemplo do processo de gestação e amamentação, são exclusivos da figura feminina, naturaliza-se o cuidado como sua função exclusiva, o que provoca um afastamento do pai dessa posição e o reforço da sua atribuição de manutenção apenas material¹⁵.

Essa divisão de papéis baseada no gênero é uma das causas da desigualdade nessas relações e intensifica a dependência da mulher no que se refere ao homem, bem como dos filhos em relação ao pai¹⁶. Portanto, no que tange às formas de violência intrafamiliar, as questões de gênero, classe social e poder não devem passar despercebidas¹⁷.

Não é incomum que essas relações se tornem violentas e autoritárias, caracterizadas pelo exercício deslegitimado desse poder, por um membro próximo à

¹² FALEIROS, Vicente de Paula. *Abuso Sexual de Crianças e Adolescentes: Trama, Drama e Trauma. Serviço Social & Saúde*, Campinas, V. 2, N. 2, p. 65.

¹³ FERRARI, Dalka Chaves de Almeida. *Dinâmicas familiares do abuso sexual e metodologias de atendimento integrado*. SECRETARIA DE DIREITOS HUMANOS (SDH); INSTITUTO NOSS. **Justiça Restaurativa em caso de abuso sexual intrafamiliar em criança e Adolescente**. Rio de Janeiro: Instituto Noos, 2012, p. 120.

¹⁴ Ibid., p. 121.

¹⁵ OLIVEIRA, Antonio Carlos de. *Abuso sexual intrafamiliar de crianças e a família como totalidade*. In: **O Social em Questão**: ano XV, nº. 28, 2012, p. 248.

¹⁶ Id.

¹⁷ PEDERSEN, Jaina Raqueli. **Abuso Sexual Intrafamiliar: do silêncio ao seu enfrentamento**. Dissertação de Mestrado. Porto Alegre: PUCRS, 2010, p. 45.

vítima¹⁸. O abuso ultrapassa a dinâmica das relações sociais e dos deveres de proteção, e ocasiona traumas profundos, que influenciam na construção humana da pessoa vitimizada¹⁹.

As motivações que suscitam essa forma de agressão estão ligadas a uma pluralidade de condições psicológicas e sociais, eclodidas em um cenário familiar que apresenta desequilíbrios no uso da autoridade e da hierarquia, além de falhas no diálogo e comunicação entre seus membros.

A culpa, psicologicamente sentida pela vítima, o descrédito dado ao seu relato, ameaças e dificuldades na obtenção de provas físicas são também especificidades que impedem a prevenção, a identificação e o tratamento dos envolvidos²⁰. Os danos podem ser exacerbados com a prática de escutas e exames inadequados, falta de confiança na palavra da criança/adolescente, reiteração de depoimentos, entre outros. Por isso, a particularização no atendimento a essas vítimas e nas formas de intervenção é uma necessidade frente às estratégias de enfrentamento.

A revelação do abuso pode reforçar os traumas vividos ou ser uma oportunidade de rearranjo familiar, a depender de como será realizada a intervenção e dos aspectos já analisados em relação à dinâmica dessas relações. Acolher a vítima e dar força ao seu testemunho é uma forma de dar mais segurança e diminuir os impactos da experiência²¹, além de abertura para que todos os envolvidos tenham seu espaço de discussão e compreensão, sem manifestações moralizantes ou que estereotipem negativamente o ofensor²².

O afastamento dos ofensores do convívio familiar, medida aparentemente obrigatória, pode se constituir como uma supressão do direito à convivência da vítima, além de sobrecarregar a outra parte responsável, que já está exposta à uma contradição emocional (dividida entre o sentimento conjugal de afetividade que possui e o processo de aceitação do rompimento dessas expectativas).

Em contraposição a determinados países, que adotam o tratamento como forma de punição ou consideram a reparação, no Brasil não há assistência para o

¹⁸ FALEIROS, Vicente de Paula. Abuso Sexual de Crianças e Adolescentes: Trama, Drama e Trauma. **Serviço Social & Saúde**, Campinas, V. 2, N. 2, p. 69.

¹⁹ Ibid., p. 71.

²⁰ AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. Violência sexual intrafamiliar: é possível proteger a criança? **Revista Virtual Textos & Contextos**, nº 5, ano V, nov. 2006, p. 13.

²¹ OLIVEIRA, Antonio Carlos de. Abuso sexual intrafamiliar de crianças e a família como totalidade. In: **O Social em Questão**: ano XV, nº. 28, 2012, p. 245.

²² Id.

ofensor, que, inclusive, pode ser submetido à experiências degradantes na prisão, e geralmente volta a reincidir²³.

2.2 Sistema de justiça juvenil restaurativo: é possível?

A perseguição contra o ofensor e a estrita necessidade de puni-lo, desconsiderando as demandas da própria vítima, têm efeitos ainda mais devastadores no contexto da violência sexual intrafamiliar. Todo o drama que essa situação já carrega, somada às falhas já descritas, desencorajam os envolvidos a denunciarem o abuso. A presença de pontuais aperfeiçoamentos não é suficiente se não houver a mudança de mentalidade: o processo não facilita o diálogo nem a participação, uma vez que o bem-estar das crianças e adolescentes vítimas não é visto como uma prioridade²⁴.

As peculiaridades da justiça juvenil e de sua evolução demonstram que a aproximação com os fundamentos da justiça convencional é inadequada e alheia aos paradigmas sob os quais foi construída a legislação atual (isto é, o ECA). Ademais, as inovações normativas posteriores, como o SINASE (Lei nº. 12.594/2012), reforçam esse novo modelo que, apesar de recente para a área jurídica, já foi discutido e analisado por outras áreas do conhecimento²⁵.

Essa insistência em objetificar a criança e o adolescente como domínio do Estado e de seus pais, herança de um tratamento assistencialista, prejudica o alinhamento das disposições normativas do ECA com a práxis institucional, e sua compatibilidade com o modelo restaurativo. Além de uma formação jurídica insuficientemente voltada para as particularidades do Direito da Criança e do Adolescente, que demanda uma atuação também preventiva, o padrão retributivo que marca o sistema criminal ofusca a imprescindibilidade da adoção de uma abordagem interdisciplinar²⁶.

²³ FALEIROS, Vicente de Paula. Abuso Sexual de Crianças e Adolescentes: Trama, Drama e Trauma. **Serviço Social & Saúde**, Campinas, V. 2, N. 2, p. 76.

²⁴ MELO, Eduardo Rezende. Crianças e adolescentes vítimas de abuso sexual: a emergência de sua subjetividade jurídica no embate entre modelos jurídicos de intervenção. Uma análise crítica sob o crivo histórico-comparativo. SECRETARIA DE DIREITOS HUMANOS (SDH); INSTITUTO NOSS. **Justiça Restaurativa em caso de abuso sexual intrafamiliar em criança e Adolescente**. Rio de Janeiro: Instituto Noos, 2012, p. 69.

²⁵ Não foi estudado formalmente enquanto um modelo de Justiça, mas no que tange aos conceitos que traz em seu bojo, como a reparação, participação, escuta, proteção, assistência etc.

²⁶ ORSINI, Adriana Goulart de Sena; SILVA, Lucas Jeronimo Ribeiro da. Por uma política pública de acesso à justiça juvenil restaurativa: para além do Poder Judiciário. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, n. 35, vol. esp., dez. 2016, p. 273.

O modelo restaurativo coaduna-se com os postulados sob os quais a Justiça Juvenil foi erigida, em que pese sua prática institucional ainda pautar-se em um viés punitivo. A legislação atual, além de não impor óbices para essa aproximação, já possui os elementos mínimos necessários e os princípios balizadores da aplicação de práticas restaurativas. É preciso lembrar que tal sistema de justiça é especializado e envolve sujeitos que exigem uma atenção especial do Estado, a fim de que não continue “sendo atingido por uma indevida colonização pelo sistema penal”²⁷.

A justiça penal convencional, marcada por critérios dogmáticos garantistas, prevê a aplicação de sanções exclusivamente respaldadas em lei, bem como a necessidade de um Judiciário independente e imparcial, que respeite os direitos processuais ligados à formação do juízo²⁸. A pena, supostamente, tem o condão simbólico de restabelecer a lei, em uma perspectiva ritual e transcendente²⁹.

No entanto, não obstante auxiliar na superação da autoculpabilização, utilizar unicamente a intervenção penal (de forma simbólica e abstrata) pode reforçar os impactos vividos, tendo em vista que a punição não restaura as relações prejudicadas e pode fazer com que a vítima se sinta responsável por “prejudicar” um membro da família.

As concepções modernas sobre o acesso à justiça buscam descentralizar a função de resolução de conflitos do Poder Judiciário e distribuí-la para outros organismos governamentais (inclusive para a própria sociedade civil)³⁰. Ao distanciar-se de um ponto de vista exclusivamente jurídico dos conflitos, constroi um entendimento acerca do acesso à justiça também como política pública. Esse aspecto contribui para a adoção de um modelo restaurativo de justiça juvenil na medida em que facilita o desenvolvimento de ações preventivas, o enfoque multidisciplinar e a resolução extrajudicial das demandas sociais³¹.

²⁷ MACÊDO, Sóstenes Jesus dos Santos. **Sistema de Justiça (Penal) Restaurativo Algumas Reflexões do Modelo Brasileiro**. Dissertação de Mestrado. UFBA: 2016, p. 126.

²⁸ MELO, Eduardo Rezende. Crianças e adolescentes vítimas de abuso sexual: a emergência de sua subjetividade jurídica no embate entre modelos jurídicos de intervenção. Uma análise crítica sob o crivo histórico-comparativo. SECRETARIA DE DIREITOS HUMANOS (SDH); INSTITUTO NOSS. **Justiça Restaurativa em caso de abuso sexual intrafamiliar em criança e Adolescente**. Rio de Janeiro: Instituto Noos, 2012, p. 57.

²⁹ Ibid., p. 59.

³⁰ ORSINI, Adriana Goulart de Sena; SILVA, Lucas Jeronimo Ribeiro da. Por uma política pública de acesso à justiça juvenil restaurativa: para além do Poder Judiciário. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, n. 35, vol. esp., dez. 2016, p. 277.

³¹ Ibid., p. 279.

As mudanças observadas na legislação juvenil culminaram no ingresso de princípios constitucionais como referência da intervenção pública e como limitadores da punição estatal, além de promover a participação comunitária, inclusive no que tange aos mecanismos de proteção à criança e adolescente³².

Essa construção principiológica foi consubstanciada pelo SINASE, o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo, cuja criação efetivou os alicerces constitucionais sob os quais o ECA foi construído, no âmbito das medidas socioeducativas. Essa abertura legislativa (que trouxe fundamentos do modelo restaurativo e incentivou a execução de suas práticas) não deve ser analisada apenas no contexto do sistema terciário do ECA³³, tendo em vista que a operacionalização desse plano está agregada aos outros sistemas.

De acordo com o art. 35 da Lei 12.594/2012 do SINASE³⁴:

Art. 35.

[...]

II - excepcionalidade da intervenção judicial e da imposição de medidas, favorecendo-se meios de autocomposição de conflitos;

III - prioridade a práticas ou medidas que sejam restaurativas e, sempre que possível, atendam às necessidades das vítimas;

[...]

IX - fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários no processo socioeducativo.

Essas disposições, quando confrontadas com as legislações anteriores, atestam um novo referencial de tratamento, que se distancia da imposição de medidas com propósitos unicamente retributivos³⁵. O paradigma restaurativo se concretiza nessa normatização através do incentivo às práticas de autocomposição de conflitos, da participação da família e da comunidade, do atendimento às necessidades da vítima e de sua aproximação com o ofensor.

³² BRAGA, Débora Silva. **A adequação de métodos restaurativos nos crimes de abuso sexual intrafamiliar de crianças e adolescentes**. Trabalho de Conclusão de Curso. Bahia: UFBA, 2017, p. 8.

³³ A estrutura do ECA se alicerça em três sistemas de garantias: os sistemas primário, secundário e terciário. O sistema primário diz respeito às Políticas Públicas de Atendimento para crianças e adolescentes. Sua versão secundária abrange as Medidas de Proteção direcionadas à população infanto-juvenil do país que se encontra em situação de risco. No sistema terciário, por sua vez, abarca as medidas socioeducativas, aplicadas para adolescentes que praticaram atos infracionais. BRAGA, Débora Silva. **A adequação de métodos restaurativos nos crimes de abuso sexual intrafamiliar de crianças e adolescentes**. Trabalho de Conclusão de Curso. Bahia: UFBA, 2017, p. 9.

³⁴ BRASIL, Lei nº 12.594, de 18 de janeiro de 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12594.htm>. Acesso em: 09 jun 2017

³⁵ MACÊDO, Sóstenes Jesus dos Santos. **Sistema de Justiça (Penal) Restaurativo Algumas Reflexões do Modelo Brasileiro**. Dissertação de Mestrado. UFBA: 2016, p. 129.

Em contraposição ao tecnicismo judicial e à cultura punitiva, entra em cena a JR como uma possibilidade de atender as especificidades desse sistema de justiça, através de uma metodologia que una diferentes áreas e profissionais e identifique os pontos de fragilidade, a fim de otimizar a atuação estatal (principalmente no que tange à criação de políticas públicas)³⁶.

Nas ofensas praticadas em âmbito familiar, a resolução perpassa pela consideração das angústias emocionais e psicológicas das partes, o que é ignorado pelo paradigma punitivo. A intervenção deve ser singularizada, e o exame do sistema através de uma ótica restaurativa pode facilitar essas mudanças e contribuir para a adoção de uma nova linha de raciocínio, menos retributiva.

A estrutura jurídica que pauta a legislação juvenil já é guiada por uma lógica que difere do modelo penal tradicional. A introdução de práticas restaurativas não é uma novidade no contexto da execução das medidas socioeducativas e apresenta resultados positivos³⁷. Não há óbices para que sua aplicação se amplie para os outros sistemas de garantia, e efetive uma nova dinâmica de responsabilização penal baseada nos direitos da criança e do adolescente.

2.3 A justiça restaurativa nos delitos de crimes de abuso sexual intrafamiliar

As técnicas de enfrentamento do abuso sexual intrafamiliar devem abranger eixos de “proteção, responsabilização e restauração”³⁸, com vistas à redução desse tipo de violência. A justiça restaurativa está intimamente interligada a esse objetivo, ao operar como um ponto de intersecção entre as estratégias de transformação social e a promoção de uma “paz justa”, que repudia as tentativas de resolução dos conflitos através da violência³⁹.

De acordo com Claudia Cruz Santos, há ainda três questões a serem consideradas quando da aplicação da Justiça Restaurativa em crimes graves de

³⁶ ORSINI, Adriana Goulart de Sena; SILVA, Lucas Jeronimo Ribeiro da. Por uma política pública de acesso à justiça juvenil restaurativa: para além do Poder Judiciário. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, n. 35, vol. esp., dez. 2016, p. 274.

³⁷ Um exemplo é o “Projeto Justiça para o Século 21”, implementado na 3ª Vara Regional do Juizado da Infância e da Juventude de Porto Alegre. In: MACÊDO, Sóstenes Jesus dos Santos. **Sistema de Justiça (Penal) Restaurativo Algumas Reflexões do Modelo Brasileiro**. Dissertação de Mestrado. UFBA: 2016, p. 145.

³⁸ PASSOS, Celia. Justiça restaurativa como instrumental de aprimoramento do sistema vigente. SECRETARIA DE DIREITOS HUMANOS (SDH); INSTITUTO NOSS. **Justiça Restaurativa em caso de abuso sexual intrafamiliar em criança e Adolescente**. Rio de Janeiro: Instituto Noos, 2012, p. 181.

³⁹ Id.

violência doméstica: quando o conflito já esteja “solidificado” e “estrutural” ou se houver uma situação de extrema vulnerabilidade, não há como aplicar práticas restaurativas. Caso possam ser aplicadas, as partes podem não concordar (a voluntariedade é elemento fundamental). Por fim, não devem sempre⁴⁰ excluir a incidência do sistema criminal⁴¹.

No entanto, conclui que a possibilidade de aplicação dessas práticas não deve ser descartada, desde que seriamente observada a vontade de participação dos envolvidos⁴². Tal observação, no caso de vítimas crianças, retorna a discussão para limitação causada pela inerente condição de fragilidade (o que não deve ser confundido com uma incapacidade de escolha).

Uma interessante saída parece estar nas práticas restaurativas pós-sentenciais. Mesmo que aplicadas durante a fase de execução penal, opera como uma forma de pacificação interpessoal, objetivo que escapa ao direito penal⁴³. Nos conflitos de abuso sexual intrafamiliar, esse efeito pode atuar de forma ainda mais promissora, haja vista que o agressor continuará a fazer parte da família da vítima, mesmo que a relação tenha sido prejudicada. Aquele indivíduo não ficará para sempre na prisão e a sua vontade de reabilitação não deve ser ignorada, o que poderia contribuir para a sua reinserção social (e para restauração psicológica da vítima, caso aceitasse participar do procedimento, pois a reparação escolhida, nesses casos, dificilmente será de natureza patrimonial).

No contexto internacional⁴⁴, verifica-se a existência de práticas que não exigem a participação presencial da vítima, pois a prioridade é zelar pela sua segurança e impedir novas formas de vitimização. Além disso, a todo tempo é garantida a voluntariedade do procedimento e possibilidade de desistência⁴⁵.

⁴⁰ Nos casos de abuso sexual intrafamiliar, como já ressaltado, é ainda necessária a intervenção penal.

⁴¹ SANTOS, Cláudia Maria Cruz. **A justiça restaurativa. Um modelo de reacção ao crime diferente da justiça penal. Porquê, para quê e como?** Coimbra: [s.n.], 2013. Tese de doutoramento, p. 747.

⁴² Id.

⁴³ SANTOS, Cláudia Maria Cruz. **A justiça restaurativa. Um modelo de reacção ao crime diferente da justiça penal. Porquê, para quê e como?** Coimbra: [s.n.], 2013. Tese de doutoramento, p. 750.

⁴⁴ Como as Conferências Restaurativas de Grupos Familiares, utilizadas na Nova Zelândia e Austrália. YAZBEK, Vania Cury. MEIRELLES, Cristina. Dimensões extrajudiciais da justiça restaurativa (dimensão “clínica”) e metodologias utilizadas no mundo. SECRETARIA DE DIREITOS HUMANOS (SDH); INSTITUTO NOSS. **Justiça Restaurativa em caso de abuso sexual intrafamiliar em criança e Adolescente**. Rio de Janeiro: Instituto Noos, 2012, p. 90 e p. 96.

⁴⁵ MELO, Eduardo Rezende. Crianças e adolescentes vítimas de abuso sexual: a emergência de sua subjetividade jurídica no embate entre modelos jurídicos de intervenção. Uma análise crítica sob o crivo histórico-comparativo. SECRETARIA DE DIREITOS HUMANOS (SDH); INSTITUTO NOSS. **Justiça Restaurativa em caso de abuso sexual intrafamiliar em criança e Adolescente**. Rio de Janeiro: Instituto Noos, 2012, p. 77.

Pesquisadores ressaltam, ainda, que a justiça restaurativa possui a vantagem de não promover, inicialmente, a retirada da vítima do convívio familiar, medida comum em outros programas de proteção, o que oportuniza a construção de iniciativas que abarquem a participação de todos e um maior suporte assistencial⁴⁶. Ademais, pode oferecer mais segurança à palavra da vítima e abrir espaço para sua livre expressão, possibilitando que contribua para o processo decisional, estimular o reconhecimento da responsabilidade e, quando adequado e desejado, restaurar a relação⁴⁷.

No entanto, deve-se ter cautela antes de aplicá-la, e analisar as limitações existentes. Não obstante o progresso de alguns países na área⁴⁸, a preservação dos princípios e valores restaurativos em um contexto de constantes mudanças e a necessidade de utilizar profissionais confiáveis podem ser entraves em locais onde ainda está sendo estudada e desenvolvida, como o Brasil⁴⁹.

Especificamente no que diz respeito ao abuso sexual, suas peculiaridades dificultam qualquer tipo de intervenção (inclusive a criminal), como o potencial risco de nova vitimização durante o processo ou o já existente desequilíbrio de poder. Esse último aspecto constitui um dos principais entraves da justiça restaurativa em tais conflitos, uma vez que, na maioria dos casos, as vítimas são crianças e do sexo feminino, o que dificulta sobremaneira a tomada de decisões de forma igualitária⁵⁰.

Cabe, ainda, ressaltar que o processo restaurativo pode ser visto como uma alternativa demasiadamente tolerante e condescendente, o que pode ser solucionado caso não substitua a necessidade de medidas penais. A exigência do reconhecimento

⁴⁶ PENNELL, J. Stopping Domestic Violence or Protecting Children? Contributions from Restorative Justice. In: SULLIVAN, D.; TIFFT, L. (eds.). **Handbook of Restorative Justice: A Global Perspective**. Londres e Nova York: Routledge, Taylor & Francis Group, 2008 apud YAZBEK, Vania Cury. MEIRELLES, Cristina. Dimensões extrajudiciais da justiça restaurativa (dimensão “clínica”) e metodologias utilizadas no mundo. SECRETARIA DE DIREITOS HUMANOS (SDH); INSTITUTO NOSS. **Justiça Restaurativa em caso de abuso sexual intrafamiliar em criança e Adolescente**. Rio de Janeiro: Instituto Noos, 2012, p. 99.

⁴⁷ DALY, K. Restorative Justice and Sexual Assault: An Archival Study of Court and Conference Cases. *British Journal of Criminology*. 46, 2, 2006 apud YAZBEK, Vania Cury. MEIRELLES, Cristina. Dimensões extrajudiciais da justiça restaurativa (dimensão “clínica”) e metodologias utilizadas no mundo. SECRETARIA DE DIREITOS HUMANOS (SDH); INSTITUTO NOSS. **Justiça Restaurativa em caso de abuso sexual intrafamiliar em criança e Adolescente**. Rio de Janeiro: Instituto Noos, 2012, p. 99.

⁴⁸ Como EUA, Reino Unido, Austrália, Nova Zelândia, Canadá, Alemanha, entre outros. *Ibid.*, p. 90.

⁴⁹ CATÃO, Yolanda. Justiça restaurativa em casos de abuso sexual intrafamiliar de criança e adolescente: cenário internacional. SECRETARIA DE DIREITOS HUMANOS (SDH); INSTITUTO NOSS. **Justiça Restaurativa em caso de abuso sexual intrafamiliar em criança e Adolescente**. Rio de Janeiro: Instituto Noos, 2012, p. 17.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 18.

público de autoria, por parte do ofensor, pode se constituir como um obstáculo, pelas evidentes dificuldades que apresenta, ou também como vantagem, haja vista contribuir para a assunção de responsabilidades e para o uso positivo da “vergonha” sentida, principalmente em agressores de baixo e médio risco⁵¹.

Por fim, no que concerne ao Poder Judiciário, o atendimento deve funcionar em rede com os outros órgãos do “Sistema de Garantia de Direitos da Criança e do Adolescente”, e os profissionais responsáveis por esse serviço devem receber capacitações frequentes, além de especializações no campo da violência doméstica⁵².

Conforme lição de Antonio Oliveira, é imprescindível a tomada de “ações de proteção e responsabilização pautadas na interdisciplinaridade e na intersetorialidade nos casos de abuso sexual intrafamiliar de crianças”⁵³. Ou seja, não basta que essas ações visem apenas reunir informações para o processo decisional dos órgãos institucionais: o suporte precisa abranger um apoio psíquico e emocional também como uma forma de enfrentamento, com incentivo ao diálogo interno e à capacidade de restauração das relações (sem que isso signifique abrandamento das necessárias punições)⁵⁴.

2.4 Os ofensores sexuais sob um novo prisma

Sem intentar emitir um juízo de valor acerca dessa afirmação, existe a crença de que a pena contem um “mal que se pretende transformar num bem”⁵⁵, e que o Estado deve garantir os meios necessários para possibilitar essa mudança, a partir da posterior reintegração do ofensor à comunidade⁵⁶.

Contudo, conforme lição de Claudia Cruz, vislumbrar um castigo na pena não quer dizer que esta seja sua finalidade, e sim que o castigo existe para persegui-la.

⁵¹ YAZBEK, Vania Cury. MEIRELLES, Cristina, op. cit., p. 101.

⁵² MOURA, Ana Cristina Amaral Marcondes de. Dinâmicas institucionais revitimizadoras: necessidade de reorganização e articulação do fluxo interinstitucional de atendimento e aprimoramento da justiça. SECRETARIA DE DIREITOS HUMANOS (SDH); INSTITUTO NOSS. **Justiça Restaurativa em caso de abuso sexual intrafamiliar em criança e Adolescente**. Rio de Janeiro: Instituto Noos, 2012, p. 111.

⁵³ OLIVEIRA, Antonio Carlos de. Abuso sexual intrafamiliar de crianças e a família como totalidade. In: O Social em Questão: ano XV, nº. 28, 2012, p. 253.

⁵⁴ OLIVEIRA, Antonio Carlos de. Abuso sexual intrafamiliar de crianças e a família como totalidade. In: O Social em Questão: ano XV, nº. 28, 2012, p. 253.

⁵⁵ SANTOS, Cláudia Maria Cruz. **A justiça restaurativa. Um modelo de reacção ao crime diferente da justiça penal. Porquê, para quê e como?** Coimbra: [s.n.], 2013. Tese de doutoramento, p. 348.

⁵⁶ Ibid., p. 349.

Essa punição deve ser adequada a esse fim, tanto teoricamente, quanto na sua práxis⁵⁷.

Essas reflexões estão intimamente interligadas com a incongruência da resposta penal nos casos dos agressores sexuais aqui estudados. Além de serem estigmatizados socialmente, são frequentemente expostos a tratamentos degradantes na prisão, causados por um sentimento moral de intenso repúdio que seus atos provocam. São responsáveis pela desagregação da própria família, e não recebem nenhuma assistência estatal para sua reintegração.

Maher Muslek, psicólogo clínico com extensa experiência no atendimento a ofensores sexuais, afirma que quase a totalidade de seus pacientes foram também vítimas de abuso sexual⁵⁸. Não se pretende aqui formar um determinismo acerca das possíveis causas psíquicas dessa modalidade de violência, mas ratificar a complexidade dessa questão, e a necessidade de mudança na forma como esses sujeitos são encarados.

“As finalidades preventivas revelam que também o sistema de justiça penal é perpassado pelo objetivo de curar”⁵⁹. A questão é como e o que tem sido feito nesse sentido pelo sistema criminal. As falhas apresentadas são latentes, e ignoram a indispensabilidade de tratamento desse “vitimizador-vítima”, direcionado a auxiliá-lo no abandono desse ciclo de violência⁶⁰. O olhar demonizante sobre o agressor apenas intensifica o desconhecimento acerca do universo de motivações, dor e sofrimento que circunda o abuso sexual intrafamiliar. Impede, ainda que de forma indireta, o desenvolvimento de programas de atendimento específicos para esses indivíduos, inexistentes no Brasil.

A justiça restaurativa pode oferecer alternativas que auxiliem a transformar essas deficiências. Além disso, em virtude das vítimas e dos outros sujeitos envolvidos apresentarem fortes vínculos afetivos com o ofensor, métodos aptos a estimular a compreensão de seus atos e suas conseqüências podem ser ainda mais efetivos.

⁵⁷ SANTOS, op. cit., p. 352.

⁵⁸ MUSLEK, Maher Hassan. Novos olhares sobre os vitimizadores sexuais. SECRETARIA DE DIREITOS HUMANOS (SDH); INSTITUTO NOSS. **Justiça Restaurativa em caso de abuso sexual intrafamiliar em criança e Adolescente**. Rio de Janeiro: Instituto Noos, 2012, p. 147.

⁵⁹ SANTOS, op. cit., p. 355.

⁶⁰ MUSLEK, Maher Hassan. Novos olhares sobre os vitimizadores sexuais. SECRETARIA DE DIREITOS HUMANOS (SDH); INSTITUTO NOSS. **Justiça Restaurativa em caso de abuso sexual intrafamiliar em criança e Adolescente**. Rio de Janeiro: Instituto Noos, 2012, p. 153.

Há de se reconhecer as dificuldades em lidar com agressores sexuais, mas isso não pode ser um óbice para a criação de serviços que os atendam e que os ajudem na desconstrução dessa estigmatização/marginalização⁶¹. A pena isola o ofensor e o retira do convívio social, impondo sofrimento e angústia. Será que se constitui como medida suficiente para alcançar seus fins? É razoável apenas condenar um sujeito que precisa de tratamento e suporte? É preciso superar esse olhar repudiante e encarar o conflito de uma forma sistêmica para aumentar as chances de interrupção de uma seqüência transgeracional de dor e violência.

3. ANÁLISE DE UM CASO DE ABUSO SEXUAL INTRAFAMILIAR

3.1 Apresentação e critérios utilizados para a análise do caso

Para essa parte do trabalho, foi solicitado junto à 2ª Vara dos Feitos Relativos aos Crimes Praticados contra Criança e Adolescente da Comarca de Salvador um processo judicial que envolvesse criança ou adolescente, como vítima de abuso sexual no âmbito intrafamiliar. A seleção do caso foi realizada pela MM. Juíza Titular Dra. Ailze Botelho de Almeida Rodrigues, de acordo com os critérios já citados.

Foram disponibilizados dois processos, já transitados em julgado, referentes ao mesmo ofensor e vítimas. Nessa análise, será observado, rigorosamente, o segredo de justiça, e as identidades da vítima e da família serão preservadas através da utilização de nomes fictícios.

A partir de análise documental e da divisão do processo em etapas, foram examinados os seguintes aspectos: procedimento realizado para a oitiva dos envolvidos; presença/ausência de assistência psicológica para a família; duração do processo; existência de programas de suporte e/ou equipes interdisciplinares; articulação entre os órgãos responsáveis pela garantia de direitos das crianças e adolescentes; especialização dos profissionais e procedimento de produção de prova.

Cabe, ainda, ressaltar que o objetivo do presente tópico não é construir evidências científicas acerca do tema estudado, tendo em vista que não foram observados os requisitos de uma pesquisa qualitativa, além das inerentes limitações que a análise documental oferece. Com efeito, a finalidade é solidificar o entendimento da problemática em tela e ilustrar/exemplificar os aspectos relacionados às limitações da utilização da justiça convencional de forma isolada, a partir de um caso verdadeiro.

⁶¹ Id.

3.2 O caso

Trata-se de um caso de abuso sexual incestuoso, cometido pelo genitor contra suas duas filhas, Marcela e Leila, com 09 (nove) e 12 (doze) anos de idade, respectivamente, e contra sua enteada, Eliana, com 15 (quinze) anos de idade. A família era composta de oito membros: duas filhas e dois filhos em comum ao casal, além uma filha e um filho da genitora, concebidos em outro casamento.

Conforme relatado no processo (Ação Penal nº 0381642-84.2012.8.05.0001), após a situação de abuso ter sido revelada por Eliana, a tia da jovem se dirigiu ao Conselho Tutelar mais próximo. A Conselheira Tutelar realizou a oitiva das vítimas, bem como da responsável, e encaminhou o caso para a Delegacia Especializada de Repressão a Crimes contra a Criança e o Adolescente (DERCA).

Eliana relatou sofrer a violência sexual desde os 09 (nove) anos de idade. Leila, por sua vez, confirmou a ocorrência do abuso por “mais ou menos cinco vezes”. Marcela utilizava de termos infantis para indicar as “carícias” em suas partes íntimas. Conforme as descrições das duas primeiras vítimas, os atos libidinosos permeavam, além das carícias, sexo oral e penetração.

3.2.1 Etapa nº. 1 da fase de inquérito policial

Após o registro de ocorrência na DERCA, as vítimas foram chamadas para comparecer na Delegacia. De acordo com seus termos de declarações, foram inquiridas pela Autoridade Policial e Escrivã de Polícia, servidoras do sexo feminino. Em anexo aos termos, constavam cartas escritas pelas meninas sobre a situação de abuso (a carta escrita por Marcela estava ilegível).

Segundo Eliana, “[...] Leila não estava querendo falar sobre os abusos porque estava com medo do pai ser preso”. Apesar de ter relatado a situação, Leila, ao final, afirmou que “não gosta de falar sobre o assunto”.

A genitora das crianças, ao ser inquirida pela autoridade policial, alegou desconhecimento sobre a situação de violência. Questionou sua filha Eliana sobre os fatos uma única vez e, diante da negativa, dissolveu as suspeitas acerca dos acontecimentos.

Constava, também, cópia de Relatório Social, documento elaborado pela assistente social. O relato de atendimento das vítimas demonstrava que as jovens descreveram, novamente, o ocorrido para a profissional. Foi sugerido acompanhamento psicológico das menores.

Os Laudos de Exame de Constatação de Conjunção Carnal e/ou Verificação de Ato Libidinoso, efetuados por um perito do Departamento de Polícia Técnica do IML, possuía a mesma conclusão para as três vítimas, que consistia em: [...] “Trata-se de pericianda com integridade himenal, sem sinais de conjunção carnal recente presente e sem elemento para afirmar ou negar a prática de ato libidinoso”.

Não fica claro, no processo, se as cartas foram escritas durante a oitiva realizada pelo Conselho Tutelar ou na Delegacia. Até esse ponto das investigações, não há sinais de intervenção de um psicólogo, seja para facilitar a realização da escuta ou para acompanhamento das vítimas. Os órgãos citados apresentam poucos sinais de comunicação e troca de informações, o que obriga as jovens a comparecerem em locais diversos e rememorarem a situação de violência, como ficou evidenciado pelo Relatório Social acostado aos autos. Quanto à perícia, não há elementos suficientes para analisar a sua conclusão.

3.2.2 Etapa nº. 2 da fase de inquérito policial

Meses após a realização da oitiva, foram novamente inquiridas pela Autoridade Policial. Na oportunidade, Marcela afirmou que “não é verdade ter a declarante sofrido abuso sexual praticado por seu genitor; que na verdade efetuou as acusações contra o pai induzida por sua tia” e por sua irmã Eliana. Leila sustentou a mesma versão.

A tia das crianças aduziu “[...] já ter presenciado a genitora de Marcela e Leila dizendo para as meninas que estas ao acusarem o pai de abuso sexual iriam provocar a prisão do mesmo e provavelmente ele seria assassinado na prisão; que diante desta pressão acredita a declarante que suas sobrinhas mentiram no novo depoimento com receio de prejudicar o pai, pois apesar das violências as duas garotas gostam do genitor” [sic].

Eliana informou que “naquela oportunidade ao ser inquirida no CRAS sobre prováveis abusos sexuais praticados pelo padrasto a declarante negou a prática de qualquer tipo de violência, apenas posteriormente a declarante resolveu contar para sua tia sobre os abusos. Afirmar estar convivendo com sua tia, pois não quer mais viver com sua mãe e padrasto”.

A Conselheira Tutelar também foi inquirida e, ao relatar os fatos, demonstrou ter domínio sobre o ocorrido. Apresentou novas informações, no sentido de que a falta de ação da genitora foi incentivada por receio do marido, que apresentava uma

conduta violenta, bem como que as crianças não denunciavam em virtude de não querer ver o seu pai ser preso.

Por fim, o relatório do inquérito solicitava o arquivamento dos autos, diante da inexistência de provas concretas e materiais da prática do crime, e lastreava esse entendimento na prova pericial, no interrogatório do acusado (que negou os fatos) e nos depoimentos das testemunhas, já que duas vizinhas da família ressaltaram sua descrença na veracidade da situação de abuso.

Apesar da aparente integração entre o Conselho Tutelar e a DERCA, o objetivo da oitiva da conselheira se limitou ao esclarecimento de possíveis contradições. As vítimas foram, mais uma vez, constrangidas a relembrem o abuso e, apesar das informações anteriormente colhidas pela conselheira, não houve compartilhamento entre os órgãos. A mecanicidade do sistema e a falta de especialização dos profissionais são ilustrados no relatório do inquérito policial, que se limita a analisar a “aparência” dos indícios coletados, sem considerar a complexidade da situação e o perfil dos envolvidos, crianças como possíveis vítimas de graves acusações.

A complexidade desses casos também se revela nos depoimentos das jovens e das testemunhas. O medo de prejudicar um membro da família é constantemente citado por todos os sujeitos ouvidos. A própria genitora demonstra um comportamento contraditório, no qual sentimentos de medo e preocupação se misturam. Os vínculos afetivos compartilhados e a estigmatização social do abuso podem ser fatores que contribuem para tal atitude. Ainda não se observa a existência de apoio psicológico para a família.

3.2.3 Etapa nº. 3 da fase de inquérito policial

O parecer elaborado pela Promotora de Justiça opinava pelo não arquivamento dos autos, tendo em vista que as contradições presentes eram comuns em casos de abuso sexual intrafamiliar. Tal fato reforçou a necessidade de novas medidas de investigação.

O Relatório de Atendimento Psicológico realizado pelo “Programa Viver” (Serviço de Atenção a Pessoas em Situação de Violência Sexual⁶²), relatava intenso sofrimento psíquico e emocional das envolvidas.

⁶² Ligado à Secretaria de Segurança Pública do Estado da Bahia, o projeto tem como escopo reduzir os efeitos da agressão sexual para as vítimas e suas famílias, através de uma rede interdisciplinar e atendimento médico e psicossocial especializado. MUHANA, Rúbia Fadul (coord.). **Guia de Serviços**

O Relatório de Acompanhamento, produzido pelo Serviço de Apoio Psicossocial do Centro de Apoio Operacional da Criança e do Adolescente (CAOCA), órgão do Ministério Público do Estado da Bahia, foi realizado através de entrevistas, acompanhadas pelo “Projeto Viver”. Conforme seu conteúdo, Leila justificou ter mentido por acreditar que, com essa conduta, os conflitos familiares acabariam. Ressaltou também que, após o registro da ocorrência, não houve diálogo na família sobre o assunto. Marcela, por sua vez, disse estar com saudades da irmã Eliana e alegre com o retorno do genitor para o lar. No que tange à genitora, esta evidenciou que não mantinha mais contato com sua filha Eliana.

Em novo Relatório de Atendimento Psicológico (elaborado pelo “Programa Viver”) as vítimas Leila e Marcela demonstraram “preocupação excessiva” em afirmar a inocência do genitor, através de falas contraditórias. Mudanças bruscas no comportamento das jovens foram também relatadas.

Foi realizada nova oitiva da tia, em companhia da adolescente Eliana, no Ministério Público. Em Relatório Psicossocial produzido meses depois, através de visitas domiciliares e 06 (seis) atendimentos, foram noticiadas tentativas de suicídio por parte da jovem.

Nessa fase do processo, percebe-se uma maior interação entre os órgãos responsáveis pela garantia dos direitos da criança e do adolescente, além de acompanhamento psíquico e emocional para as vítimas e para genitora, através de equipe interdisciplinar. É possível extrair que a colheita de informações em espaços adequados e com profissionais devidamente capacitados pode ser mais produtivo, no sentido de identificação das reais necessidades das vítimas e da família, e dos impactos que o processo pode causar nesses sujeitos.

Projetos como o “Programa Viver”, que apresentou um método de escuta aparentemente adequado, são necessários para o suporte dos envolvidos. Conforme conclusão dos relatórios, foi evidenciado que “esta é uma situação extremamente complexa, com inúmeros fatores envolvidos e alto grau de sofrimento em diversos agentes, que requer análise criteriosa das variáveis expostas”. Esses aspectos não podem ser ignorados.

No entanto, não foi identificada nenhuma espécie de assistência ou de suporte para o ofensor. Além do interrogatório, não há outros registros de pronunciamento

de Atenção a Pessoas em Situação de Violência. 2ª. ed. Salvador, 2003. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/dados/guias/a_pdf/guia_sit_violencia_ba.pdf>. Acesso em: 22 ago. 2017.

direto de sua parte. Todas as referências à sua figura são feitas por outras pessoas, e não foi disponibilizado acompanhamento psicológico.

No que tange ao “Programa Viver”, atualmente, as notícias são desanimadoras. No início do ano de 2017, os serviços foram suspensos em virtude da finalização dos contratos com profissionais de psicologia e assistência social, da modalidade Regime Especial de Direito Administrativo (REDA)⁶³.

É necessário elaborar projetos como esse, para atuação de forma integrada, já que o atendimento em rede qualifica o serviço. O sucateamento do programa atenta para a carência de múltiplas iniciativas que ofereçam uma assistência para as pessoas imersas em uma situação de abuso sexual.

3.2.4 Fase judicial

Em audiência gravada, em meio audiovisual, foi realizada nova oitiva das vítimas sobre a situação de abuso, efetivada pelo Juiz titular da Vara, à época dos fatos.

Informações importantes foram extraídas de um novo relatório produzido pelo “Programa Viver”, acostado aos autos em 2014: antes da conclusão do inquérito policial, foi exibida entrevista em um programa local com a Delegada responsável pela condução das investigações e com o ofensor, que utilizou a oportunidade para alegar a sua inocência. O genitor é descrito como uma pessoa agressiva. No deslinde do processo, abandonou o lar e estava em um novo relacionamento.

A mãe das vítimas, conforme o relatório, “passou a adotar um posicionamento de repreensão ao suposto autor da violência, como veemência na decisão de tirar o suposto autor de casa e procura de informações sobre as provas”.

Leila, após o exame pericial realizado para o outro processo, também mudou sua atitude, e expressou tristeza e repúdio à figura do pai, bem como reconheceu a necessidade de atendimento para superação da violência sofrida. Relatou que o abuso continuou a ocorrer, tendo cessado apenas com a prisão do ofensor. Marcela também confirmou a continuidade dos abusos e apresentou comportamentos

⁶³ ALMIRANTE, Juliana. Projeto Viver suspende serviços psicológicos e obriga vítimas de violência sexual a abandonar tratamento. **G1 BA**, Salvador, 27 maio 2017. Disponível em: <<http://g1.globo.com/bahia/noticia/projeto-viver-suspende-servicos-psicologicos-e-obriga-vitimas-de-violencia-sexual-a-abandonar-tratamento.ghml>>. Acesso em: 22 ago. 2017.

indicativos de vulnerabilidade, indisciplina, desobediência e de desinteresse pelos estudos.

O genitor foi inicialmente condenado pelo juízo da 2ª Vara dos Feitos Relativos aos Crimes praticados contra a Criança e o Adolescente a 70 (setenta) anos de reclusão, em regime fechado, em sentença publicada no ano de 2012. Todos os recursos interpostos pela Defensoria Pública não obtiveram êxito.

Observa-se, dos autos, que não há nenhuma forma de incentivo à assunção de responsabilidade pelo ofensor e apenas se reforça o temor da repreensão penal. A publicidade dada ao caso, mediante a comunidade, é utilizada de forma negativa e desrespeitosa às vítimas, o que caracteriza a ocorrência da vitimização terciária e pode reforçar o clima de animosidade. A falta de suporte ao ofensor e de um programa específico o retirou do processo de acompanhamento e dificultou a avaliação do caso de forma sistêmica, visto que não incluía todos os sujeitos nela imersos. Ademais, as oitivas foram, novamente, inadequadas, e aumentaram os riscos de revitimização.

3.2.5 Processo nº. 2

O ofensor foi, mais uma vez, denunciado em 2013, pela prática do mesmo crime, contra suas duas filhas, Leila e Marcela (Ação Penal nº. 0388207-30.2013.8.05.0001).

O caso foi registrado em denúncia oriunda do “Disque Direitos Humanos” – Departamento de Ouvidoria Nacional de Direitos Humanos. Posteriormente, foi encaminhado para a DERCA, para o Conselho Tutelar e para o Centro de Apoio Operacional às Promotorias da Infância e Juventude (CAOPIJ). Na fase de inquérito policial, as vítimas foram ouvidas por um Delegado de Polícia civil e por uma Escrivã de Polícia civil.

O Laudo de Exame de Constatação de Conjunção Carnal, realizado por um perito do Departamento de Polícia Técnica – IML, concluía, em relação à Marcela: “examinada pré-púbere e virgem em face aos elementos encontrados”. No que tange a Leila: “examinada com sinais de desvirginamento antigo e sem elementos para afirmar ou negar a conjunção carnal recente [...]”.

Na fase judicial, foram colhidas declarações das vítimas pela Autoridade Judicial, em audiência gravada em meio audiovisual.

Foi relatado, no processo, que a comunidade de origem da família tinha conhecimento dos fatos, já que o ofensor teria mostrado o laudo do exame para os vizinhos e demais conhecidos do bairro. Havia registro de tráfico de drogas no local.

A sentença, proferida em 2014 pelo juízo da 2º Vara dos Feitos Relativos aos Crimes praticados contra a Criança e o Adolescente, condenou o réu a 52 anos de reclusão, em regime fechado. Todos os recursos interpostos pela Defensoria Pública não obtiveram êxito.

Ao final do processo, decisão de unificação de penas para 122 (cento e vinte dois) anos de reclusão. É a primeira decisão onde se encontra requerimento e deferimento de avaliação psicológica do genitor.

O procedimento realizado para a oitiva das vítimas, nas duas fases da ação penal, foi inadequado. Houve assistência psicológica para as crianças e para a genitora, contudo, inexistem informações acerca do atendimento ao ofensor. Cabe, ainda, ressaltar que o distanciamento de Eliana da família também prejudicou seu suporte psíquico e emocional por profissionais habilitados. Em que pese os méritos do programa, não há iniciativas que incentivem o diálogo entre os envolvidos.

A comunidade apenas participou do processo como meio de produção de provas, a partir da colheita de declarações das testemunhas. A duração de ambos os processos, até a prolação da sentença de primeiro grau, que requer maior contato com as vítimas, foi razoável.

Restou prejudicada a avaliação da articulação entre os órgãos responsáveis pela garantia de direitos das crianças e adolescentes, já que, após o encaminhamento inicial efetivado pelo Departamento de Ouvidoria Nacional de Direitos Humanos, não há documentos que retratem as ações posteriores. Não há maiores informações que indiquem a especialização dos profissionais envolvidos.

3.3 Conclusão

Conforme lição de Dalka Ferrari, o abuso sexual intrafamiliar coloca a vítima em uma posição de abandono e provoca sentimentos de culpa, em um contexto de contradição entre os vínculos afetivos e as ameaças comumente perpetradas. O ofensor, por sua vez, nega “o impacto moral e psicológico dessa violência”,

menospreza seus relatos e incentiva a culpa para não assumir sua responsabilidade e continuar com o abuso⁶⁴.

Os aspectos evidenciados pela autora estão notoriamente presentes no caso estudado. A descrença inicial na situação de abuso foi um dos motivos da sua perpetuação, e em vários momentos estava presente na fala das jovens a autoculpabilização pelas acusações contra o próprio pai. O ofensor, por sua vez, negava veementemente a ocorrência da violência, e a falta de assistência psicológica dificultou a apreensão de elementos contundentes sobre sua personalidade e histórico de vida.

Os procedimentos realizados para a oitiva das vítimas, em sua maioria, aumentaram os riscos de revitimização e não tinham, como prioridade, o bem-estar das crianças, mas a colheita de informações para o processo e a superação das contradições surgidas durante o curso processual. A integração entre os órgãos responsáveis pela garantia dos direitos da criança e do adolescente é ainda limitada e o compartilhamento das informações, nesse caso, não foi suficiente para minimizar os efeitos de novas formas de vitimização.

A aproximação entre o “Projeto Viver” e as instituições formais de poder ajudou a qualificar o serviço, apesar das falhas existentes. Contudo, essa iniciativa, por si só, não tem o condão de sanar as negligências observadas em virtude da falta de articulação entre os órgãos.

Em que pese o acompanhamento psicológico, não houve incentivo ao diálogo na família. Tal fato, além de prejudicar a assistência oferecida para Eliana, que abandonou o serviço após se distanciar de sua genitora, pode ter reforçado as tentativas de mascarar os sentimentos e de ocultar a violência.

A complexidade revelada pela análise em comento, presente nas contradições dos depoimentos ao longo do processo, demonstra a extrema situação de vulnerabilidade das vítimas e a possibilidade constante de manipulação a que estão expostas. Além de atestar uma das limitações apontadas pelos pesquisadores, é um fator que dificulta a aplicação de práticas restaurativas e aumenta, sobremaneira, os critérios a serem observados.

⁶⁴ FERRARI, Dalka Chaves de Almeida. Dinâmicas familiares do abuso sexual e metodologias de atendimento integrado. **Justiça Restaurativa em caso de abuso sexual intrafamiliar em criança e Adolescente**. Rio de Janeiro: Instituto Noos, 2012, p. 141.

Observa-se, ainda, que não há nenhuma espécie de programa de suporte para o ofensor, ou acompanhamento psicológico. A assunção de responsabilidade também não é incentivada e o temor da resposta penal (que resultou em uma pena de proporções significativas) apenas reforçaram as “feridas” existentes na família. É possível, também, verificar as dificuldades presentes no manejo com ofensores de “alto risco”. Em que pese a falta de elementos clínicos que pudessem corroborar com essa impressão, a descrição do genitor, durante o processo, e a continuidade prolongada do abuso, mesmo após as denúncias, são evidências dessa constatação.

Por fim, além das falhas e dificuldades já relatadas, é oportuno destacar o papel da comunidade. Apesar de ter conhecimento da situação, esse elemento não foi aproveitado de forma positiva. A preocupação do ofensor em “provar” a sua inocência perante seus conhecidos atesta a influência que a repreensão moral pode proporcionar. Esses são elementos ignorados pela maioria dos órgãos responsáveis pela tutela de direitos, que mecanizam a sua atuação.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho teve, como objetivo, analisar a aplicação da Justiça Restaurativa e suas práticas em delitos de abuso sexual intrafamiliar contra crianças e adolescentes, a fim de auxiliar na concretização dos direitos elencados pela legislação infanto-juvenil, bem como de reduzir os impactos causados pelo processo judicial.

A Lei do SINASE (Lei nº. 12.594/12), além de inaugurar uma forma mais humanizada de tratamento ao adolescente infrator, apartou-se de um modelo pautado em objetivos predominantemente punitivos e representou a abertura legislativa necessária para a adoção de mudanças na prática institucional da Justiça Juvenil.

A Justiça Restaurativa, ao entender o crime como uma violação de relacionamentos, e não como mero descumprimento da lei, oportuniza a participação ativa dos envolvidos e incentiva o diálogo, bem como a assunção de responsabilidades. Como a estrita necessidade de punir o ofensor não é uma resolução suficiente no contexto do abuso sexual intrafamiliar, no qual os problemas da justiça convencional são exacerbados pela complexidade da situação, as práticas restaurativas podem atuar como uma alternativa apta a minimizar esses entraves.

As particularidades da justiça juvenil demonstraram a inadequação da sua aproximação com os paradigmas pelos quais a justiça convencional foi erigida, e uma



abertura teórica para introdução de métodos restaurativos. Contudo, no cenário brasileiro, ainda existem muitas dificuldades. Além das limitações já expostas pela literatura, como o reforço à situação de vulnerabilidade, o potencial risco de revitimização e o desequilíbrio de poder, existem graves problemas estruturais, relacionados à falta de atuação conjunta dos órgãos institucionais, a carência de capacitação profissional e a uma mentalidade predominantemente retributiva.

No Brasil, as práticas restaurativas, caso os critérios apontados na pesquisa sejam observados rigorosamente, podem ser frutíferas para ofensores sexuais de baixo e médio risco (desde que acompanhadas de programas específicos para esses agressores). Percebe-se, assim, que sua aplicação está condicionada à adoção de diversas ações governamentais e da sociedade civil. Essa necessidade, no entanto, deve ser considerada independentemente da introdução desses métodos. A prevenção é a melhor estratégia de enfrentamento.

O atendimento em rede, o oferecimento de suporte clínico por uma equipe interdisciplinar e a integração entre os organismos institucionais, a família e a comunidade são também medidas imprescindíveis. As limitações apresentadas não devem ser um impedimento, e sim uma motivação para que os profissionais atuantes na área invistam em novas iniciativas, tendo em vista que o processo de reciclagem do sistema é necessário para seu progresso, no sentido de efetivação da legislação que tem por objeto a infância e a juventude.

REFERÊNCIAS

AZAMBUJA. **Violência sexual intrafamiliar: é possível proteger a criança?** In: Revista Virtual Textos & Contextos, nº 5, ano V, nov. 2006.

ALMIRANTE, Juliana. Projeto Viver suspende serviços psicológicos e obriga vítimas de violência sexual a abandonar tratamento. **G1 BA**, Salvador, 27 maio 2017. Disponível em: <<http://g1.globo.com/bahia/noticia/projeto-viver-suspende-servicos-psicologicos-e-obriga-vitimas-de-violencia-sexual-a-abandonar-tratamento.ghtml>>. Acesso em: 22 ago. 2017.

BRAGA, Débora Silva. **A adequação de métodos restaurativos nos crimes de abuso sexual intrafamiliar de crianças e adolescentes**. Trabalho de Conclusão de Curso. Bahia: UFBA, 2017.

BRASIL, **Lei nº 12.594, de 18 de janeiro de 2012**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12594.htm>. Acesso em: 08 jun 2017.

CATÃO, Yolanda. Justiça restaurativa em casos de abuso sexual intrafamiliar de criança e adolescente: cenário internacional. In: SECRETARIA DE DIREITOS HUMANOS (SDH); INSTITUTO NOSS. **Justiça Restaurativa em caso de abuso sexual intrafamiliar em criança e Adolescente**. Rio de Janeiro: Instituto Noos, 2012, p. 13-42.

FALEIROS, Vicente de Paula. Abuso Sexual de Crianças e Adolescentes: Trama, Drama e Trauma. In: **Serviço Social & Saúde**. Campinas, V. 2, N. 2, P. 65-82.

FERRARI, Dalka Chaves de Almeida. Dinâmicas familiares do abuso sexual e metodologias de atendimento integrado. In: SECRETARIA DE DIREITOS HUMANOS (SDH); INSTITUTO NOSS. **Justiça Restaurativa em caso de abuso sexual intrafamiliar em criança e Adolescente**. Rio de Janeiro: Instituto Noos, 2012, p. 119-144.

MACÊDO, Sóstenes Jesus dos Santos. **Sistema de Justiça (Penal) Restaurativo Algumas Reflexões do Modelo Brasileiro**. Dissertação de Mestrado. UFBA: 2016.

MELO, Eduardo Rezende. Crianças e adolescentes vítimas de abuso sexual: a emergência de sua subjetividade jurídica no embate entre modelos jurídicos de intervenção. Uma análise crítica sob o crivo histórico-comparativo. In: SECRETARIA DE DIREITOS HUMANOS (SDH); INSTITUTO NOSS. **Justiça Restaurativa em caso de abuso sexual intrafamiliar em criança e Adolescente**. Rio de Janeiro: Instituto Noos, 2012, p. 45-87.

MOURA, Ana Cristina Amaral Marcondes de. Dinâmicas institucionais revitimizadoras: necessidade de reorganização e articulação do fluxo interinstitucional de atendimento e aprimoramento da justiça. In: SECRETARIA DE DIREITOS HUMANOS (SDH); INSTITUTO NOSS. **Justiça Restaurativa em caso de abuso sexual intrafamiliar em criança e Adolescente**. Rio de Janeiro: Instituto Noos, 2012, p. 107-117.

MUHANA, Rúbia Fadul (coord.). **Guia de Serviços de Atenção a Pessoas em Situação de Violência**. 2ª. ed. Salvador, 2003. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/dados/guias/a_pdf/guia_sit_violencia_ba.pdf>. Acesso em: 22 ago. 2017.

MUSLEK, Maher Hassan. Novos olhares sobre os vitimizadores sexuais. SECRETARIA DE DIREITOS HUMANOS (SDH); INSTITUTO NOSS. **Justiça Restaurativa em caso de abuso sexual intrafamiliar em criança e Adolescente**. Rio de Janeiro: Instituto Noos, 2012, p. 145-155.

OLIVEIRA, Antonio Carlos de. Abuso sexual intrafamiliar de crianças e a família como totalidade. In: **O Social em Questão**: ano XV, nº. 28, 2012, p. 233-262.

ORSINI, Adriana Goulart de Sena; SILVA, Lucas Jeronimo Ribeiro da. Por uma política pública de acesso à justiça juvenil restaurativa: para além do Poder Judiciário. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**. Porto Alegre, n. 35, vol. esp., dez. 2016, p. 271-288.

PASSOS, Celia. Justiça restaurativa como instrumental de aprimoramento do sistema vigente. In: SECRETARIA DE DIREITOS HUMANOS (SDH); INSTITUTO NOSS. **Justiça Restaurativa em caso de abuso sexual intrafamiliar em criança e Adolescente**. Rio de Janeiro: Instituto Noos, 2012, p. 173-196.

PEDERSEN, Jaina Raqueli. **Abuso Sexual Intrafamiliar: do silêncio ao seu enfrentamento**. Dissertação de Mestrado. Porto Alegre: PUCRS, 2010.

SANTOS, Benedito Rodrigues dos Santos. GONÇALVES, Itamar Batista. **Depoimento Sem Medo (?)**. **Culturas e Práticas Não-Revitimizantes. Uma Cartografia das Experiências de Tomada de Depoimento Especial de Crianças e Adolescentes**. São Paulo: Childhood Brasil (Instituto WCF – Brasil), 2008.

SANTOS, Cláudia Maria Cruz. **A justiça restaurativa. Um modelo de reacção ao crime diferente da justiça penal. Porquê, para quê e como?** Coimbra: [s.n.], 2013. Tese de doutoramento.

SECRETARIA DE DIREITOS HUMANOS (SDH); INSTITUTO NOSS. **Justiça Restaurativa em caso de abuso sexual intrafamiliar em criança e Adolescente**. Rio de Janeiro: Instituto Noos, 2012.



YAZBEK, Vania Cury. MEIRELLES, Cristina. Dimensões extrajudiciais da justiça restaurativa (dimensão “clínica”) e metodologias utilizadas no mundo. In: SECRETARIA DE DIREITOS HUMANOS (SDH); INSTITUTO NOSS. **Justiça Restaurativa em caso de abuso sexual intrafamiliar em criança e Adolescente.** Rio de Janeiro: Instituto Noos, 2012, p. 89-106.



MAPEANDO A IMPUNIDADE

I MAPPING IMPUNITY

Zully Ferreira Borges¹

Resumo: O presente trabalho discute a impunidade em relação aos crimes dolosos contra a vida, notadamente a conduta praticada pelos indivíduos com o objetivo de ceifar a vida do outro, classificada no Código Penal vigente como homicídio e tipificada no art. 121 do nosso Código Penal. Busca-se, com o estudo, retratar a real aplicação da lei penal no Município de Mutuípe, nos últimos 10 (dez) anos (2001 a 2011), notadamente no que se refere aos homicídios dolosos, analisando se estes receberam a devida investigação criminal, sendo levados à apreciação do Judiciário.

Palavras-Chave: Crimes dolosos contra vida – impunidade - Mutuípe.

Abstract: This work discusses impunity in relation to intentional crimes against life, notably the conduct practiced by individuals with the aim of taking the life of another, classified in the current Penal Code as homicide and typified in art. 121 of our Penal Code. The study seeks to portray the real application of criminal law in the Municipality of Mutuípe, in the last 10 (ten) years (2001 to 2011), notably with regard to intentional homicides, analyzing whether these received due criminal investigation, being taken to the Judiciary for consideration.

Keywords: Intentional crimes against life – impunity - Mutuípe.

O crime de homicídio não representa um fenômeno recente na história da humanidade. Narra o primeiro da Bíblia (2002), que, em determinada ocasião, Caim e o seu irmão mais novo Abel apresentaram ofertas a Deus. Caim apresentou frutas do solo e Abel ofereceu uma ovelha. (Gênesis 4:3, 4). A oferta de Abel teria agradado a Deus, enquanto que a de Caim não. Possuído por ciúmes, Caim armou uma emboscada para seu irmão. Sugeriu a Abel que ambos fossem ao campo e, lá chegando, Caim matou seu irmão. Construção religiosa ou verídica, tem-se nesse episódio uma das mais antigas demonstrações da prática do crime de homicídio.

Não são raros os relatos arqueológicos de corpos encontrados da era pré-histórica onde era possível perceber o excesso de violência que tinha recaído sobre aquelas ossadas. Isso se dava, pois, conforme Ivair Itagiba (1945) “o homem primitivo não possuía a mínima noção de respeito à vida do seu semelhante”. A respeito disso, o autor afirma que:

¹ Graduada em Letras Vernáculas e Bacharel em Direito. Pós-graduada em Direito Público. Foi professora de Ensino Fundamental e Médio e, atualmente, é Assessora Jurídica no Tribunal de Justiça do Estado da Bahia.



O homicídio é da época pré-histórica. Matar era natural. Assassina-se com a sem-cerimônia do camponês que mata um réptil venenoso. Na luta para adquirir o alimento o selvagem era cruelíssimo; cometia todas as violências com perversidade artística. O homicídio é tão velho quando a fome.

Para os babilônicos, que aplicavam o Código de Hamurabi, em regra, os crimes de homicídio, seja culposos ou dolosos – não se fazia distinção, eram punidos com a morte. Aquele que praticava um homicídio contra o cônjuge sofria como pena a empalação que consistia no encravamento do corpo encravado em uma grande estaca. Esse é o teor do artigo 153 – “Se a mulher de um homem livre tem feito matar seu marido por coisa de um outro, se deverá cravá-la em uma estaca”. Por sua vez, aquele que matasse uma mulher em estado gravídico, não deveria ser morto, mas sim, ter o seu filho morto. Assim, depreende-se da leitura combinada dos artigos 209 e 210: “209 - Se alguém bate numa mulher livre e a faz abortar, deverá pagar dez siclos pelo feto. 210 - Se essa mulher morre, se deverá matar o filho dele.”

Segundo Marcel Gomes de Oliveira Oliveira (2012), as leis assírias, datadas de 1400 a.c., eram ainda mais rigorosas que o Código de Hamurabi, da Babilônia. Em relação ao homicídio, aquele que o praticasse era entregue ao familiar mais próximo do assassinado, e de acordo com seu livre arbítrio, poderia impor ao assassino a pena de morte ou tomar seus bens.

Conforme o mesmo autor, na Idade Média, obteve-se um importante avanço em relação ao crime de homicídio. O Direito Romano se destacou por retirar da esfera privada a punição do crime de homicídio, conforme aduz Magalhães Noronha (1990): “a punição era a vingança da família do morto ou a composição, sendo esta dividida em duas partes: uma ao Estado e outras aos parentes da vítima”.

Porém, anos mais tarde ocorreu, conforme relato de Aníbal Bruno, (1983): “A chamada recepção do Direito, na Alemanha, e a influência da legislação da Igreja, passou o homicídio a ser tratado como crime público, punido geralmente com a pena capital.”

No Brasil, inicia-se a investigação de crimes de homicídio a partir dos indígenas, século XVI d.c. Entre eles, vigia a regra em que os membros da família da vítima eram responsáveis por vingar a morte, matando qualquer membro da família do agressor, e, não necessariamente o agressor. Guilherme de Souza Nucci (2007), citando João Bernardino Gonzaga indica que entre os índios brasileiros: “Era comum matar os velhos, enterrando-os vivos, em cerimônias. Homicídios em famílias eram

tolerados, como um cônjuge envenenar o outro. (...) Havia, ainda, a execução dos adversários escravizados e dos doentes”.

Essa visão de vingança privada praticamente perdurou durante as ordenações afonsinas, manuelinas e vicentinas, que vigoraram durante os séculos XVI a XVIII. O modo mais comum de execução da pena era a força, como aconteceu, por exemplo, com o revolucionário da Inconfidência Mineira – Joaquim José da Silva Xavier -, mais conhecido como Tiradentes, que foi enforcado, esquartejado e teve espalhado os pedaços de seu corpo na estrada de caminho até a cidade Vila Rica. Sobre a vingança privada, assim discorreu Basileu Garcia (1982):

Era a vingança privada, violenta e quase sempre eivada de demasias. Sem observar, mesmo aproximadamente, a lei física da reação igual e contrária à ação, o ofendido e os do seu agrupamento procediam desordenada e excessivamente, de modo que, às vezes, aquilo que constituía ofensa a um indivíduo passava a sê-lo relativamente à comunidade toda a que ele pertencia, travando-se lutas e guerras que o ódio eternizava.

Só a partir da independência do Brasil em 1822, mais precisamente com a promulgação da Constituição de 1824, o Brasil apresentou um novo Diploma Penal, pondo fim, em regra, à vingança privada praticada no país durante séculos. Segundo Garcia (1982) só em 1830 foi sancionado o Código Criminal do Império do Brasil, passando a prevê o homicídio como crime, cuja pena aplicável a quem o cometesse seria a prisão perpétua ou trabalhos forçados por, no mínimo, vinte anos.

Por fim, no ano de 1940 foi sancionado o Código Penal Brasileiro, entrando em vigor em 1º de janeiro de 1942. Esse código, atualmente, rege as leis penais brasileiras, muito embora tenha sofrido reforma em sua parte geral no ano de 1984. O crime de homicídio, entretanto, não sofreu qualquer reformulação, mantendo a mesma redação original do texto de 1940.

Na atualidade, verifica-se que o homicídio é o crime por excelência. É aquele que, sem dúvida, desperta mais interesse, seja em decorrência dos sentimentos que normalmente o envolve, seja em razão da forma livre que pode ser praticado, seja em virtude da relevância do bem jurídico que protege. Para Nelson Hungria (2009), “o homicídio consiste na mais chocante violação do senso moral médio da humanidade civilizada”.

Para o mesmo autor, o homicídio é a “eliminação injusta e violenta da vida humana por outro homem”. A crítica que se faz a esse conceito é a de que nem sempre

há emprego de violência real, isto é, de força física. Já de acordo com a moderna doutrina, adotada, por exemplo, por Guilherme de Souza Nucci, Bitencourt (2007), homicídio consiste na “supressão da vida de um ser humano causada por outro”. Em outras palavras, reside na eliminação da vida de alguém por outro homem.

Com o art. 121 do Código Penal vigente, tutela-se o a vida humana, cuja proteção é um imperativo jurídico de ordem constitucional, previsto no caput do artigo 5º da Carta Magna (2012): “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.”. Tem a vida a primazia entre os bens jurídicos, afinal, sem vida não há personalidade, e sem esta não há que se falar em direito individual à liberdade, à segurança, à igualdade, à propriedade. Sem vida, nada restará à vítima, razão pela qual é este o mais importante bem jurídico tutelado pelo Código Penal.

Nessa linha, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969), da qual o Brasil é signatário, também elege a vida como direito fundamental do cidadão, afirmando no seu art. 4º que: “toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido por lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente”.

Assim, a vida humana encontra ampla proteção nos dispositivos legais, tanto na esfera nacional como internacional. Ceifar a vida de qualquer indivíduo implicará a imposição das sanções constantes no Código Penal vigente. Para então caracterizar o homicídio consumado observa-se-á se o agente atingiu o resultado pretendido, ou seja, a morte da vítima. Assim, nas hipóteses em que a conduta do agente não resultou em morte da vítima, haverá o crime em sua modalidade tentada. Os crimes dolosos contra vida, consumados ou tentados, são de competência do Tribunal do Júri, conforme previsto na Constituição Federal.

A Constituição Federal promulgada em 1988, ao instituir o Estado Democrático destinado a garantir tudo quanto disposto no seu Preâmbulo, consagrou o Tribunal do Júri como uma instituição de garantia individual, inserindo-o dessa maneira, no rol das Cláusulas Pétreas². O Tribunal do Júri é, portanto, expressão democrática, intérprete

² Por cláusula pétrea, entende-se o dispositivo que impõe a irremovibilidade de determinados preceitos. Esse sentido obtém-se a partir do significado de seus signos lingüísticos: “duro como pedra”. Na Constituição são as disposições insuscetíveis de ser abolidas por emenda, imodificáveis e não possíveis de mudança formal, constituindo o núcleo irreformável da Constituição, impossibilitando o



da vontade do povo. Os investidos na função de jurados decidem em nome dos demais cidadãos, representando a sociedade da qual fazem parte. Ainda sobre o preceito constitucional do Júri, Celso Ribeiro Bastos (1999) afirma que:

O fato é que nele continua a ver-se prerrogativa democrática do cidadão, uma fórmula de distribuição da justiça feita pelos próprios integrantes do povo, voltada, portanto, muito mais à justiça do caso concreto do que à aplicação da mesma justiça a partir de normas jurídicas de grande abstração e generalidade.

O Tribunal do Júri tem competência para julgar os crimes dolosos contra vida, consumados ou tentados, previstos no Capítulo I, do Título I, da Parte Especial do Código Penal Brasileiro. Sua competência abrange o homicídio doloso simples, privilegiado ou qualificado, o induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio, infanticídio e as várias modalidades de aborto. Fica excluída da competência do Tribunal do Júri os homicídios culposos e o latrocínio³, que serão atribuições dos juízes singulares.

Desse modo, após a devida apuração do fato delituoso pela polícia judiciária, o inquérito deverá, em regra, ser convertido em processo judicial, após o oferecimento da denúncia pelo Ministério Público. Após a instrução em Juízo, caso o juiz entenda presentes os indícios de autoria e a prova da materialidade, deverá pronunciar réu, conforme disciplina o artigo 413 do Código de Processo Penal vigente: “O juiz, fundamentadamente, pronunciará o acusado, se convencido da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação.” (Redação dada pela Lei nº 11.689, de 2008). Com a pronúncia, o Juiz remete o processo ao Tribunal do Júri, para que este exerça sua competência constitucional.

Após o confronto dos dados coletados junto ao Cartório de Registro Civil de Pessoas Naturais, Delegacia de Polícia, Promotoria de Justiça e Vara Criminal, verificou-se a existência total de 34 (trinta e quatro) homicídios dolosos ocorridos nos últimos dez anos no município de Mutuípe, conforme gráfico abaixo:

legislador reformador de remover ou abolir determinadas matérias. Esses preceitos constitucionais possuem supremacia, paralisando a legislação que vier a contrariá-los. (BOFF:2000)

³ O latrocínio é o tipo penal previsto no art. 157, §3º do Código Penal vigente, consistente em duas condutas, sendo a primeira dolosa e a segunda culposa. Popularmente conhecido como roubo seguido de morte, o latrocínio encontra-se disciplinado no Código Penal no capítulo que trata dos crimes contra o patrimônio, não sendo, portanto, competência do Tribunal do Júri.

GRÁFICO 01: NÚMERO GERAL DE HOMICÍDIOS DOLOSOS OCORRIDOS EM MUTUÍPE ENTRE 01/01/2001 A 31/12/2012.



Fonte: Dados da pesquisa. Elaboração: Zully Ferreira Borges.

A média anual de homicídios em Mutuípe, com base nos dados acima, ficou na média de 3,4 homicídios por ano. Esses números revelam uma proporção bem inferior à média da Bahia para o mesmo período, que, com base em pesquisa feita pelo sociólogo Júlio Jacob Waiselfisz⁴ (2012) registrou uma média de 5,5⁵ homicídios por ano.

Assim, nota-se que os índices do município de Mutuípe são menos acentuados que os Estaduais, o que constata a impressão de menor índice de violência na cidade em análise. A média nacional para o mesmo período, por sua vez, ficou um pouco acima que a média baiana, aproximando-se em 5,9 (cinco vírgula nove) homicídios por ano, quase o dobro dos números visualizados no município de Mutuípe, conforme pesquisa do Instituto Sangari.

Esses números alcançados pelo município de Mutuípe o retiram da lista realizada pelo Instituto Sangari constando as duzentas (200) cidades com maior número de homicídios do Brasil⁶. Essa lista inclui, por exemplo, as cidades baianas de Salvador, Porto Seguro e Teixeira de Freitas.

⁴ Diretor de Pesquisa do Instituto Sangari, que investe em pesquisas sobre a violência e divulga os dados através dos Mapas anuais de violência no Brasil.

⁵ Número calculado a partir dos números anuais elaborados pelo instituto Sangari, dividindo-se pelo total de anos estudando. Como o resultado é calculado por grupo de 100.000 habitantes e considerando que o Município de Mutuípe possuiu, no período, uma média de 20.000 habitantes, tornou-se necessário dividir por cinco os dados globais levantados pelo Instituto Sangari, para se atingir o número médio aproximado de homicídios por grupo de 20.000 pessoas.

⁶ A lista completa poderá ser visualizada através do site <<http://www.mapadaviolencia.org.br/>>

Comparando-se com os números alcançados por outros municípios baianos, tem-se a impressão de que o município de Mutuípe apresenta índices razoáveis de homicídios dolosos, todavia não é isso que entende a Organização Mundial de Saúde (OMS). Para esta instituição, taxas superiores a mais de 10 homicídios por 100 mil habitantes, colocam o município na zona epidêmica de homicídios. Considerando a média populacional mutuipense de 20.000 (vinte mil) habitantes nos últimos dez anos, há de se concluir que a média municipal deveria ser de 02 (dois) homicídios por ano, conforme taxa recomendável pela OMS que prevê 10 (dez) homicídios por grupo de 100 mil pessoas, como índices toleráveis.

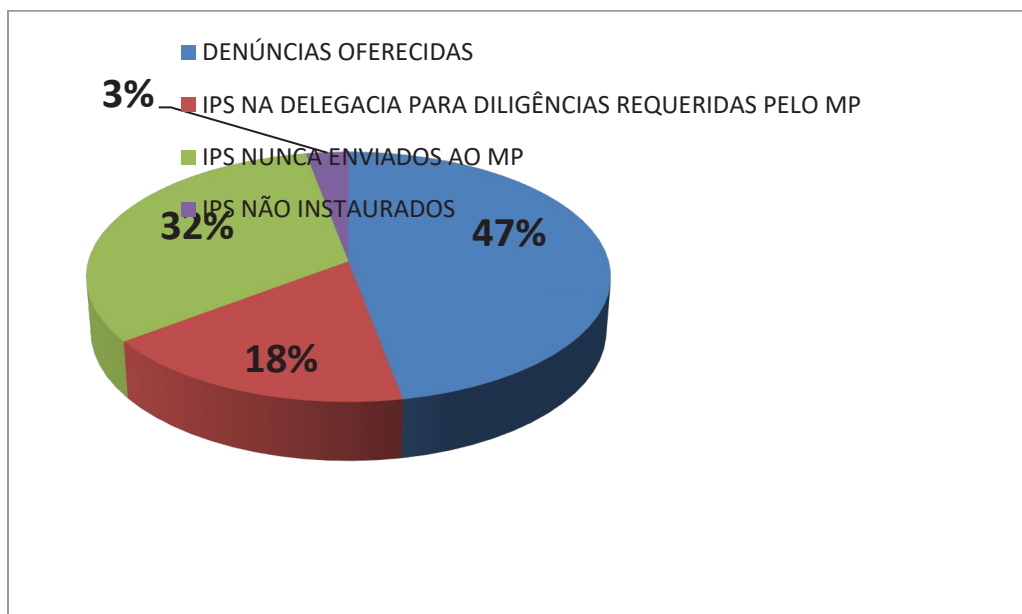
No Brasil, a situação é ainda muito pior que a descrita no município de Mutuípe. Segundo dados do Instituto Sangari (2012), em 11 anos (de 1999 – 2009) 531.306 brasileiros perderam suas vidas de forma abrupta, quantitativo que excede, espantosamente, o número de mortes de vários conflitos armados no mundo. Este número expressivo de homicídios é que faz com que nosso País tenha uma taxa nacional de 26,9 homicídios dolosos (por grupo de 100 mil habitantes) e receba o título da OMS (Organização Mundial de Saúde) de país com nível de violência epidêmica. Apesar de aparente tranquilidade no município de Mutuípe, quando comparados os seus índices com os parâmetros internacionais aceitáveis para taxas de homicídios, nota-se que o mesmo também se encontra em nível de violência epidêmica, o que deve ser estudado e analisado a fim de serem encontradas estratégias capazes de reduzir esses números e adequá-los às taxas internacionalmente aceitáveis.

Observou-se, ainda, quando da análise dos homicídios praticados no município de Mutuípe, que nenhuma mulher foi vítima ou autora de homicídios dolosos no período analisado. Verificou-se, a partir da pesquisa, que o último homicídio de mulher na cidade estudada se deu no ano de 1996, há mais de dezesseis (16) anos, portanto, fora do campo de pesquisa.

A partir da pesquisa, apurou-se que do total de 22 (vinte e dois) inquéritos remetidos no período analisado à Central de Inquérito do Ministério Público, 16 (dezesseis) tiveram as denúncias oferecidas e suas situações processuais serão a seguir analisadas. Outros 06 (seis) inquéritos foram devolvidos à Delegacia para cumprimento de diligências, entretanto até a data do encerramento desta monografia ainda não haviam retornado à Central do Ministério Público. A possibilidade de devolução do inquérito é prevista no art. 16 do Código de Processo Penal vigente que assim dispõe: O Ministério Público não poderá requerer a devolução do inquérito à

autoridade policial, senão para novas diligências, imprescindíveis ao oferecimento da denúncia. Graficamente, esta situação há de ser observada na figura apresentada a seguir:

GRÁFICO 03: SITUAÇÃO DO ANDAMENTO DOS INQUÉRITOS

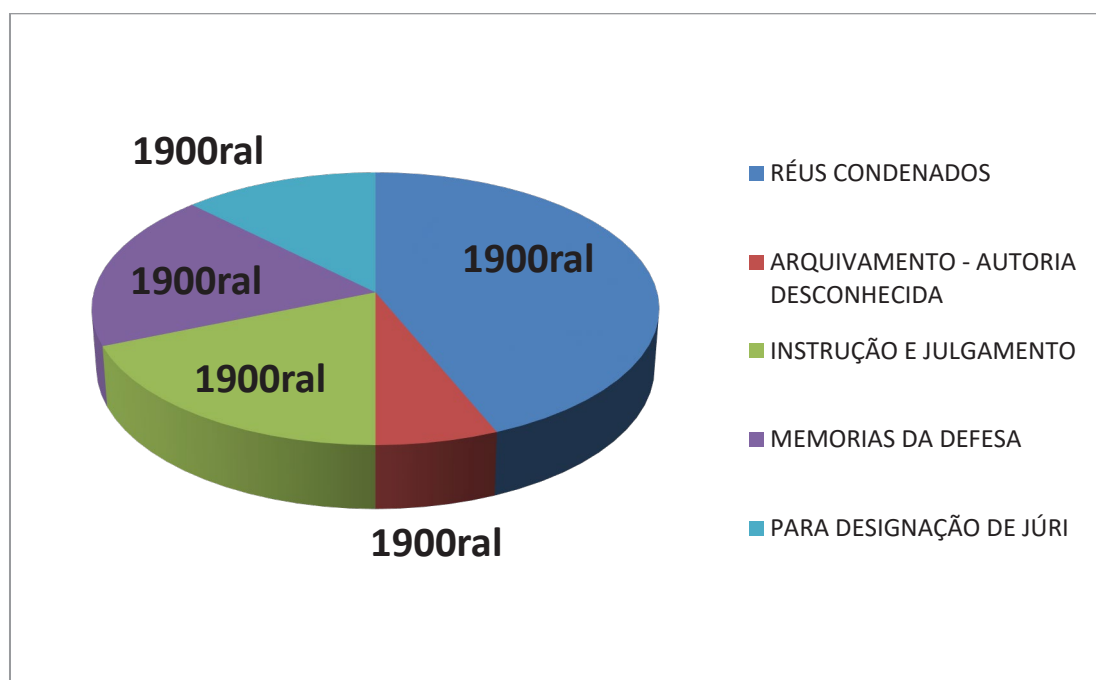


Fonte: Dados da pesquisa. Elaboração: Zully Ferreira Borges

Da análise da fase judicial dos homicídios dolosos ocorridos na última década em Mutuípe, verifica-se que a morosidade não é característica exclusiva da fase investigativa. Nota-se, a partir da análise dos dados acima apresentados, que menos da metade dos crimes de homicídio praticados no período em análise chegaram ao Judiciário. O Ministério Público ofereceu denúncia em 16 (dezesesseis) inquéritos (47%), sendo que deste total 05 (cinco) denúncias constaram a tipificação do crime como sendo homicídio simples (art. 121, *caput*) e 11 (onze) denúncias constaram o crime como sendo homicídio qualificado.

Prevalece no município de Mutuípe a prática de homicídios qualificados, analisando-se apenas os inquéritos que tiveram as denúncias oferecidas. Em 16 (dezesesseis) crimes, houve a presença de circunstância qualificadora em 11 (onze) deles, o que corresponde a 69% dos casos. Esses processos, entretanto, encontram-se em momentos processuais distintos na Vara Criminal do Fórum de Mutuípe. Vejamos.

GRÁFICO 04: PROCESSOS JUDICIAIS REFERENTES AOS HOMICÍDIOS DOLOSOS OCORRIDOS ENTRE 2001 E 2011.



Fonte: Dados da pesquisa. Elaboração: Zully Ferreira Borges.

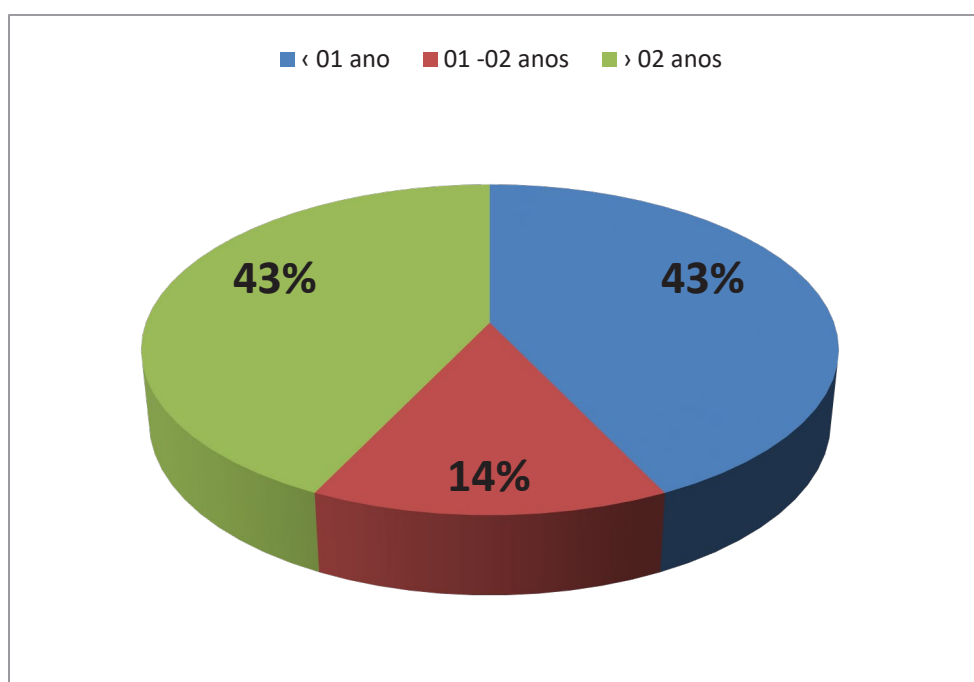
Pela análise do gráfico, nota-se que apenas um (01) processo de homicídio foi arquivado no Judiciário no período analisado por ausência de provas ou indícios de autoria do crime. O arquivamento de inquéritos é previsto no art. 18 do Código de Processo Penal que assim dispõe: “Depois de ordenado o arquivamento do inquérito pela autoridade judiciária, por falta de base para a denúncia, a autoridade policial poderá proceder a novas pesquisas, se de outras provas tiver notícia”. Verifica-se que apenas o Juiz poderá arquivar o inquérito, após requerimento formulado pelo Ministério Público, titular da ação penal pública. Não há necessidade de instrução processual vez que, ao receber o inquérito policial, o representante do Ministério Público não encontra elementos suficientes para oferecer a denúncia nem verifica a possibilidade de realização de outras diligências cabíveis no caso concreto.

Não houve nenhuma sentença de impronúncia no período analisado. Também não foi proferida nenhuma sentença de absolvição sumária nos processos. A sentença de absolvição sumária no rito do Júri ocorre após o término da instrução criminal. Se o Juiz entender presente um dos requisitos previstos no art. 415, deverá absolver de logo o acusado e não remetê-lo ao Tribunal do Júri. Essa situação não foi verificada no município de Mutuípe vez que, após concluída a fase de instrução dos processos,

todos os 07 (sete) foram submetidos ao Tribunal do Júri e obtiveram sentenças condenatórias. Analisando as sentenças proferidas, verificou-se que apenas 01 (um) dos processos se tratava de homicídio simples, tendo sido proferida sentença condenatória de 10 (dez) anos de reclusão.

Os outros 06 (seis) processos com sentença transitada em julgado após submetidos ao Tribunal de Júri se referem a homicídios qualificados, com penas mínimas aplicadas de 12 (doze) anos de reclusão e pena máxima de 22 (vinte e dois) anos de reclusão. Após verificadas todas as penas, obteve-se a média de 14 (quatorze) anos e 08 (oito) meses de pena, nos casos de homicídios qualificados. Esses sete processos que foram submetidos à Sessão do Tribunal do Júri tramitaram por tempos diferenciados no Judiciário, conforme gráfico abaixo:

GRÁFICO 05: TEMPO MÉDIO ENTRE A DATA DO CRIME E O TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA.



Fonte: Dados da pesquisa. Elaboração: Zully Ferreira Borges.

Verifica-se que os prazos judiciais também não são cumpridos vez que apenas 03 (três) processos conseguiram ser instruídos, submetidos ao Tribunal do Júri e devidamente julgados em menos de um ano, contados da data do crime. Destes 03 (três) processos, verificou-se que o tempo mínimo alcançado entre a data do crime e

o trânsito em julgado da sentença condenatória foi de 04 (quatro) meses, que, ainda assim, excede ao quanto aceitável pela doutrina, como abaixo será demonstrado.

O tempo máximo encontrado nos processos analisados para apreciação e julgamento foi de noventa e cinco (95) meses, ou seja, sete (07) anos e onze (11) meses. Ressalta-se que estão sendo levados em consideração, aqui, apenas os processos cujas sentenças transitaram em julgado. Entretanto, há processos em fase de instrução e julgamento que tramitam há mais de 09 (nove) anos no Judiciário, estando, ainda, em fase de apresentação de memoriais pela defesa.

Após analisar todos os processos submetidos ao Tribunal do Júri na Comarca de Mutuípe na última década, encontrou-se um tempo médio de dois (02) anos e sete (07) meses decorridos entre a data do fato e o trânsito em julgado da sentença. Esse tempo é, portanto, muito superior ao aceitável pela doutrina e jurisprudência, conforme veremos adiante.

Além dos 07 (sete) processos sentenciados, outros 08 (oito) processos estão em trâmite no Judiciário, sendo que, destes, 03 (três) encontram-se aguardando memoriais escritos a serem oferecidos pela defesa, 03 (três) estão em fase de instrução e julgamento e dois estão aguardando a designação de sessão do Tribunal do Júri pela Juíza da Vara Criminal. Destes dados levantados, merece atenção os números referentes aos prazos que alguns processos aguardam para juntada de memoriais pela defesa, notadamente quando estas defesas são patrocinadas por advogados dativos, que não recebem honorários para atuarem nas causas.

Vale salientar, oportunamente, que no município de Mutuípe, não existe Defensoria Pública para garantir a defesa das pessoas carentes. Preceitua a Constituição Federal a obrigatoriedade de defensorias públicas em todos os Estados, atribuindo a estes órgãos a defesa dos cidadãos que não podem arcar com os honorários de advogados.

Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.

Art. 134. A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV. (BRASIL: 2012)

Pela Lei Orgânica da Defensoria Pública, o Estado da Bahia deveria contar com 583 servidores⁷ a serviço dos mais carentes. No entanto, a realidade é bem diferente do previsto na legislação. Não se sabe ao certo quantos municípios baianos dispõem de defensores públicos, entretanto, dados apresentados⁸ pelo coordenador regional da Defensoria Pública, Ricardo Carillo, em novembro de 2011, em uma sessão especial na Assembleia Legislativa da Bahia revelaram que apenas 30 (trinta) cidades baianas possuem defensores públicos. Segundo Ricardo Carillo a Bahia possui apenas 197 defensores públicos em atividade, o que significa apenas 1/3 (um terço) do efetivo realmente necessário e previsto na Lei Orgânica.

Diante de tais circunstâncias, quando não há advogado constituído nos autos, e por não haver Defensoria Pública na Comarca de Mutuípe, o magistrado que preside o feito nomeia defensor dativo para fazer a defesa do réu, entretanto, nem sempre estes defensores agem com interesse e disponibilidade nestas hipóteses. Dos três processos analisados que se encontram em fase de memórias, todos têm advogados nomeados pelo Juízo, de sorte que não recebem honorários para tal patrocínio.

É sabido que o defensor dativo é um advogado que assume um múnus público de auxiliar a Justiça justamente para garantia da integralidade da assistência jurídica ao hipossuficiente e a facilitação do acesso à Justiça. O trabalho do advogado dativo não é de somenos importância dentro de uma sociedade e serve para suprir a própria deficiência da Defensoria Pública, sendo sua remuneração e forma de pagamento previstas no Estatuto da OAB (Art. 22, §1º) de acordo com a Tabela do Conselho Estadual.

Art. 22. A prestação de serviço profissional assegura aos inscritos na OAB o direito aos honorários convencionados, aos fixados por arbitramento judicial e aos de sucumbência.

§ 1º O advogado, quando indicado para patrocinar causa de juridicamente necessitado, no caso de impossibilidade da Defensoria Pública no local da prestação de serviço, tem direito aos honorários fixados pelo juiz, segundo tabela organizada pelo Conselho Seccional da OAB, e pagos pelo Estado. (BRASIL:1994)

⁷ Dados obtidos a partir da soma do número de defensores previstos para cada entrância, conforme disposto no anexo I da Lei Complementar 26/2006, que dispõe sobre a Lei Orgânica e o Estatuto da Defensoria Pública do Estado da Bahia e dá outras providências. Disponível em <http://www.defensoria.ba.gov.br/portal/arquivos/downloads/lei_organica%20dpe.pdf> Acesso em 22 de junho de 2012.

⁸ Os dados informados estão disponíveis em <<http://www.oab.org.br/noticia/22316/oab-ba-quer-nomeacao-urgente-de-defensores-aprovados-em-concurso>> Acesso em 10 mai 2012.

Infelizmente, o Estado da Bahia não cumpre seu dever de remunerar os advogados dativos, fato que gera insatisfação aos advogados nomeados e resultam em paralisações como as acima verificadas. Assim, a omissão do Estado no que tange à remuneração dos defensores dativos resulta na má prestação de serviço por muitos desses profissionais, que acabam tratando os processos em que são nomeados com o mesmo descaso com são tratados pela instituição estatal.

Esse fenômeno comum não só em Mutuípe, mas em muitas outras cidades e Estados do Brasil resulta em muitas prescrições da pretensão punitiva estatal, que, em síntese, retira do Estado o poder punitivo face ao lapso temporal em que o processo fica aguardando julgamento. Magalhães E. Noronha (2003) assim fundamenta o instituto:

O tempo, que tudo apaga, não pode deixar de influir no terreno repressivo. O decurso de dias e anos, sem punição do culpado, gera a convicção da sua desnecessidade, pela conduta reta que ele manteve durante esse tempo. Por outro lado, ainda que se subtraindo à ação da justiça, pode aquilatar-se de sua intranquilidade, dos sobressaltos e terrores que passou, influenciando esse estado psicológico em sua emenda ou regeneração.

E segundo o autor ainda “(...) é indisfarçável que, ao menos aparentemente – e, portanto, com reflexos sociais nocivos – a pena tão tardiamente aplicada surgiria sem finalidade, e antes como vingança”.

Para evitar a perda da pretensão punitiva estatal, através da prescrição, torna-se essencial a delimitação de prazos, direito constitucionalmente garantido no artigo 5º, LXXVIII: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. Tal direito foi corroborado com a assinatura da Convenção Americana sobre Direitos humanos⁹, que prevê a tramitação dos processos em tempo razoável. E é aí que reside a importância do estudo do excesso de prazo para o encerramento da instrução criminal. Não pode o Estado arrastar o julgamento do réu por anos a fio, sob pena de ferir os princípios constitucionais vigentes e pacto internacionalmente assinado pelo Brasil, que garantem a duração razoável do processo.

Humberto Theodoro Júnior (2005) afirma: “A primeira grande conquista do Estado Democrático é justamente a de oferecer a todos uma justiça confiável,

⁹ OEA. Convenção Americana sobre Direitos Humanos. 1969. Disponível em <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>

independente, imparcial e dotada de meios que a faça respeitada e acatada pela sociedade". Adiante, o mesmo e renomado autor acrescenta:

O processo, instrumento de atuação de uma das principais garantias constitucionais - a tutela jurisdicional -, teve de ser repensado. É claro que, nos tempos atuais, não basta mais ao processualista dominar os conceitos e categoriais básicos do direito processual, como a ação, o processo e jurisdição, em seu estado de inércia. O processo tem, sobretudo, função política no Estado Social de Direito.

Ora, há, de fato, o poder-dever do Estado de punir e realizar as medidas necessárias para tanto. Mas há, também, o direito do acusado de ter seu procedimento concretizado dentro de um prazo razoável. O Código de Processo Penal, entretanto, nada menciona a respeito do tempo total máximo permitido para instrução e julgamento dos processos.

Por seu turno, a lei ordinária nº 9.303/96, que regulou o prazo máximo de prisão nos crimes organizados, estabeleceu-se um prazo para que o acusado possa ser regularmente processado, à luz dos princípios constitucionais que norteiam o processo penal, sob pena de ser revogada a sua custódia cautelar: "Art. 1º: O prazo para o encerramento da instrução criminal, nos processos por crime de que trata esta Lei, será de 81 (oitenta e um dias), quando o réu estiver preso, e de 120 (cento e vinte) dias, quando o réu estiver solto".

Registre-se que este prazo máximo de 81(oitenta e um) dias, previsto na lei acima apontada, foi determinado considerando-se a soma de todos os atos previstos no Código de Processo Penal, no procedimento de crimes apenados com reclusão, de competência do juiz singular, e após construção jurisprudencial. Antes do advento da lei reguladora deste prazo, os Tribunais de Justiça já se utilizavam da soma do prazo global, que compreende 81 (oitenta e um) dias. Vale dizer, do início da instauração do inquérito policial até o encerramento da instrução criminal, sob a ótica do Diploma Processual, o prazo máximo é de 81 (oitenta e um) dias para julgamento, se o réu estiver preso e de 120 (cento e vinte) dias, se solto.

Contudo, a evolução do Direito levou à utilização dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade no ordenamento pátrio, figurando o último como principal novo parâmetro para a medida do prazo. Vejamos:

O prazo para concluir a instrução criminal não se conta pela soma de dias. Urge conjugá-la com o juízo de razoabilidade, ante as dificuldades de cada processo (STJ - RHC - Rel. Vicente Cernicchiaro - DJU, 16.12.1991, p. 18.553).

O prazo para concluir a instrução criminal obedece a critério da razoabilidade. Sem sentido, fazer soma aritmética do tempo de cada ato processual. A norma jurídica não pode ser interpretada formalmente (STJ - RHC - Rel. Vicente Cernicchiaro - DJU, 07.06.1993, p. 11.275)

Ainda assim, observando-se as ponderações relacionadas aos princípios da razoabilidade, conclui-se que os processos judiciais conclusos em Mutuípe, que apuraram crimes de homicídios dolosos ocorridos entre 2001 e 2011 ultrapassaram em excesso os prazos aceitáveis pela jurisprudência e doutrina. Não é razoável um prazo médio de dois (02) anos e sete (07) meses para apuração de crimes dolosos, mesmo sendo levadas em consideração as peculiaridades de cada caso concreto.

Da análise dos dados pesquisados concluiu-se que, dentre diversos outros, um dos fatores que atrasaram o andamento normal dos processos foi a expedição de Cartas Precatórias. Reza o Código de Processo Penal (2012) que: “Art. 222. A testemunha que morar fora da jurisdição do juiz será inquirida pelo juiz do lugar de sua residência, expedindo-se, para esse fim, carta precatória, com prazo razoável, intimadas as partes.”

Assim, a carta precatória é o instrumento utilizado pelo Juiz de determinada comarca para que outro Juiz de igual categoria jurisdicional cumpra determinado ato naquela comarca, como, por exemplo, ouvir testemunhas ali residentes. Esse mecanismo processual visa facilitar a administração da justiça e evitar que testemunhas dos processos penais tenham que se deslocar de sua comarca de origem até a comarca onde o feito tramita para prestar seu depoimento. As cartas precatórias deveriam, portanto, funcionar como mecanismos voltados a facilitar a instrução dos feitos, entretanto, na prática, essa função primordial não tem sido atingida, em muitas hipóteses.

Na Comarca de Mutuípe, verificou-se uma demora excessiva no cumprimento das cartas precatórias pelos juízos deprecados¹⁰. Muitas precatórias expedidas para oitiva de testemunhas ou para intimação de réus residentes em outros municípios arrastaram-se por meses e até anos. Muitos ofícios foram expedidos pelo Juiz

¹⁰ Deprecado: Diz-se do juiz a quem é dirigida a deprecada ou precatória, ou rogatória. Disponível em <http://www.direitovirtual.com.br/?section=dicionario_portugues-inicial&termo=D>

deprecante ao deprecado visando o retorno das precatórias cumpridas, entretanto em muitos casos não se obteve êxito.

Muito frequentemente as cartas precatórias retornaram sem cumprimento, principalmente pela não localização das partes pelos Oficiais de Justiça. Esse é outro grande entrave ao andamento normal dos processos. As qualificações das partes feitas pela Delegacia de Polícia servem de base para a intimação pessoal ou por correios para que as partes compareçam aos atos processuais. Entretanto, estas qualificações quase sempre são insuficientes, incompletas ou imprecisas, fazendo com que muitas testemunhas e até mesmo réus não consigam ser localizados para comparecerem em Juízo.

As qualificações deixam de constar dados relevantes que facilitariam o cumprimento dos mandados judiciais. As delegacias deveriam fazer constar, quando da oitiva das partes, dados como alcunha, e-mail, telefone e referências quanto ao endereço, informações que facilitariam a localização da pessoa qualificada. É muito comum, notadamente nas cidades interioranas, que as pessoas se conheçam por apelidos, sendo que, em muitos casos, os nomes constantes nos assentamentos de registro civil são praticamente desconhecidos pela maioria da população.

Outros instrumentos modernos de comunicação, como e-mails e telefones, também quase nunca são informados nas qualificações, inviabilizando a intimação de muitas pessoas. Na sociedade atual, não é admissível a desconsideração de tais dados, sob pena de continuarmos a adotar práticas antigas e sem funcionalidade, como as tentativas infrutíferas de localizar pessoas com o mínimo de dados fornecidos. A solução desse entrave é simples e passa, exclusivamente, pelo cuidado na qualificação das partes envolvidas em determinado processo. Esse cuidado deve ser tanto do escrivão na Delegacia de Polícia, quanto do escrivão da vara crime quando das oitivas das partes em Juízo. Nessa oportunidade, o escrivão deve atualizar os dados fornecidos na Delegacia, fazendo constar endereço e telefones atuais das partes, tendo em vista que muitas vezes, devido a demora no andamento dos feitos, muitas pessoas já se mudaram, sendo necessária essa atualização em Juízo.

Morosidade e impunidade não são termos sinônimos, entretanto, a demora excessiva na apuração dos crimes gera a sensação coletiva de impunidade, o que não é razoável. O Estado precisa cumprir o *ius puniendi*, o seu dever legal de dar ao fato delituoso a sua devida apuração e aplicação da pena cabível. Para Fernando



Capez (2007), o *jus puniendi* é "uma manifestação da soberania de um Estado, consistente na prerrogativa de se impor coativamente a qualquer pessoa que venha a cometer alguma infração penal, desrespeitando a ordem jurídica vigente e colocando em perigo a paz social". Sendo assim, a pena é o meio de coerção utilizado para assegurar e proteger os bens jurídicos relevantes à sociedade, não podendo a sua aplicação deixar de ser feita pela absoluta incompetência do Estado.

O índice de elucidação dos crimes de homicídio é baixíssimo no Brasil. Em Mutuípe essa situação não é diferente. As delegacias de polícia, por inúmeras causas, dedicam-se apenas aos homicídios novos. A imensa maioria dos inquéritos acaba paralisada nas delegacias de polícia, em situação de arquivamento de fato, o que contraria a legislação processual penal, que estabelece a necessidade de proposta do Ministério Público e acolhimento pelo juiz para os casos de arquivamento.

Diante dos altos índices de violência e dos inúmeros casos noticiados na imprensa, o crime de homicídio vem sendo percebido com cada vez menos perplexidade, apesar da sua gravidade. A ausência de eficiência na persecução penal e a consequente impunidade são fatores que contribuem para o aumento do número de homicídios. Assim, há um volume considerável de fatos puníveis, que o sistema ignora ou menospreza, razão pela qual são vividos como se fossem normais pelas vítimas e são vistos e avaliados pelos agentes do sistema penal como corriqueiros e, por isso mesmo, são relegados a um segundo plano e ficam sem a punição devida.

É visível no Brasil e em Mutuípe uma violenta crise no sistema de justiça criminal, devido à incapacidade do Estado em aplicar as leis e dar ao fato criminoso o seu devido processamento e julgamento. Em consequência da impunidade que se instaura, os crimes crescem em alta velocidade, muito além da capacidade de resposta por parte das agências encarregadas do controle repressivo da ordem pública, além do aumento do sentimento coletivo de impunidade.

Algumas medidas podem ser adotadas para reduzir o número de casos de homicídios dolosos sem a devida apuração legal. Inicialmente, notou-se a necessidade de aprimorar o sistema de registro de dados dos órgãos. Um sistema integrado, alimentado pelos Cartórios de Registro Civil de Pessoas Naturais, Delegacias de Polícia, Ministério Público e Cartórios Criminais tornaria os dados mais acessíveis e centralizados, de sorte que o controle e monitoração se tornariam mais facilitados. Não é razoável que cada órgão possua um sistema diferente, vez que os inquéritos e processos estão frequentemente tramitando entre eles. Na atualidade, é

inadmissível que o controle de remessas de inquéritos e processos ainda sejam feitos em antigos “livros de cargas e protocolos”, que constituem, na verdade, as caixas-pretas das instituições, guardando números desconhecidos pela sociedade e até mesmo pelos seus servidores.

O monitoramento do andamento dos inquéritos e processos é tão defasado que 04 (quatro) inquéritos policiais sequer foram localizados durante a pesquisa. Os registros nos livros de controle são insuficientes e os órgãos não conseguem precisar ao certo nem mesmo a localização do processo. O sistema eletrônico do Ministério Público para registro de dados referentes aos processos e inquéritos, denominado SIMP¹¹, é incompleto, lento e de difícil utilização. Não há campos suficientes para uma monitoração mais detalhada de cada inquérito. O sistema do Tribunal de Justiça da Bahia, denominado SAIPRO¹², também é falho, incompleto e incapaz de fornecer um mapeamento detalhado dos crimes ocorridos no Estado e na cidade de Mutuípe, especialmente.

Um sistema eficaz e completo, capaz de auxiliar no desenvolvimento de ações estratégicas de combate ao crime e à impunidade, deveria fornecer relatórios variados, a depender da necessidade do órgão. Os sistemas deveriam, obrigatoriamente, fornecer relatórios referentes às armas utilizadas em cada crime, ao local específico das infrações, perfis sócio-econômicos do réu e da vítima, motivos dos fatos delituosos e outros dados essenciais a um trabalho de prevenção e combate ao crime.

Não há como reduzir os índices de homicídio sem conhecer os crimes em seus detalhes. Também não há como exigir julgamento dos crimes se até mesmo a localização dos processos é dificultosa, manual e burocrática. Todos os dados constantes nessa pesquisa precisaram ser verificados de forma individualizada, através de pesquisa de campo, em livros, pastas, órgãos, ouvindo-se pessoas e confrontando os elementos encontrados. Nada disso seria necessário se houvesse informatização completa dos dados, sistema interligado entre órgãos e funcionários capacitados para inserir os dados no sistema.

Além da necessidade de um sistema integrado e ampliação do número de servidores dos órgãos, através da realização de concursos públicos, nota-se a necessidade de um trabalho integrado entre delegados, investigadores, escrivães,

¹¹ SIMP – Sistema Integrado de Informações do Ministério Público

¹² SAIPRO – Sistema Acompanhamento Integrado de Processos Judiciais



peritos, promotores e magistrados. Só a partir de uma ação conjunta será possível adotar ações voltadas a eliminar os chamados gargalos. Procedimentos burocráticos precisam ser substituídos por mecanismos mais simples de movimentação e comunicação entre os agentes, gerando ganho de tempo e eficiência. A comunicação eletrônica durante o inquérito, para troca de informações sobre diligências, eliminando-se a necessidade de remessa de autos e de expedição de ofícios seria uma das soluções para agilizar o trânsito das informações.

Outra necessidade é a organização dos inquéritos e processos, separando-os por data do crime e estabelecendo metas para processamento e julgamento. Em Mutuípe observou-se, por exemplo, processos autuados nos anos de 2002 e 2003 que ainda não foram a julgamento enquanto que processos autuados nos anos de 2007 e 2008 encontram-se com sentença transitada em julgado e réus cumprindo penas. Não é razoável que processos com mesmo número de réus, sem interposição de recursos e sem outros elementos que tenham atrapalhado o andamento possuam tempos de tramitação tão divergentes. Ainda que em circunstâncias diferenciadas, não há justificativa lógica para que processos não sejam concluídos, mesmo após 08 (oito) ou 09(nove) anos de tramitação.

Pela pesquisa, verificou-se que a impunidade não está diretamente relacionada com que está inserido no Código Penal, como é o discurso provindo do senso comum. Também não é o Código de Processo Penal o instrumento jurídico brasileiro que estimula a impunidade criminal. Não há necessidade de mudanças abruptas na legislação no que se refere aos prazos processuais ou redução do número de recursos. É necessário, na verdade, adotar medidas que possibilitem o cumprimento do quanto disposto na legislação já existente.

A impunidade resulta, em boa parte, das dificuldades inerentes aos procedimentos de julgar, que ocorre não apenas nas sociedades de grandes populações locais, mas também nas pequenas cidades como Mutuípe.



REFERÊNCIAS

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo Penal para concurso público**. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2008.

BAHIA. Lei nº 11.170/2008. **Dispõe sobre as Carreiras dos Servidores do Poder Judiciário do Estado da Bahia**. Disponível em <<http://www.sinpojud.org.br/UserFiles/File/Legislacao/Lei%2011170-2008PCS.pdf>>. Acesso em: 13 jul.2012.

BAHIA. **Lei Complementar 26/2006**. Dispõe sobre a Lei Orgânica e o Estatuto da Defensoria Pública do Estado da Bahia e dá outras providências. Disponível em <http://www.defensoria.ba.gov.br/portal/arquivos/downloads/lei_organica%20dpe.pdf> Acesso em: 22 jun. 2012.

BAHIA. Lei Complementar nº 11/96. **Institui a Lei Orgânica do Ministério Público do Estado da Bahia e dá outras providências**. Disponível em <http://www.mp.ba.gov.br/institucional/legislacao/Lei_Organica.pdf>. Acesso em 22 jul. 2012.

BASTOS, Celso Ribeiro. **A reforma da Constituição**: em defesa da revisão constitucional. Jus Navegandi, Teresina, a.4, 36, nov. 1999. Disponível em <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=141>>. Acesso em: 03 mar. 2012

BRASIL. **Lei nº 9.303/96**. Altera a redação do art. 8º da Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995, que "*dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas*". Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9303.htm> Acesso em 18 jul. 2012.

BRUNO. Aníbal. **Crimes Contra a pessoa**. Rio de Janeiro: Rio de Janeiro, 1983.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GARCIA, Basileu. **Instituições de Direito Penal**. 6. ed. São Paulo: Max Limonad, 1982.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Especial**. Volume III. Niterói, RJ: Impetus, 2009.

HUNGRIA, Nélson. **Comentários ao Código Penal**. Vol. VIII, 3ª ed., Rio de Janeiro. 2009.



INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Dados básicos do município de Mutuípe**. Rio de Janeiro: IBGE, 2011. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/cidadesat/painel/painel.php?codmun=292240#>> Acesso em: 09 ago. 2011

ITAGIBA. Ivair Nogueira. **Do homicídio**. Rio de Janeiro: Revista Forense. 1945.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código de Processo Penal interpretado**. Atlas, 16ª ed., 2008.

NORONHA. E Magalhães. **Direito Penal – parte geral**. Vol. I. São Paulo: Saraiva. 2003.

_____. **Direito Penal – parte especial**. Vol. II. São Paulo: Saraiva. 2003.

NUCCI. Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

OEA. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. 1969. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjos_e.htm> Acesso em 08 mai. 2012.

OLIVEIRA, Marcel Gomes de. **A História do delito de Homicídio**. Disponível em <http://www.ambito-Juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9832&revista_caderno=3> Acesso em 10 nov. 2012

REBOUÇAS, Julival. **No Roteiro da Democracia**. Mutuípe: Tipografia Giralda, 1953.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**. Ano VI, n. 36, jul./ago. 2005.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. Trad. Vânia Romano Pedrosa. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

WASELFISZ, Julio Jacobo. **Mapa da Violência 2012**. Os novos padrões da violência homicida no Brasil. São Paulo, Instituto Sangari, 2011. Disponível em: <<http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2012>> Acesso em 13 de junho de 2012.

REFLEXÕES ACERCA DA TOMADA DE DECISÃO APOIADA

REFLECTIONS ABOUT SUPPORTED DECISION MAKING

Suélen Lima Casé¹

Resumo: O presente artigo trata, a partir da legislação, doutrina e jurisprudência dos Tribunais Superiores, do instituto da tomada de decisão apoiada, com ênfase em sua origem, conceituação, procedimento e limites, numa perspectiva capaz de evidenciar a importância de serem previstos meios eficazes de apoio para que a pessoa com deficiência exerça sua capacidade civil em igualdade de condições com as demais pessoas.

Palavras-Chave: Pessoa com Deficiência; Preservação da Capacidade; Inclusão; Apoio.

Abstract: This article deals, based on the legislation, doctrine and jurisprudence of the Superior Courts, on the institute of supported decision-making, with emphasis on its origin, conceptualization, procedure and limits, from a perspective capable of highlighting the importance of providing effective means of support for people with disabilities to exercise their civil capacity on equal terms with other people.

Keywords: Person with Disability; Capacity Preservation; Inclusion; Support.

1. INTRODUÇÃO

Em sua redação original, o Código Civil de 2002 atrelava as ideias e/ou conceitos de enfermidade ou deficiência mental, bem como os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo, à incapacidade, seja absoluta ou relativa, para o exercício dos atos da vida civil. Confira-se *in verbis* (BRASIL):

Art. 3º São **absolutamente incapazes** de exercer pessoalmente os atos da vida civil:

I - os menores de dezesseis anos;

II - **os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos;**

III - os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.

Art. 4º São incapazes, **relativamente a certos atos**, ou à maneira de os exercer:

I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;

II - os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, **por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido;**

III - **os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo;**

IV - os pródigos.

Parágrafo único. A capacidade dos índios será regulada por legislação especial.

¹ Especializada em Direito Civil e Processual Civil pela Universidade Tiradentes (2013). Possui graduação em Direito pela Universidade Tiradentes (2011). Tomou posse no cargo de Técnico Judiciário, em agosto de 2010, no Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe. Atualmente exerce a função de Assessora de Magistrado I, no mesmo Tribunal. Lattes <<http://lattes.cnpq.br/1488446559711614>>. E-mail: suelencase@gmail.com.br

A vinculação e, por conseguinte, a negativa de reconhecimento da capacidade civil plena, refletiam o modelo médico de abordagem da situação das pessoas com deficiência, promoventes de flagrante discriminação e exclusão, cuja superação pelo modelo social (de direitos humanos) somente se concretizou muito tempo depois.

No ponto, esclarece André de Carvalho Ramos (2018, p.822):

A luta pela afirmação dos direitos das pessoas com deficiência passou pelo reconhecimento de que sua situação de desigualdade e exclusão constitui verdadeira violação de direitos humanos, tendo sido superado o modelo médico da abordagem da situação das pessoas com deficiência. Esse modelo considerava a deficiência como um "defeito" que necessitava de tratamento ou cura. Quem deveria se adaptar à vida social eram as pessoas com deficiência, que deveriam ser "curadas". A atenção da sociedade e do Estado, então, voltavam-se ao reconhecimento dos problemas de integração da pessoa com deficiência para que esta desenvolvesse estratégias para minimizar os efeitos da deficiência em sua vida cotidiana.

Já o modelo de direitos humanos (ou modelo social) vê a pessoa com deficiência como ser humano, utilizando apenas o dado médico para definir suas necessidades. A principal característica deste modelo é a sua abordagem de "gozo dos direitos sem discriminação". Fica consagrado o vetor de antidiscriminação das pessoas com deficiência, o que acarreta reflexão sobre a necessidade de políticas públicas para que seja assegurada a igualdade material, consolidando a responsabilidade do Estado e da sociedade na eliminação das barreiras à efetiva fruição dos direitos do ser humano.

Nessa linha de intelecção, a ordem internacional passou a compreender as pessoas com deficiência sob uma nova perspectiva, a saber: como detentoras de capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas em todos os aspectos da vida, o que veio a ser retratado na Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (BRASIL):

Artigo 1 **Propósito**

O propósito da presente Convenção é promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente.

Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas.

(...)

Artigo 12 **Reconhecimento igual perante a lei**

1. Os Estados Partes reafirmam que as pessoas com deficiência têm o direito de ser reconhecidas em todos os lugares como pessoas perante a lei.
2. Os Estados Partes reconhecerão que as pessoas com deficiência gozam de capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas em todos os aspectos da vida.

3. Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para prover o acesso de pessoas com deficiência ao apoio de que necessitarem no exercício de sua capacidade legal.

4. Os Estados Partes assegurarão que todas as medidas relativas ao exercício da capacidade legal incluam salvaguardas apropriadas e efetivas para prevenir abusos, em conformidade com o direito internacional dos direitos humanos. Essas salvaguardas assegurarão que as medidas relativas ao exercício da capacidade legal respeitem os direitos, a vontade e as preferências da pessoa, sejam isentas de conflito de interesses e de influência indevida, sejam proporcionais e apropriadas às circunstâncias da pessoa, se apliquem pelo período mais curto possível e sejam submetidas à revisão regular por uma autoridade ou órgão judiciário competente, independente e imparcial. As salvaguardas serão proporcionais ao grau em que tais medidas afetarem os direitos e interesses da pessoa.

5. Os Estados Partes, sujeitos ao disposto neste Artigo, tomarão todas as medidas apropriadas e efetivas para assegurar às pessoas com deficiência o igual direito de possuir ou herdar bens, de controlar as próprias finanças e de ter igual acesso a empréstimos bancários, hipotecas e outras formas de crédito financeiro, e assegurarão que as pessoas com deficiência não sejam arbitrariamente destituídas de seus bens.

Com efeito, a incorporação da referida Convenção observou o regramento previsto no artigo 5º, §3º, da Constituição Federal, de modo que esta ingressou no ordenamento jurídico pátrio com *status* normativo de emenda constitucional e influenciou a edição, no ano de 2015, da Lei n. 13.146, conhecida como Lei Brasileira de Inclusão (LBI) ou Estatuto da Pessoa com Deficiência.

A Lei n. 13.146/2015 trouxe, em seu artigo 2º, o seguinte conceito para pessoa com deficiência, *ipsis litteris* (BRASIL):

Art. 2º Considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

Nesse diapasão, esclarecedoras as lições de André de Carvalho Ramos (2018, p.821):

A deficiência é considerada um conceito social (e não médico) em evolução, resultante da interação entre pessoas com deficiência e as barreiras geradas por atitudes e pelo ambiente que impedem a plena e efetiva participação dessas pessoas na sociedade em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.

Pois bem, a Lei Brasileira de Inclusão (BRASIL) assim dispôs sobre o regime jurídico da capacidade das pessoas com deficiência:

CAPÍTULO II

DO RECONHECIMENTO IGUAL PERANTE A LEI

Art. 84. A pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas.

§ 1º Quando necessário, a pessoa com deficiência será submetida à curatela, conforme a lei.

§ 2º É facultado à pessoa com deficiência a adoção de processo de tomada de decisão apoiada.

§ 3º A definição de curatela de pessoa com deficiência constitui medida protetiva extraordinária, proporcional às necessidades e às circunstâncias de cada caso, e durará o menor tempo possível.

§ 4º Os curadores são obrigados a prestar, anualmente, contas de sua administração ao juiz, apresentando o balanço do respectivo ano.

Art. 85. A curatela afetará tão somente os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial.

§ 1º A definição da curatela não alcança o direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto.

§ 2º A curatela constitui medida extraordinária, devendo constar da sentença as razões e motivações de sua definição, preservados os interesses do curatelado.

§ 3º No caso de pessoa em situação de institucionalização, ao nomear curador, o juiz deve dar preferência a pessoa que tenha vínculo de natureza familiar, afetiva ou comunitária com o curatelado.

Art. 86. Para emissão de documentos oficiais, não será exigida a situação de curatela da pessoa com deficiência.

Art. 87. Em casos de relevância e urgência e a fim de proteger os interesses da pessoa com deficiência em situação de curatela, será lícito ao juiz, ouvido o Ministério Público, de ofício ou a requerimento do interessado, nomear, desde logo, curador provisório, o qual estará sujeito, no que couber, às disposições do Código de Processo Civil.

Não bastasse, o Estatuto da Pessoa com Deficiência alterou profundamente o regime jurídico da capacidade constante na legislação civilista, tendo revogado as disposições do Código Civil de 2002 (BRASIL) que tratavam a pessoa com deficiência como absolutamente ou relativamente incapaz apenas pelo fato de possuírem enfermidade, atualmente constando:

Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesesseis) anos. (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)

I - (Revogado) ; (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)

II - (Revogado) ; (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)

III - (Revogado) . (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)

Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer: (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)

I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;

II - os ébrios habituais e os viciados em tóxico; (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)

III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade; (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)

IV - os pródigos.

Parágrafo único. A capacidade dos indígenas será regulada por legislação especial. (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)

Extraí-se, assim, que a pessoa com deficiência atualmente é, como regra, considerada capaz e, somente se não puder exprimir sua vontade, relativamente incapaz, realizando atos jurídicos em conjunto com curador.

No ponto, deve-se destacar que, antes mesmo do advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência, a doutrina defendia que a curatela que levava à interdição parcial da pessoa era o instituto que mais se aproximava da mencionada salvaguarda constante do Artigo 12 da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, desde que a sua aplicação respeitasse os direitos, a vontade e as preferências da pessoa, com isenção e sem conflito de interesses e de influência indevida, proporcional e apropriada às circunstâncias da pessoa, e aplicada pelo período mais curto possível e com revisão regular por uma autoridade ou órgão judiciário competente, independente e imparcial. Ainda assim, não se podia desconsiderar que a interdição de direitos sempre foi uma difícil decisão para as pessoas com deficiência.

A partir da Lei nº 13.146/2015, foi introduzido no Código Civil o instituto da tomada de decisão apoiada como um meio para que, somente quando necessário, a pessoa com deficiência, no exercício da capacidade legal (civil), conte com o apoio de pessoas escolhidas pelo próprio interessado para o exercício de determinados atos; devendo ser disponibilizados todos os apoios e salvaguardas apropriadas e efetivas para a proteção do direito, da vontade e da preferência da pessoa com deficiência, objetivando alcançar a plena autonomia, o que deveras se relaciona com o disposto no Artigo 12 da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

2. A TOMADA DE DECISÃO APOIADA

2.1 Conceito

A doutrina conceitua a tomada de decisão apoiada como um processo judicial criado pela Lei Brasileira de Inclusão para garantir apoio à pessoa com deficiência em suas decisões sobre atos da vida civil e assim ter os dados e informações necessários para o pleno exercício de seus direitos (FIGUEIREDO, 2023, p. 1432).

Com efeito, a tomada de decisão apoiada foi introduzida no Código Civil, artigo 1783-A, pela Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência), Lei nº 13.146/2015 (BRASIL):

CAPÍTULO III

Da Tomada de Decisão Apoiada (Incluído pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)

Art. 1.783-A. A tomada de decisão apoiada é o processo pelo qual a pessoa com deficiência elege pelo menos 2 (duas) pessoas idôneas, com as quais mantenha vínculos e que gozem de sua confiança, para prestar-lhe apoio na tomada de decisão sobre atos da vida civil, fornecendo-lhes os elementos e informações necessários para que possa exercer sua capacidade. (Incluído pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)

§ 1º Para formular pedido de tomada de decisão apoiada, a pessoa com deficiência e os apoiadores devem apresentar termo em que constem os limites do apoio a ser oferecido e os compromissos dos apoiadores, inclusive o prazo de vigência do acordo e o respeito à vontade, aos direitos e aos interesses da pessoa que devem apoiar. (Incluído pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)

§ 2º O pedido de tomada de decisão apoiada será requerido pela pessoa a ser apoiada, com indicação expressa das pessoas aptas a prestarem o apoio previsto no **caput** deste artigo. (Incluído pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)

§ 3º Antes de se pronunciar sobre o pedido de tomada de decisão apoiada, o juiz, assistido por equipe multidisciplinar, após oitiva do Ministério Público, ouvirá pessoalmente o requerente e as pessoas que lhe prestarão apoio. (Incluído pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)

§ 4º A decisão tomada por pessoa apoiada terá validade e efeitos sobre terceiros, sem restrições, desde que esteja inserida nos limites do apoio acordado. (Incluído pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)

§ 5º Terceiro com quem a pessoa apoiada mantenha relação negocial pode solicitar que os apoiadores contra-assinem o contrato ou acordo, especificando, por escrito, sua função em relação ao apoiado. (Incluído pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)

§ 6º Em caso de negócio jurídico que possa trazer risco ou prejuízo relevante, havendo divergência de opiniões entre a pessoa apoiada e um dos apoiadores, deverá o juiz, ouvido o Ministério Público, decidir sobre a questão. (Incluído pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)

§ 7º Se o apoiador agir com negligência, exercer pressão indevida ou não adimplir as obrigações assumidas, poderá a pessoa apoiada ou qualquer pessoa apresentar denúncia ao Ministério Público ou ao juiz. (Incluído pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)

§ 8º Se procedente a denúncia, o juiz destituirá o apoiador e nomeará, ouvida a pessoa apoiada e se for de seu interesse, outra pessoa para prestação de apoio. (Incluído pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)

§ 9º A pessoa apoiada pode, a qualquer tempo, solicitar o término de acordo firmado em processo de tomada de decisão apoiada. (Incluído pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)

§ 10. O apoiador pode solicitar ao juiz a exclusão de sua participação do processo de tomada de decisão apoiada, sendo seu desligamento condicionado à manifestação do juiz sobre a matéria. (Incluído pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)

§ 11. Aplicam-se à tomada de decisão apoiada, no que couber, as disposições referentes à prestação de contas na curatela. (Incluído pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)

Extraí-se que o dispositivo legal parte do reconhecimento de que deve ser assegurado a toda pessoa com deficiência o direito ao exercício de sua capacidade civil em igualdade de condições com as demais pessoas em todos os aspectos da vida, criando um instrumento processual eficaz para auxiliar e apoiar a pessoa com deficiência a tomar decisões, sem que, para tanto, necessite ser submetida a um

procedimento de interdição (retirada da plena capacidade para exercício dos atos da vida civil).

Para ANDRADE *et al* (2019, p. 523), o instituto da tomada de decisão afasta-se dos modelos protetivos tradicionais (curatela e tutela) e está diretamente relacionada:

- a) ao ideal de igualdade (material, formal e real, i.e., reconhecimento de identidades, como critérios de gênero, orientação sexual, idade, etnia, compleição física e outros);
- b) ao direito à diferença e à equiparação de oportunidade consagrados na proteção das pessoas com deficiência e sua inclusão social; e
- c) à acessibilidade dos serviços, informações e comunicação.

Nesse sentido, a pessoa apoiada conserva sua capacidade de fato e em alguns casos definidos contará com a participação e colaboração de apoiadores por ela eleitos, sendo que a decisão tomada pela pessoa apoiada terá validade e efeitos perante terceiros, sem restrição, quando inserida nos limites do apoio acordado.

2.2 Procedimento

Cuida-se a tomada de decisão apoiada de processo autônomo, com rito próprio, no qual a própria pessoa com deficiência indica os apoiadores de sua confiança a serem nomeados pelo juiz. Leciona André de Carvalho Ramos (2018, p. 825):

É facultada à pessoa com deficiência a adoção de processo de tomada de decisão apoiada, que consiste no processo de jurisdição voluntária pelo qual a pessoa com deficiência elege pelo menos duas pessoas idôneas, com as quais mantenha vínculos e que gozem de sua confiança, para prestar-lhe apoio na tomada de decisão sobre atos da vida civil, fornecendo-lhe os elementos e informações necessários para que possa exercer sua capacidade.

Em síntese, a pessoa com deficiência (embora a lei não especifique qual a natureza da deficiência) pede ao juiz em petição escrita, por meio de advogado ou defensor público, que lhe nomeie dois apoiadores, indicados expressamente. Essas pessoas prestarão o apoio para decisões e práticas de atos da vida civil da pessoa com deficiência (exemplo de casamento, maternidade/paternidade, transações comerciais, entre outros).

Cabe ressaltar que a pessoa com deficiência é a única legitimada a requerer a tomada de decisão apoiada, sendo vedado ao magistrado determiná-la de ofício. O referido entendimento é expressado no Enunciado 639 da CJF:

ENUNCIADO 639 – Art. 1.783-A: • A opção pela tomada de decisão apoiada é de legitimidade exclusiva da pessoa com deficiência. • A pessoa que requer o apoio pode manifestar, antecipadamente, sua vontade de que um ou ambos os apoiadores se tornem, em caso de curatela, seus curadores.

Também, nesse sentido, segue precedente do Superior Tribunal de Justiça (CAVALCANTE, 2024):

EMENTA: RECURSO ESPECIAL. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 7/STJ. AÇÃO DE INTERDIÇÃO. AUDIÊNCIA DE INTERROGATÓRIO OU ENTREVISTA. INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. DESNECESSIDADE. CURADOR ESPECIAL. INTIMAÇÃO PESSOAL. NECESSIDADE. NULIDADE. DEVER DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO. COMPARECIMENTO DO INTERDITANDO. DESNECESSIDADE. TOMADA DE DECISÃO APOIADA. FIXAÇÃO DE OFÍCIO PELO JUIZ. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE REQUERIMENTO. PESSOA COM DEFICIÊNCIA. LEGITIMIDADE EXCLUSIVA. CURATELA COMPARTILHADA. FIXAÇÃO DE OFÍCIO PELO JUIZ. IMPOSSIBILIDADE. OBRIGATORIEDADE. AUSÊNCIA.

1- Recurso especial interposto em 17/8/2018 e concluso ao gabinete em 14/3/2019.

2- O propósito recursal consiste em dizer se: a) é nula a convalidação de atos processuais sem o deferimento de nova vista ao curador especial; b) foi indevida a nomeação de curadora ao interditado em virtude da existência de conflito de interesses; c) é obrigatória a redução a termo das perguntas e respostas efetivadas em audiência de instrução; d) o acórdão considerou mero atestado médico como laudo pericial; e) há nulidade por ter o Tribunal estadual negado a realização de perícia pleiteada pelo curador especial; f) o curador especial, em ação de interdição, deve ser prévia e pessoalmente intimado da designação da audiência de instrução, sob pena de nulidade; g) é obrigatória a presença do interditando na audiência de instrução; h) na ação de interdição, é obrigatória a participação do Ministério Público, de defensor e de curador especial na audiência de interrogatório ou entrevista; e i) é obrigatória a fixação pelo juiz, de ofício, das medidas de tomada de decisão apoiada e de curatela compartilhada.

3- No que diz respeito às teses relativas (a) à existência de conflito de interesses entre curador e curatelado, (b) à nulidade em virtude da não redução a termo das perguntas e respostas efetivadas em audiência, (c) à impossibilidade de convalidação de atos processuais sem o deferimento de nova vista ao curador especial, (d) à nulidade em virtude da ausência de participação de defensor na audiência de interrogatório, (e) à negativa de realização de perícia pleiteada pelo curador especial e (f) à necessidade de nomeação de curador especial para o interrogatório do interditando, tem-se, no ponto, inviável o debate, porquanto não se observa o indispensável prequestionamento.

4- Derruir a conclusão a que chegou o Tribunal a quo, verificando se foi ou não realizada perícia judicial, demandaria o revolvimento de fatos e provas, o que é vedado pelo enunciado da Súmula 7 do STJ.

5- Não há que se falar em nulidade do processo por ausência de intervenção do Ministério Público na audiência de interrogatório, seja porque o Parquet foi devidamente intimado, dando-se por ciente, seja porque não houve demonstração de efetivo prejuízo.

6- Na ação de interdição, é imprescindível a constituição de advogado ou nomeação de curador especial ao interditando, porquanto não se admite processo de interdição sem defesa.

7- Nomeado curador especial, é necessária a sua intimação pessoal para a prática dos atos processuais.

8- Esta Corte Superior perfilha o entendimento de que "mesmo nas hipóteses em que se configuram os vícios mais graves, como é a nulidade por falta de intimação pessoal do curador especial, eles serão reconhecidos somente quando devidamente demonstrado o prejuízo suportado pela parte, em homenagem ao princípio da *pas de nullité sans grief*" (AgInt no REsp 1720264/MG, TERCEIRA TURMA, julgado em 11/09/2018, DJe 21/09/2018).

9- O exame sobre a ocorrência de prejuízo deve se circunscrever apenas ao ato de intimação e à sua validade, devendo-se perquirir somente se a intimação efetivada por meio oficial distinto daquele previsto em lei impediu a ciência inequívoca da decisão pela parte.

10- Não restando demonstrado o prejuízo suportado em virtude da alegada ausência de intimação pessoal, não há como se reconhecer a apontada nulidade.

11- Na ação de interdição, muito embora seja possível a convocação do interditando, não é obrigatório o seu comparecimento na audiência de instrução, máxime tendo em vista que este já foi interrogado anteriormente em audiência.

12- Conforme se extrai da interpretação sistemática dos parágrafos § 1º, § 2º e § 3º do Art. 1.783-A, a tomada de decisão apoiada exige requerimento da pessoa com deficiência, que detém a legitimidade exclusiva para pleitear a implementação da medida, não sendo possível a sua instituição de ofício pelo juiz.

13- A curatela compartilhada é instituto desenvolvido pela jurisprudência que visa facilitar o desempenho da curatela ao atribuir o munus a mais de um curador simultaneamente.

14- Muito embora as normas jurídicas e os entendimentos fixados acerca da guarda compartilhada devam servir de norte interpretativo para a exata compreensão e aplicação da curatela compartilhada, deve-se respeitar não só as peculiaridades de cada instituto, mas também as disposições legislativas próprias que regulam cada uma das matérias.

15- Ao contrário do que ocorre com a guarda compartilhada, o dispositivo legal que consagra, no âmbito do direito positivo, o instituto da curatela compartilhada não impõe, obrigatória e expressamente, a sua adoção. A redação do novel art. 1.775-A do CC/2002 é hialina ao estatuir que, na nomeação de curador, o juiz "poderá" estabelecer curatela compartilhada, não havendo, portanto, peremptoriedade, mas sim facultatividade.

16- Não há obrigatoriedade na fixação da curatela compartilhada, o que só deve ocorrer quando (a) ambos os genitores apresentarem interesse no exercício da curatela, (b) revelarem-se aptos ao exercício do munus e (c) o juiz, a partir das circunstâncias fáticas da demanda, considerar que a medida é a que melhor resguarda os interesses do curatelado.

17- Em virtude do caráter *rebus sic stantibus* da decisão relativa à curatela, não há óbice a que se pleiteie, nas vias ordinárias, a fixação da curatela compartilhada ou que, futuramente, comprovada a inaptidão superveniente da curadora para o exercício do munus, o decisum proferido neste feito venha a ser modificado.

18- Recurso especial conhecido em parte e, nesta extensão, não provido. (REsp n. 1.795.395/MT, relatora Ministra Nancy Andrichi, Terceira Turma, julgado em 4/5/2021, DJe de 6/5/2021.)

No que se refere às duas pessoas a serem indicadas como apoiadores, deve-se destacar que elas devem ter vínculos e gozar da confiança da pessoa com deficiência; devem esclarecer as dúvidas e fornecer todas as informações necessárias para dirimi-las sobre o ato da vida civil em questão, de maneira que a pessoa com deficiência possa ter respeitada sua vontade e, sobretudo, seus interesses e/ ou direitos.

Para formular o pedido de tomada de decisão apoiada é necessário que a pessoa com deficiência e os apoiadores apresentem um termo, em que devem ser consignados os limites do apoio a ser oferecido, o compromisso dos apoiadores, o prazo de vigência do acordo e o respeito à vontade, aos direitos e aos interesses da pessoa que devem apoiar (FIGUEIREDO, 2023, p. 1432).

No mesmo sentido, ensina André de Carvalho Ramos (2018, p. 825):

O pedido de tomada de decisão apoiada será requerido pela pessoa com deficiência, com indicação expressa das pessoas aptas a prestarem o apoio. Para formular o pedido de tomada de decisão apoiada, a pessoa com deficiência e os apoiadores devem apresentar termo em que constem: (i) os limites do apoio a ser oferecido; (ii) os compromissos dos apoiadores; (iii) o prazo de vigência do acordo; e (iv) o respeito à vontade, aos direitos e aos interesses da pessoa que devem apoiar.

Do processo judicial de tomada de decisão apoiada participam, além da parte interessada e das duas pessoas apoiadoras, o juiz, que é assistido por uma equipe multidisciplinar, e o Ministério Público.

Explica André de Carvalho Ramos (2018, p. 825):

Antes de se pronunciar sobre o pedido de tomada de decisão apoiada, o juiz, assistido por equipe multidisciplinar, após oitiva do Ministério Público, ouvirá pessoalmente o requerente e as pessoas que lhe prestarão apoio.

Destaque-se que homologado o apoio, as decisões serão válidas e eficazes, desde que tomadas nos exatos limites do termo. Tangente a todos os atos da vida civil que não estiverem abrangidos pelo acordo do apoio, o seu beneficiário ostentará total capacidade e autodeterminação (ANDRADE *et al*, 2-19, p. 525).

Outrossim, Figueiredo (2023, p. 1432) esclarece que o terceiro com quem a pessoa apoiada mantenha relação negocial poderá solicitar, inclusive, a assinatura de contrato ou do acordo dos apoiadores, especificando, por escrito, a função destes em relação ao apoiado.

De mais a mais, consoante os ensinamentos de André de Carvalho Ramos (2018, p. 825):

Em caso de negócio jurídico que possa trazer risco ou prejuízo relevante, havendo divergência de opiniões entre a pessoa apoiada e um dos apoiadores, deverá o juiz, ouvido o Ministério Público, decidir sobre a questão.

Nos casos de negligência do apoiador em relação ao apoio que se comprometeu a prestar, ou se pressionar indevidamente a pessoa apoiada, ou ainda não cumprir com as obrigações assumidas, a pessoa com deficiência ou qualquer outra poderá denunciar ao Ministério Público ou ao juiz. Se a denúncia se comprovar, o juiz destituirá o apoiador e nomeará um outro, considerando a indicação da pessoa com deficiência interessada, prestigiando sua iniciativa e autonomia de vontade.

Em arremate, a qualquer tempo, a pessoa apoiada pode solicitar o término do acordo assinado em processo de tomada de decisão apoiada. O apoiador também poderá solicitar ao juiz a sua exclusão do processo de tomada de decisão apoiada, sobre a qual o juiz deverá se manifestar.

3. CONCLUSÃO

A interdição de direitos sempre foi uma difícil decisão para as pessoas com deficiência, especialmente àquelas com deficiência intelectual (*deficit* cognitivo) e deficiência mental (saúde mental) e seus familiares. A tomada de decisão apoiada, surge, assim, como uma medida de proteção para que a pessoa com deficiência tenha o apoio de pelo menos duas pessoas idôneas e com quem tenha vínculos e confiança para decidir sobre determinados atos da vida civil.

Dito de outra forma, é desse contexto (de ser a interdição a última medida a ser adotada) que se extrai a justificativa para a mudança da lei e a compreensão de que eventual necessidade de apoio para o exercício de direitos recairá tão somente sobre direitos patrimoniais e negociais, tudo previamente definido em sentença do juiz, assistido por equipe multidisciplinar.

Para esses atos, com o novo instituto da tomada de decisão apoiada, a pessoa com deficiência poderá contar com apoiadores que prestarão o apoio e o esclarecimento necessários para eventuais decisões.



O presente artigo propôs uma reflexão, à luz do disposto na legislação, doutrina e jurisprudência dos Tribunais Superiores, acerca das discussões envolvendo a origem, conceituação, procedimento e limites do inovador instituto, ferramenta de grande importância para concretização do exercício da capacidade plena pelas pessoas com deficiência.

O diálogo crítico aqui apresentado buscou evidenciar a importância de serem previstos meios eficazes de apoio para que a pessoa com deficiência exercite sua capacidade civil em igualdade de condições com as demais pessoas.



REFERÊNCIAS

ANDRADE, Adriano [et al]. **Interesses difusos e coletivos: volume 2**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: MÉTODO, 2019.

BRASIL. **Código Civil de 2002**. Disponível em <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2002/lei-10406-10-janeiro-2002-432893-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 14/04/2024.

BRASIL. **Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência**. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=424-cartilha-c&category_slug=documentos-pdf&Itemid=30192>. Acesso em: 14/04/2024.

BRASIL. **Lei n. 13146/2015**. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil-03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm>. Acesso em: 14/04/2024.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Não é possível tomada de decisão apoiada de ofício pelo juiz (= legitimidade exclusiva da pessoa com deficiência)**. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/62000dee5a05a6a71de3a6127a68778a>>. Acesso em: 14/04/2024

FIGUEIREDO, Luciano; FIGUEIREDO, Roberto. **Manual de Direito Civil. Volume Único**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Juspodivm, 2023.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.



TERCEIRIZAÇÃO TRABALHISTA: A AUSTERIDADE SOB A PERSPECTIVA DA OBRA DE ANTONIO CASIMIRO FERREIRA

LABOR OUTSOURCING: AUSTERITY FROM THE PERSPECTIVE OF ANTONIO CASIMIRO FERREIRA'S WORK

Luísa Militão Vicente Barroso¹

Resumo: O objetivo deste artigo é mostrar como a terceirização trabalhista, tema tão em voga na atualidade, insere-se no contexto das medidas de austeridade implementadas por vários governos. Como parâmetro, será utilizada a obra de António Casimiro Ferreira, sociólogo e professor português vinculado à Universidade de Coimbra. A partir das reformas legislativas recentemente ocorridas em Portugal, o professor promove uma análise do contexto socioeconômico em que estão inseridas essas políticas. Fica claro que as mudanças são parte de um projeto muito maior, que envolve grandes grupos econômicos mundiais e organismos internacionais. Por isso, os impactos desse pacote vêm sendo sentidos em diversos países. Daí, conclui-se que a terceirização e outras atitudes flexibilizadoras do Direito do Trabalho fazem parte dessas medidas e geram consequências drásticas aos trabalhadores e às classes mais pobres.

Palavras-Chave: terceirização trabalhista; António Casimiro Ferreira; austeridade.

Abstract: The objective of this article is to show how labor outsourcing, a topic that is so much in vogue today, is inserted in the context of the austerity measures implemented by several governments. As a parameter, the work of António Casimiro Ferreira, sociologist and professor Portuguese linked to the University of Coimbra, will be used. Based on the legislative reforms that have recently taken place in Portugal, the professor promotes an analysis of the socioeconomic context in which these policies are inserted. It is clear that the changes are part of a much larger project, which involves large global economic groups and international organizations. Therefore, the impacts of this package have been felt in several countries. Hence, it is concluded that outsourcing and other flexible attitudes of Labor Law are part of these measures and generate drastic consequences for workers and the poorest classes.

Keywords: labor outsourcing; António Casimiro Ferreira; austerity.

1. INTRODUÇÃO

Desde 2013, o cenário político brasileiro encontra-se bastante conturbado. As manifestações ocorridas naquele ano, de início despretensiosas e motivadas por aumentos no preço das passagens de ônibus na cidade de São Paulo, acabaram desencadeando uma crise política que teve como auge o impeachment da presidenta Dilma Rousseff, em 2016. Um dos lemas dos manifestantes era “o gigante acordou”.

¹ Graduada em Direito pela Universidade Federal de Viçosa (UFV). Pós-Graduada em Direito Civil e Processual Civil pela Faculdade Legale. Advogada.

Com isso, desejava-se dizer que, finalmente, os brasileiros haviam se mobilizado para combater a corrupção que assolava o país.

Sabe-se que o Brasil já contou com inúmeros escândalos de corrupção. Casos como o “Mensalão”, a “Máfia das Sanguessugas”, o “Banestado” e os “Vampiros da Saúde” foram amplamente divulgados pela grande mídia. O sentimento de revolta popular com tudo isso pareceu aflorar em 2013, como que “de carona” com o movimento que surgira por conta do preço das passagens.

Desde o início, o chamado “Movimento Passe Livre” declarou-se apartidário e horizontal. Entretanto, aos poucos, as manifestações foram crescendo e, conseqüentemente, outros interesses foram envolvidos. De repente, os protestos direcionaram-se em peso ao partido que governava à época: o Partido dos Trabalhadores (PT). Aliado a isso, grandes líderes do partido, como o ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, eram investigados pela Polícia Federal, na operação Lava Jato, suspeitos, dentre outros crimes, de organizarem um esquema milionário de corrupção na maior estatal do país: a Petrobras.

Os escândalos de corrupção envolvendo o PT dominavam os noticiários e, com isso, crescia cada vez mais a revolta popular em relação ao partido. Em 2 de dezembro de 2015, o plantão da Rede Globo noticiou que o então presidente da Câmara dos Deputados, Eduardo Cunha, aceitara a denúncia por crime de responsabilidade contra a presidenta. Após cumpridos os trâmites legais, regimentais e constitucionais, o mandato de Rousseff foi cassado. No dia 31 de agosto de 2016, assumiu a presidência da República, conforme previsão constitucional, o anterior vice-presidente, Michel Temer.

O governo de Temer propôs, às pressas, bastantes alterações legislativas. Dentre essas propostas, citam-se a Reforma Previdenciária, a Emenda Constitucional dos Gastos Públicos e a Reforma Trabalhista. Todas elas foram polêmicas e envolviam a retirada de inúmeros direitos dos cidadãos. Na verdade, essas propostas parecem atender a agendas neoliberais, tese corroborada pela participação da Federação das Indústrias do Estado de São Paulo (Fiesp) nos movimentos pró-impeachment.

Em seu livro “Sociedade da Austeridade e Direito do Trabalho de Exceção”, Antônio Casimiro Ferreira, sociólogo e professor da Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra, discorre sobre como certas alterações legislativas que promovem retiradas de direitos são parte de pacotes de austeridade. Um dos pontos afetados pela Reforma Trabalhista ocorrida no Brasil trata-se da terceirização, tema

central do presente artigo. Ferreira mostra como esse e outros institutos promovem certa flexibilização no Direito do Trabalho, o que interessa aos grupos econômicos que visam a nada além do lucro.

Em suma, neste estudo será mostrado como a terceirização é medida de austeridade, inserida em um pacote de reformas flexibilizadoras que, ao retirar direitos dos trabalhadores, aproveitam ao capital. O marco teórico dessa análise trata-se da obra de António Casimiro Ferreira, que observa o contexto político, social e econômico de seu país, Portugal, para atingir suas conclusões. Os conceitos mencionados nesta introdução serão melhor desenvolvidos ao longo do texto.

2. REFERENCIAL TEÓRICO – ASPECTOS JURÍDICOS DA TERCEIRIZAÇÃO NO BRASIL

2.1 Introdução e contextualização

Dentre as espécies de contrato individual de trabalho reconhecidas pela ordem jurídica pátria, citam-se 4 principais: 1) contrato por prazo indeterminado, 2) contratos a prazo previstos na Consolidação das Leis do Trabalho, 3) contrato a prazo previsto na lei 9.601/98 e 4) contrato intermitente.

Existe uma quinta espécie, abordada na lei 6.019/74, que, nos termos de sua ementa, “[d]ispõe sobre o Trabalho Temporário nas Empresas Urbanas, e dá outras Providências”. Esse contrato é chamado “contrato temporário” e possui uma característica que o diferencia fundamentalmente dos outros 4. Estes são contratos que materializam relações bilaterais de emprego, as quais envolvem apenas dois polos: empregado e empregador. Já o contrato temporário envolve uma relação trilateral.

A relação trilateral envolve um terceiro, que, no caso, trata-se do empregador, um empregado e um tomador de serviços. O tomador, antes responsável pelo pagamento de salário ao empregado, deixa de sê-lo; e o responsável por pagar salário torna-se o terceiro. Esse terceiro é chamado de “empresa de trabalho temporário”, conforme a redação da lei 6.019. A lei refere-se ao tomador como “cliente” e ao empregado como “trabalhador temporário”.

Essa relação trilateral é uma das formas de terceirização praticadas no Brasil. Uma terceirização nesses moldes pode ser realizada quando, por exemplo, um dos empregados de uma empresa entra de férias e, não podendo ser contratado nenhum empregado por meio dos modelos tradicionais, contrata-se alguém temporariamente

por interposta pessoa (que, no caso, é o terceiro, isto é, a empresa de trabalho temporário). Essa pessoa fornece um empregado para a empresa do cliente. Entre o trabalhador temporário e a empresa de trabalho temporário há relação de emprego. Entre aquele e o cliente (tomador), há relação de trabalho.

Além da hipóteses de substituição temporária do pessoal regular da empresa tomadora, analisada no exemplo acima, esse tipo de terceirização pode ser implantado em caso de acréscimo extraordinário do serviço, como durante as vendas no Natal.

2.2 Sistemas de organização do trabalho

É importante uma investigação retrospectiva a respeito do tema em tela para entender de onde surgiu a ideia de terceirização.

Frederick Wislow Taylor foi um engenheiro mecânico que criou o modelo de produção por esteira, com vistas a intensificar a produtividade. Esse modelo de produção ficou conhecido como Taylorismo. Esse padrão, de fato, atendeu as aspirações empresariais ao lucro. Todavia, tirou do trabalho a possibilidade de conhecimento (*know-how*) de todas as fases da produção. Em suma, o Taylorismo automatizou e alienou o trabalhador.

Tempos depois, Henry Ford desenvolveu o Fordismo, a partir de uma inserção fundamental ao esquema de produção taylorista: o movimento da esteira de produção. Isso possibilitou a produção em massa de produtos padronizados, o que se coadunou com a ideia de igualdade formal vigente naquela época (Modernidade). Isso privou ainda mais os trabalhadores do processo produtivo. Inclusive, esse modelo de produção é satirizado no famoso filme Tempos Modernos.

A terceira forma de organização do trabalho trata-se do Toyotismo, criada no Japão, por Taiichi Ohno. A produção nos esquemas fordistas e tayloristas fazia com que muitas mercadorias acabassem armazenadas em estoques, o que prejudicava a relação oferta/demanda. Tendo isso em vista, Ohno implantou a produção “*just in time*”, que envolvia equipes de trabalho, e não esteiras rolantes. Essas equipes realizavam atividades diferentes entre si, porém essas atividades, quando conjugadas, resultavam no produto final. O nome “*just in time*” deve-se ao fato de a produção só ocorrer ao tempo da demanda.

O Toyotismo promoveu a possibilidade de outras empresas serem envolvidas na fabricação de um único produto, e é a partir daí que a ideia de terceirização ganha campo fértil para desenvolver-se. Sob o esquema do toyotismo, poderia ser contratada uma empresa diferente para a fabricação de cada parte do produto.

Ohno assumiu a direção da Toyota, no Japão, logo após a Segunda Guerra Mundial. O fordismo, naturalmente, exigia grandes plantas industriais para ser implantado, e sabe-se que o Japão possui extensão territorial reduzida. Ademais, naquele contexto, era necessário reduzir os custos de produção para que produtos mais baratos, já que o país estava destruído. Somado a isso, havia a modificação nos gostos das pessoas. Se antes as pessoas preferiam produtos padronizados, passavam a ser mais interessantes artefatos personalizados. Tudo isso foi resolvido a partir da ideia de equipes de trabalho.

Surgia então a terceirização. Posteriormente, ela generalizou-se como prática, pois, em qualquer país, significaria redução dos custos de produção.

A primeira modalidade de terceirização surgida no Brasil foi a praticada pela Administração Pública. Esse modelo foi introduzido ao ordenamento jurídico pátrio pelo decreto-lei 200/67, que, nos termos de sua ementa, “[d]ispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências”. Como visto, esse diploma legal relacionava-se à ideia de tornar mais enxuta a máquina estatal, sendo a terceirização um dos meios para tal.

2.3 Normatização jurídica da terceirização no Brasil

A terceirização trabalhista há muito é praticada no Brasil. Entretanto, a primeira normatização sobre o tema surgiu apenas em 1967. Essa normatização instrumentalizou-se pelo decreto-lei 200, que, nos termos de sua ementa, “[d]ispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências”. Como visto, a ementa desse decreto já falava em reforma administrativa, o que leva a concluir que esta, apesar do que a maioria das pessoas pensam, não é novidade trazida na década de 90.

O decreto-lei 200/67 permitiu que algumas atividades da Administração Pública fossem exercidas por outras pessoas que não seus servidores, o que corresponde à ideia de descentralização administrativa.

O texto do decreto, conforme transcrito acima, previa que as tarefas executivas (também chamadas “tarefas de execução indireta”) da Administração Pública poderiam ser descentralizadas. Ficava a cargo da Administração a escolha entre executar tais atividades por si mesma ou entregá-las a outrem.

O decreto não esclarecia o que eram as tarefas executivas. Essa dúvida imperou até o advento da lei 5.645/70, que trouxe, em seu artigo 3º, parágrafo único, uma delimitação dessas atividades:

As atividades relacionadas com transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outras assemelhadas serão, de preferência, objeto de execução indireta, mediante contrato, de acordo com o artigo 10, § 7º, do Decreto-lei número 200, de 25 de fevereiro de 1967.

É importante notar que o dispositivo transcrito acima empregou a expressão “outras assemelhadas”, o que faz dele um rol exemplificativo de atividades executivas. Contudo, nesse rol só podem incluir-se as chamadas “atividades-meio”.

O trabalhador terceirizado apresenta, em relação à Administração Pública, uma relação de prestação de serviços, enquanto ela possui com a empresa de terceirização um contrato administrativo. Já a empresa de terceirização vincula-se ao trabalhador terceirizado por relação de emprego².

Em 1974, foi promulgada a lei 6.019. Essa lei estendeu a terceirização, antes restrita à Administração Pública, ao setor privado. Isso não quer dizer que essa prática, antes de 1974, não era visualizada no setor privado. Com o advento da lei 6.019, ela apenas foi normatizada.

A lei 6.019, também conhecida como “Lei do Trabalho Temporário”, “[d]ispõe sobre o Trabalho Temporário nas Empresas Urbanas, e dá outras Providências”, nos termos de sua ementa. Seus principais pontos correspondem aos seus artigos 2º,

Trabalho temporário é aquele prestado por pessoa física a uma empresa, para atender à necessidade transitória de substituição de seu pessoal regular e permanente ou à acréscimo extraordinário de serviços.

4º:

Compreende-se como empresa de trabalho temporário a pessoa física ou jurídica urbana, cuja atividade consiste em colocar à disposição de outras

² Cabe salientar que a principal diferença entre o regime estatutário e a relação de emprego trata-se da estabilidade.



empresas, temporariamente, trabalhadores, devidamente qualificados, por elas remunerados e assistidos.

e 13:

Constituem justa causa para rescisão do contrato do trabalhador temporário os atos e circunstâncias mencionados nos artigos 482 e 483, da Consolidação das Leis do Trabalho, ocorrentes entre o trabalhador e a empresa de trabalho temporário ou entre aquele e a empresa cliente onde estiver prestando serviço.³

Esse tipo de terceirização dá-se com a contratação por interposta pessoa do trabalhador temporário pelo tomador de serviços (cliente). Essa pessoa interposta corresponde ao terceiro inserido na relação, a saber, a empresa de trabalho temporário. Nessa dinâmica, o trabalhador presta serviços ao tomador, mas quem o remunera é a empresa de trabalho temporário.

A Lei obriga que a prestação de serviços pelo trabalhador ao tomador seja transitória. No entanto, o que ocorre é que, findo o período de prestação, o trabalhador temporário é apenas substituído por outro empregado da mesma empresa de trabalho temporário, que conta com um elenco de trabalhadores permanente em seu quadro pessoal. Em que pese o requisito da transitoriedade da prestação, não há norma que vede essa substituição.

O artigo 13 da lei 6.019, retrotranscrito, prevê que o trabalhador pode ser demitido tanto pela empresa de trabalho temporário quanto pelo tomador de serviços. Em outras palavras, a empresa de trabalho temporário e o tomador de serviços podem exercer o poder empregatício sobre o terceirizado. Portanto, o trabalhador encontra-se subordinado a ambos.

A empresa de trabalho temporário liga-se a seu cliente (tomador de serviços) por um contrato. Esse contrato é abordado no artigo 10 da lei 6.019:

O contrato entre a empresa de trabalho temporário e a empresa tomadora ou cliente, com relação a um mesmo empregado, não poderá exceder de três meses, salvo autorização conferida pelo órgão local do Ministério do Trabalho e Previdência Social, segundo instruções a serem baixadas pelo Departamento Nacional de Mão-de-Obra.⁴

³ Essas redações são originais da lei 6.019. Atualmente, não subsistem no ordenamento pois foram alteradas pela reforma trabalhista.

⁴ Atualmente, o dispositivo conta com outra redação, inserida pela Reforma Trabalhista.

Os 3 meses mencionados representam a transitoriedade da prestação, citada acima.

O artigo 16 da lei 6.019 trata de responsabilidade em caso de falência da empresa de trabalho temporário:

No caso de falência da empresa de trabalho temporário, a empresa tomadora ou cliente é solidariamente responsável pelo recolhimento das contribuições previdenciárias, no tocante ao tempo em que o trabalhador esteve sob suas ordens, assim como em referência ao mesmo período, pela remuneração e indenização previstas nesta Lei.

A lei 6.019 não foi a última normatização da temática da terceirização. Depois dela vieram várias outras, dentre as quais aparece a lei 7.102/83, que, nos termos de sua ementa, “[d]ispõe sobre segurança para estabelecimentos financeiros, estabelece normas para constituição e funcionamento das empresas particulares que exploram serviços de vigilância e de transporte de valores, e dá outras providências”.

A lei 7.102 volta-se para o setor financeiro, possibilitando que serviços de segurança, vigilância e transporte de valores possam ser prestados por terceiros. Por força da norma de seu artigo 3º, tornara-se caro para os bancos empregar pessoal próprio para esse tipo de serviços, especialmente devido às burocracias expostas no inciso II:

A vigilância ostensiva e o transporte de valores serão executados: I - por empresa especializada contratada; ou II - pelo próprio estabelecimento financeiro, desde que organizado e preparado para tal fim, com pessoal próprio, aprovado em curso de formação de vigilante autorizado pelo Ministério da Justiça e cujo sistema de segurança tenha parecer favorável à sua aprovação emitido pelo Ministério da Justiça. Parágrafo único. Nos estabelecimentos financeiros estaduais, o serviço de vigilância ostensiva poderá ser desempenhado pelas Polícias Militares, a critério do Governo da respectiva Unidade da Federação.

O tipo de terceirização inaugurado por essa lei envolve 3 sujeitos: 1) o trabalhador terceirizado, 2) o estabelecimento financeiro e 3) a empresa especializada. O trabalhador terceirizado prestará serviços (de segurança privada) ao estabelecimento financeiro. Este une-se à empresa especializada por um contrato civil de prestação de serviços. Já a relação entre empresa especializada e trabalhador terceirizado trata-se de relação de emprego.

A terceirização regulada na lei 6.019 conta com várias nuances que a diferenciam da terceirização implantada pela lei 7.102, tais como a transitoriedade do serviço.

É de suma importância o artigo 10, §2º, da lei 6.019:

As empresas especializadas em prestação de serviços de segurança, vigilância e transporte de valores, constituídas sob a forma de empresas privadas, além das hipóteses previstas nos incisos do caput deste artigo, poderão se prestar ao exercício das atividades de segurança privada a pessoas; a estabelecimentos comerciais, industriais, de prestação de serviços e residências; a entidades sem fins lucrativos; e órgãos e empresas públicas.”). Esse dispositivo estende a aplicação das normas dessa lei a outros setores que não o financeiro. Por força dele, o tomador não precisa ser um estabelecimento financeiro. Empresas especializadas em segurança privada podem prestar serviços a quaisquer outras pessoas, inclusive pessoas públicas.

Esse assunto gerou bastantes discussões, principalmente no que tange à licitude da contratação nesses moldes, o que levou o Tribunal Superior do Trabalho a editar, em 1986, a súmula 256:

Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis nºs 6.019, de 03.01.1974, e 7.102, de 20.06.1983, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços.

Essa súmula, atualmente, encontra-se cancelada.

No entanto, a súmula 256 não mencionou a terceirização regulada pelo decreto-lei 200. Mais uma vez, o Tribunal Superior do Trabalho foi chamado a pronunciar-se sobre a questão, porém seu pronunciamento disseminou ainda mais dúvidas, as quais deram origem à súmula 331.

Atualmente, a súmula 256 encontra-se cancelada, estando em vigência apenas a súmula 331:

I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974). II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988). III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta. IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos

serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial. V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada. VI - A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.

Até a data de edição da súmula 331, existiam três formas jurídicas de terceirização, positivadas pela lei 6.019/74, pelo decreto-lei 200/67 e pela lei 7.102/83. Como são todas formas de terceirização, sempre envolvem 3 sujeitos.

A terceirização regulada pela 6.019 possui prazo máximo de 3 meses. O trabalhador temporário subordina-se tanto ao tomador quanto à empresa de trabalho temporário, o que significa que ambas podem fiscalizá-lo. Sob a égide dessa lei, há apenas duas hipóteses de contratação de trabalhador temporário terceirizado: 1) substituição de empregado regular do tomador ou 2) acréscimo extraordinário de serviços.

Por autorização do decreto-lei 200/67, a Administração Pública pode terceirizar suas atividades-meio.

A terceirização nos moldes da lei 7.102 não restringe-se a estabelecimentos financeiros. Esse modelo pode ser implantado em qualquer setor empresarial e pela iniciativa pública. Devem estar envolvidas empresas especializadas em serviços de segurança privada (vigilância e transporte de valores).

A súmula 331 foi editada pela primeira vez em 1993. Em 2000, ela sofreu algumas alterações e voltou a ser editada em 2011.

A terceirização será ilícita quando qualquer uma das exigências da lei 6.019 for descumprida. A consequência desse tipo de terceirização corresponde à formação de vínculo de emprego entre o trabalhador temporário e o tomador de serviços. Em terceirizações lícitas, o trabalhador temporário é empregado não do tomador, mas da empresa de trabalho temporário, sendo esta quem o remunera. A terceirização nos moldes da lei 6.019 recai sobre atividades-fim e é temporária.

O item II da súmula 331, retrotranscrito, aduz que não há formação de vínculo em caso de terceirizações ilícitas envolvendo a Administração Pública. Isso explica-se pela necessidade de aprovação em concurso público para que uma pessoa passe

a integrar os quadros da Administração. A consequência de terceirizações ilícitas nesse caso será a não formação do vínculo.

O item III da súmula estendeu a terceirização positivada pela lei 7.102 para além do setor financeiro e para além de serviços de segurança privada. Por força desse item, quaisquer serviços ligados a atividades-meio de empresas poderiam ser terceirizados. O trabalhador subordinar-se-á apenas à empresa especializada, e não ao tomador. Terceirizações ilícitas seriam punidas com a formação de vínculo de emprego entre o trabalhador e o tomador. A cadeia de precedentes que deu origem a esse item revela interpretações extensivas que não cabem ao Poder Judiciário. Pode-se afirmar, portanto, que o Tribunal Superior do Trabalho exerceu, nesse item, papel de legislador.

O item IV refere-se apenas às terceirizações abordadas nas leis 6.019 e 7.102. Esse item trata da situação de inadimplemento de verbas trabalhistas. Nesses casos, o tomador será responsabilizado subsidiariamente. A lei 6.019 determina expressamente que, em caso de falência da empresa de trabalho temporário, o tomador seria responsabilizado solidariamente. Não cabia ao Tribunal Superior do Trabalho inovar o ordenamento nesse ponto, porém essa norma aboliu a necessidade de falência para houvesse responsabilização do tomador. A lei 7.102, por sua vez, nada dispunha sobre o assunto, de forma que, no que tange a ela, o item IV significou inovação total.

O item V foi modificado em 2000 e em 2011. Há um dispositivo da lei 8.666 (Lei de Licitações) prevendo que a responsabilidade da Administração Pública, subsidiária, só apareceria em hipóteses de culpa efetiva desta no contexto da licitação. Essa culpa poderia ser *in eligendo* ou *in vigilando*. A primeira manifestar-se-ia no momento de escolha da empresa de terceirização, durante o procedimento licitatório; e a segunda aparece quando a Administração não fiscaliza a prestação de serviços como deveria e acabam surgindo problemas. Esse item foi inserido em 2000 por conta da ADC 16, que visava à declaração de constitucionalidade do artigo 71, §1º, da lei 8.666:

A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis.



A antiga redação violava esse dispositivo, não mencionando culpa da Administração. Em 2011, o julgamento de uma ADIn resultou por determinar que o ônus da prova de culpa não é da Administração, mas do trabalhador. Portanto, os requisitos para a responsabilização da Administração são inadimplemento e culpa.

2.4 Alterações recentes na regência legal e jurisprudencial da terceirização

Nos últimos anos, têm surgido diversas normas sobre o assunto, dentre as quais podem citar-se: 1) lei 13.429/17, 2) lei 13.467/17 (Reforma Trabalhista), 3) recurso extraordinário 760.931, 4) projeto de lei da Câmara 30/15 e 5) ação de descumprimento de preceito fundamental 324. As duas primeiras alteraram a lei 6.109.

Durante a tramitação da Reforma Trabalhista, havia receio de que esta não fosse aprovada. Por isso, os parlamentares resgataram um projeto de lei que tinha sido retirado de votação em 2003, o qual tencionava a alteração da lei 6.019. Esse projeto de lei (4.302) fora iniciativa do Poder Executivo e acabou sendo aprovado em 2017, dando origem à lei 13.429.

O RE 760.931 foi julgado em 30 de março de 2017 e está pendente de embargos de declaração. Quando for julgado, pode trazer mais alterações à temática da terceirização.

O PLC 30/15 encontra-se na Comissão de Constituição e Justiça, prestes a ser votado.

3. VIÉS CRÍTICO – SOCIEDADE DA AUSTERIDADE E DIREITO DO TRABALHO DE EXCEÇÃO

António Casimiro Ferreira é um sociólogo português, que leciona e exerce suas atividades de pesquisa na Universidade de Coimbra. Em 2012, publicou um livro chamado “Sociedade da Austeridade e Direito do Trabalho de Exceção”. Neste, Ferreira analisa o contexto social, político e econômico de Portugal e discorre sobre aspectos sociológicos das mudanças legislativas implantadas no país. Segundo ele, tais reformas são parte de um “pacote de medidas de austeridade”.

Com o termo “austeridade”, Ferreira deseja referir-se ao “processo de implementação de medidas econômicas que conduzem à disciplina, ao rigor e à

contenção econômica, social e cultural”⁵. Os governos responsáveis pelo advento da austeridade justificam-se à população sob o argumento de que a crise econômica, pública e privada, será resolvida se os cidadãos submeterem-se a certas privações.

Em outras palavras, modelos econômicos austeros recaem sobre os indivíduos, punindo-os. Sacríficos presentes seriam capazes corrigir excessos cometidos no passado, responsáveis pelas atuais crises econômicas. Com esse discurso, vê-se a retirada massiva de direitos, principalmente trabalhistas – daí a tal “flexibilização” do Direito do Trabalho – que atendem às ambiciosas aspirações do mercado ao lucro. Os impactos dessas medidas não se restringem ao campo econômico. Segundo Ferreira, esses discursos causam à população sentimentos ruins como desilusão, culpa e medo. Ademais, as reformas de austeridade acabam por trazer certa resignação ao cidadão, pois passa-se a naturalizar as desigualdades (FERREIRA, 2012).

As políticas de austeridade envolvem medidas como privatizações, contenções severas de gastos públicos, aumento de impostos, diminuição de salários e liberalização do Direito do Trabalho. Nesse último ponto, citam-se as reformas flexibilizadoras, anunciadas pelo discurso de que os patrões e empregados devem ter mais liberdade para negociar entre si, de forma que o Estado não intervenha tanto nas relações trabalhistas. Essas teses avalizam cortes de direitos como salário mínimo, fundo de garantia, adicionais, licenças, etc.

O governo português firmou com a Comissão Europeia, o Fundo Monetário Internacional e o Banco Central Europeu um pacto para reunir esforços que promovam o crescimento do país. Esse pacto foi firmado no Acordo Tripartido para a Competitividade e Emprego, assinado por Portugal em 2011, e os esforços foram reunidos sob o título Compromisso para o Crescimento, Competitividade e Emprego (CCCE). Ferreira (2012) informa que o CCCE determina a ruptura do Direito do Trabalho, vez que imputa-se à rigidez das normas trabalhistas o jejum de crescimento econômico experimentado pela nação, discurso contrário ao sustentado pela Organização Internacional do Trabalho. No entanto, o sociólogo declara também que a austeridade não se limita a território português. Ele noticia que esta tornou-se

⁵ FERREIRA, António Casimiro. **Sociedade da Austeridade e Direito do Trabalho de Exceção**. Porto: Editora Vida Económica, 1 ed., 2012. p. 11. Disponível em: <<https://www2.cead.ufv.br/sistemas/-pvanet/files/conteudo/1041/SociedadedaAusteridadeedireito dotrabalhodeexcecaoAntonioCasimiroFerreira.pdf>>.

palavra de ordem em toda a Europa, pois serviria para corrigir déficits orçamentários sentidos por vários países.

Em reforço à sua tese de que a implantação das medidas de austeridade obedece a uma agenda de proporções internacionais, Ferreira (2012) denuncia que as propostas apresentadas pelo G20 com vistas à recuperação econômica mundial pós-crise de 2008 fazem dos Estados verdadeiras seguradoras, que garantem cobertura aos riscos assumidos pelas instituições financeiras. Essa proteção ocorre às custas dos projetos sociais, que são tirados das listas de prioridades. Em outras palavras, transferem-se os riscos da atividade econômica aos cidadãos, o que traz a necessidade das já citadas medidas de austeridade.

O neoliberalismo, cuja agenda já consolidara-se no final dos anos 90, principalmente por meio do Consenso de Washington, surge no intuito de enfrentar um Estado intervencionista que havia sido forjado ao longo do tempo.

O modelo de austeridade é resultado do neoliberalismo. Este modelo compactua-se com a revisão de direitos trabalhistas como forma de entregar aos trabalhadores a responsabilidade por supostas crises de competitividade. A agenda neoliberal defende a indexação dos direitos laborais aos contextos econômicos. Por isso, em momentos de crise, os direitos dos trabalhadores devem ser eliminados ao máximo.

Os defensores dos modelos econômicos austeros alegam que flexibilizações de direitos trabalhistas facilitariam a criação de novos postos de trabalho, aumentando a competitividade. Cortes de direitos como garantias de parcelas remuneratórias, valorização jurídica das negociações coletivas, indenizações por demissão e flexibilidade de horários geram, logicamente, redução de despesas com trabalhadores. Aliás, é óbvio que essas reformas sempre atendem a lógicas orçamentárias.

De acordo com Ferreira (2012), os defensores da austeridade culpam os modelos sociais de responsabilidade coletiva pela falta de crescimento econômico e pelos índices de desemprego. Alegam que o crescimento seria bom para os pobres pois distribuiria riquezas e que, por isso, o Estado deveria inspirar-se na dinâmica do mercado. Em meio ao neoliberalismo, a liberdade individual eleva-se a uma posição suprema, de modo a afastar ideias que valorizem o coletivo. O governo lança mão de jogos de culpabilização para justificar o advento da austeridade. Responsabilizam-se os trabalhadores- consumidores que, por comprarem desenfreadamente,

endividaram-se e acabaram causando uma crise. Diante disso, devem pagar por ela abrindo mão de alguns de seus direitos.

Ferreira (2012) explica esse fenômeno de austerização a partir da desconstrução do Estado social, que traz consigo pilares como a proteção coletiva a danos particulares. Essa derrocada dar-se-ia a partir da privatização de bens públicos, da individualização dos riscos sociais e da mercadorização da vida social. O Estado de austeridade apoia-se na ideia de que não há outra alternativa para combater a crise que não a transferência de seus custos para a sociedade. Clama-se pelo sacrifício em nome do bem comum, de maneira a reorientar o sistema de deveres e obrigações. A sociedade converte-se em um aglomerado de indivíduos guiados unicamente por cálculos de interesses.

Em “Sociedade da Austeridade e Direito do Trabalho de Exceção” consta uma fala paradigmática a respeito da austeridade, proferida pelo bastonário do 4º Congresso de Economistas, na ocasião desse congresso:

apesar de uns poderem ser mais culpados que outros, todos os portugueses aceitaram durante os últimos anos, e são muitos, uma sociedade assente nos princípios de pouca riqueza criada, muito financiamento alheio e uma sociedade que viveu sobretudo de crédito.⁶

O bastonário ainda destacou a necessidade de um modelo de austeridade para Portugal

passar esse período de combate, com sofrimento, com dor, com sacrifício, para poder ter outra credibilidade na renegociação que seja necessária ou no relançamento da economia portuguesa.⁷

De acordo com Ferreira (2012), a austeridade foi exigida no memorando da troika. Nesse ponto, ele chama atenção para a fala proferida por Pedro Passos Coelho em 2012, quando ocupava o cargo de primeiro-ministro de Portugal: “executar esse programa de entendimento não resulta de uma espécie de obrigação pesada que se

⁶ <<http://www.agenciafinanceira.iol.pt/economia/oe2012-orcamento-austeridade-agencia-financeira/-1291083-1730.html>> apud FERREIRA, António Casimiro. **Sociedade da Austeridade e Direito do Trabalho de Exceção**. Porto: Editora Vida Económica, 1 ed., 2012. p. 41. Disponível em <<https://www2.cead.ufv.br/sistemas/pvanet/files/conteudo/1041/SociedadedaAusteridadeedireitodotrabalhodeexcecaoAntonioCasimiroFerreira.pdf>>.

⁷ Ibidem.

cumpra apenas para se ter noção de dever cumprido (...) vamos cumprir o programa custe o que custar”⁸.

Ferreira (2012) reforça ainda mais suas teses ao apresentar a mensagem de ano novo do presidente de Portugal à população, transmitida, em rede nacional, na virada do ano 2011:

essa é a hora em que todos os portugueses são chamados a dar o seu melhor para ajudar Portugal a vencer as dificuldades. Trabalhando mais e apostando na qualidade, combatendo os desperdícios, preferindo os produtos nacionais. Deixando de lado os egoísmos, a ideia do lucro fácil e o desrespeito pelos outros. Durante muito tempo vivemos a ilusão do consumo fácil, o Estado gastou e desperdiçou demasiados recursos, endividamo-nos muito para lá do que era razoável e chegamos a uma situação explorada, como lhe chamei há precisamente dois anos, quando adverti os portugueses para os riscos que estávamos a correr.⁹

4. CONCLUSÃO

Diante dessa exposição teórica, já mostra-se possível esclarecer a questão central deste estudo: por que a terceirização revela-se medida integrante dos pacotes de austeridade? De pronto, adiante-se e resume-se que a terceirização é medida de austeridade porque perfaz-se às custas de retiradas de direitos dos trabalhadores.

A terceirização torna-se cada dia mais comum e atinge tanto o setor público quanto o setor privado. Ela é interessante aos empregadores pois significa redução de despesas com pessoal. Dados da Confederação Nacional dos Trabalhadores do Comércio apontam que os salários dos trabalhadores terceirizados é, em média, 27% menor que as quantias percebidas pelos empregados diretamente contratados¹⁰.

O processo de terceirização em muito se aproxima do instituto da locação de serviços, presente no Código Civil de 1916. Foi necessária uma longa jornada até que a mentalidade dos juristas em geral se transformasse de forma excluir essa ideia que “coisifica” o trabalhador. No entanto, a terceirização revela-se um regresso a essa

⁸ <<http://www.dinheirovivo.pt/Economia/Artigo/CIECO033209.html?page=0>> apud FERREIRA, António Casimiro. **Sociedade da Austeridade e Direito do Trabalho de Exceção**. Porto: Editora Vida Económica, 1 ed., 2012. p. 42. Disponível em <https://www2.cead.ufv.br/sistemas/pvanet/files/conteudo/1041/SociedadedaAusteridadeedireito_dotrabalhodeexcecaoAntonioCasimiroFerreira.pdf>. Acesso em 9 de dezembro de 2018.

⁹ <<http://www.presidencia.pt/?idc=22&idi=60565>> apud FERREIRA, António Casimiro. **Sociedade da Austeridade e Direito do Trabalho de Exceção**. Porto: Editora Vida Económica, 1 ed., 2012. p. 43. Disponível em: <https://www2.cead.ufv.br/sistemas/pvanet/files/conteudo/1041/SociedadedaAusteridadeedireito_dotrabalhodeexcecaoAntonioCasimiroFerreira.pdf>. Acesso em 9 de dezembro de 2018.

¹⁰ OLIVEIRA, Maurício José Nunes. **Os males da terceirização**. Disponível em <<https://www.cntc.org.br/wp-content/uploads/2013/09/Boletim-Econ%C3%B4mico-males-da-Terceiriza%C3%A7%C3%A3o.pdf>>. Acesso em 9 de dezembro de 2018.

ideia, pois, por ser a empresta prestadora de serviços mera pessoa interposta, acaba que o trabalhador torna-se força de trabalho alugada.

O fato de a empresa tomadora ser responsável apenas subsidiariamente pelo adimplemento de verbas trabalhistas em muito prejudica o trabalhador, pois o recebimento dessas quantias torna-se mais difícil e mais moroso.

O mero fato de a terceirização ser negócio interessante para as empresas e para a Administração Pública já denuncia que esse instituto traz malefícios ao trabalhador. Essa ideia não vem de um maniqueísmo que retrata trabalhadores e patrões como inimigos, mas sim da própria natureza dos contratos, cujos polos, obviamente, trazem consigo interesses opostos. Aumentos de garantias trabalhistas certamente pesam a folha de pagamento dos contratantes, o que, é lógico, estes não desejam. Se têm interesse na terceirização, é claro que ela não agrega despesas. E se não agrega despesas, não significa aumento de direitos trabalhistas.

O tomador paga a empresa prestadora para que esta assuma os riscos assumidos por quem contrata empregados. Manter essa responsabilidade consigo traz aumento de custos, como por exemplo aqueles advindos de indenizações por acidentes de trabalho e por demissões. É o que entende Pena (2016):

Afinal, para as empresas, sai mais barato que parte de sua mão de obra seja contratada por terceiros, em vez de mantê-los sob a sua tutela, o que eleva os gastos com direitos trabalhistas e eventuais problemas de segurança do trabalho, como indenizações e outras questões¹¹

Nesse sentido, o Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos (DIEESE) emitiu parecer sobre a Reforma Trabalhista, denunciando os malefícios que podem ser causados pela nova regulamentação sobre a terceirização trazida por ela:

Com base nos aspectos até aqui comentados, pode-se afirmar que a regulamentação da terceirização contida na Lei 13.429/2017 é excessivamente genérica e omissa em vários aspectos das relações de trabalho nas empresas de prestação de serviços e entre essas e as contratantes. Essas omissões poderão ocasionar aumento da insegurança laboral e jurídica para trabalhadores e empresas, motivando consequente aumento de ações trabalhistas na justiça. Além disso, o texto legal é muito frágil quanto à garantia dos direitos e à proteção dos trabalhadores terceirizados, aumentando riscos de crescimento de precarização das

¹¹ PENA, Rodolfo F. Alves. **Terceirização e trabalho**. Brasil Escola. Disponível em <<http://brasilecola.uol.com.br/geografia/terceirizacao-trabalho.hmt>>. Acesso em 9 de dezembro de 2018.

condições de trabalho e rotatividade. (...) Em síntese, a mudança legislativa não contribui nada para estabelecer relações de trabalho equilibradas nem para melhorar o ambiente econômico.¹²

A terceirização é maléfica também porque impede que os trabalhadores terceirizados sejam agraciados com direitos concedidos com base em regras internas da empresa tomadora aos contratados diretamente.

A diferença salarial, se não bastasse os danos trabalhistas, também impacta na seara previdenciária. Oral, se a remuneração é menor, reduzem-se também as quantias que devem ser repassadas ao órgão previdenciário.

A terceirização viola direitos sociais constitucionalmente reconhecidos. Dentre estes, citam-se o direito à relação de emprego, consagrado no artigo 7º, I (“São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: I - relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos”) e o direito à redução dos riscos inerentes ao trabalho, previsto no artigo 7º, XXII (“São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: XXII - redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança”).

Outros direitos sociais também são feridos por esse tipo de contratação. A temporariedade de trabalho experimentada pelos trabalhadores terceirizados faz com que seus contratos encerrem-se em pouco tempo e, depois disso, já emendem com outros, de forma que nunca gozem de férias.

A terceirização também afeta a coesão sindical e a consciência de classe. Ela divide a representação dos trabalhadores, pois os contratados diretamente e os terceirizados não se enxergam como membros de uma mesma classe.

¹² DIEESE. **Impactos da Lei 13.429/2017 (antigo PL 4.302/1998) para os trabalhadores.** Contrato de trabalho temporário e terceirização. Nota Técnica nº 175, Abril de 2017, fl. 10. Disponível em <<https://direitossociais.org.br/article/impactos-da-lei-134292017-antigo-pl-43021998-para-/>> Acesso em 9 de dezembro de 2018.

REFERÊNCIAS

DIEESE. **Impactos da Lei 13.429/2017 (antigo PL 4.302/1998) para os trabalhadores**. Contrato de trabalho temporário e terceirização. Nota Técnica nº175, Abril de 2017, fl. 10. Disponível em <<https://direitossociais.org.br/article/impactos-da-lei-134292017-antigo-pl-43021998-para-/>>

PENA, Rodolfo F. Alves. **Terceirização e trabalho**. Brasil Escola. Disponível em <<http://brasilecola.uol.com.br/geografia/terceirizacao-trabalho.hmt>>.

<<http://www.dinheirovivo.pt/Economia/Artigo/CIECO033209.html?page=0>> apud FERREIRA, António Casimiro. **Sociedade da Austeridade e Direito do Trabalho de Exceção**. Porto: Editora Vida Económica, 1 ed., 2012. p. 42. Disponível em <<https://www2.cead.ufv.br/sistemas/pvanet/files/conteudo/1041/SociedadedaAusteridadeedireitodotrabalhodeexcecaoAntonioCasimiroFerreira.pdf>>.

OLIVEIRA, Maurício José Nunes. **Os males da terceirização**. Disponível em <<https://www.cntc.org.br/wp-content/uploads/2013/09/Boletim-Econ%C3%B4mico-males-da-Terceiriz%C3%A7%C3%A3o.pdf>>.

FERREIRA, António Casimiro. **Sociedade da Austeridade e Direito do Trabalho de Exceção**. Porto: Editora Vida Económica, 1 ed., 2012. p. 11. Disponível em <<https://www2.cead.ufv.br/sistemas/pvanet/files/conteudo/1041/SociedadedaAusteridadeedireitodotrabalhodeexcecaoAntonioCasimiroFerreira.pdf>>.

<<http://www.presidencia.pt/?idc=22&idi=60565>> apud FERREIRA, António Casimiro. **Sociedade da Austeridade e Direito do Trabalho de Exceção**. Porto: Editora Vida Económica, 1 ed., 2012. p. 43. Disponível em <<https://www2.cead.ufv.br/sistemas/pvanet/files/conteudo/1041/SociedadedaAusteridadeedireitodotrabalhodeexcecaoAntonioCasimiroFerreira.pdf>>.

<<http://www.agenciafinanceira.iol.pt/economia/oe2012-orcamento-austeridade-agencia-financeira/1291083-1730.html>> apud FERREIRA, António Casimiro. **Sociedade da Austeridade e Direito do Trabalho de Exceção**. Porto: Editora Vida Económica, 1 ed., 2012. p. 41. Disponível em <<https://www2.cead.ufv.br/sistemas/pvanet/files/conteudo/1041/SociedadedaAusteridadeedireitodotrabalhodeexcecaoAntonioCasimiroFerreira.pdf>>.



SENTENÇA DO ZERO

Sentença do Zero Serviços Educacionais Ltda.

Contato: (73) 99828-5266

@sentencadozero