



JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA



TEMÁTICAS DE DIREITO
Constitucional
Administrativo
Processual Civil
Penal / Processual Penal

www.ascses.edu.br

   AscesUnita

ASCES



UNITA

CENTRO UNIVERSITÁRIO
TABOSA DE ALMEIDA

ORGANIZADORES DO E-BOOK:

Prof. Doutor Raymundo Juliano R. Feitosa
Prof. Msc. Darci de Farias Cintra Filho
Prof. Msc. Luís Felipe Andrade Barbosa
Prof. Msc. Marcela Proença Alves Florêncio
Prof. Msc. Roberta Cruz da Silva

Centro Universitário Tabosa de Almeida - ASCES-UNITA

Reitor
Paulo Muniz Lopes

Pro-Reitora Administrativa
Emília Pinheiro

Pro-Reitora Acadêmica
Marileide Rosa de Oliveira

“JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA”

FASA
1ª EDIÇÃO

RECIFE
2018

Copyright © 2018 - FASA, conforme contrato com os autores.

ANAIS DO XIX CONGRESSO DIREITO DA ASCES-UNITA

Data: 25 a 27 de outubro de 2017

Locais: ASCES-UNITA (25/10)

e CENTRO DE CONVENÇÕES DO SENAC (26 e 27/10)

Organizadores:

Prof. Doutor Raymundo Juliano R. Feitosa

Prof. Msc. Darci de Farias Cintra Filho

Prof. Msc. Luís Felipe Andrade Barbosa

Prof. Msc. Marcela Proença Alves Florêncio

Prof. Msc. Roberta Cruz da Silva

Impressão: FASA GRÁFICA

Diagramação: Kamyła Brito

COORDENADORES DOS GRUPOS DE TRABALHO

GT I. Direito Constitucional

Coordenador: Professor Doutor Ademário Tavares

GT II. Direito Constitucional

Coordenador: Professor Msc. Darci de Farias Cintra Filho

GT III. Direito Constitucional

Coordenador: Professor Msc. Luís Felipe Barbosa

GT. Direito Administrativo

Coordenadora: Professora Msc. Roberta Cruz da Silva

GT. Direito Processual Civil

Coordenador: Professor Doutor Luiz Gustavo Simões Valença de Melo

GT I. Direito Penal/Processo Penal Coordenadora: Professora Doutora Paula Isabel Bezerra Rocha Wanderley

GT II. Direito Penal/Processo Penal Coordenadora: Professora Esp. Kézia Milka Lyra de Oliveira

FICHA CATALOGRÁFICA

**C749a Congresso de direito da ASCES-UNITA (19 : 2017 : Recife, PE)
Anais eletrônicos [do] XIX Congresso [de] direito da
ASCES-UNITA, 25 a 27 de outubro de 2017 [recurso eletrônico] :
"jurisdição constitucional e democracia" / organizadores Raymundo
Juliano R. Feitosa, Roberta Cruz da Silva, Darci de Farias Cintra
Filho... [et al.]— Recife : FASA, 2018.
648 p. : il.**

ISBN: 978-85-7084-362-3

**1. Direito público - Congressos e convenções. 2. Democracia -
Congressos e convenções. 3. Controle da constitucionalidade -
Congressos e convenções. I. Feitosa, Raymundo Juliano R... [et. al.].
II. Título.**

CDU 342(81)

Ficha catalográfica elaborada por Pollyanna Alves CRB/4-1002

APRESENTAÇÃO

O XIX CONGRESSO DE DIREITO DA ASCES-UNITA abordou temas controversos do direito público contemporâneo, com palestrantes renomados, de destaque nos cenários regional e nacional – doutores, mestres, autores de obras relevantes, magistrados de diversas instâncias, membros da advocacia pública e privada – de forma a oportunizar aos estudantes da graduação; da pós-graduação; e aos profissionais que participaram do evento, a imersão, em especial, no contexto da jurisdição constitucional e de seus impactos em diferentes disciplinas jurídicas.

O tema do Congresso retratou o momento que a sociedade brasileira e, consequentemente, o direito vivenciam. Pode-se afirmar que a expressão “jurisdição constitucional” refere-se à interpretação e aplicação da Constituição Federal de 1988 pelos órgãos do Poder Judiciário. No Brasil, tal competência é exercida por todos os magistrados e tribunais, com destaque para o Supremo Tribunal Federal (STF), a Corte que se localiza no ápice do sistema.

A jurisdição constitucional apresenta dois aspectos primordiais. O primeiro, trata da aplicação direta da Carta Magna de 1988 às situações nela contempladas, por exemplo: a obrigatoriedade de reservas de vagas para pessoas com deficiência, nos concursos públicos; o dever que todo agente público tem de prestar contas sobre o uso dos recursos à coletividade; o dever do Estado de reparar danos – morais e materiais – causados aos usuários de serviços públicos; a garantia do direito à liberdade de expressão; a presunção de inocência, dentre tantas outras previsões contidas no Texto Constitucional em vigor.

Já o segundo envolve a aplicação indireta da Carta Federal, qual seja, quando o intérprete a utiliza como parâmetro para aferir a validade de uma norma infraconstitucional – o chamado controle de constitucionalidade –, ou para atribuir ao Texto Constitucional o melhor sentido, em meio a diferentes possibilidades, o que se costuma denominar de interpretação conforme a Constituição.

Nesse contexto, podemos afirmar, de forma sucinta, que a jurisdição constitucional compreende o poder exercido por magistrados e Tribunais na aplicação direta da

Carta Constitucional de 1988; no desempenho do controle de constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público em geral; e na interpretação do ordenamento infraconstitucional conforme a Constituição. Não há tema mais propício, considerando o momento social/jurídico/político por que passa o nosso país.

Os trabalhos publicados neste e-book foram apresentados por estudantes e profissionais, durante o Congresso, nos Grupos de Trabalho coordenados por docentes da Instituição.

Boa leitura e boas reflexões a todos!

Prof. Doutor Raymundo Juliano R. Feitosa

Prof. Msc. Darci de Farias Cintra Filho (Presidente)

Prof. Msc. Luís Felipe Andrade Barbosa

Prof. Msc. Marcela Proença Alves Florêncio

Prof. Msc. Roberta Cruz da Silva

(Organizadores)

COMITÊ CIENTÍFICO

Prof. Doutor Raymundo Juliano R. Feitosa (Presidente)

Prof. Doutor Alexandre Henrique Salema Ferreira

Prof. Doutor Ernani Rodrigues De Carvalho Neto

Prof. Doutor Glauco Salomão Leite

Prof. Doutor João Marcelo de Lima Assafim

Prof. Doutora Maria dos Remédios Fontes Silva

Prof. Doutor Roney José Lemos Rodrigues De Souza

COORDENADORES DOS GRUPOS DE TRABALHO

GT I. Direito Constitucional

Coordenador: Professor Doutor Ademário Tavares

GT II. Direito Constitucional

Coordenador: Professor Msc. Luís Felipe Barbosa

GT. Direito Administrativo

Coordenadora: Professora Msc. Roberta Cruz da Silva

GT. Direito Processual Civil

Coordenador: Professor Doutor Luiz Gustavo Simões Valença de Melo

GT. Direito Penal/Processo Penal

Coordenadora: Professora Doutora Paula Isabel Bezerra Rocha Wanderley

SUMÁRIO

A COLABORAÇÃO DA SOCIEDADE NA CONSTRUÇÃO DE UM CÍRCULO VIRTUOSO DA PROBIDADE ADMINISTRATIVA À LUZ DA FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO.....	11
A DOMINÂNCIA ELEITORAL DO CLÁ MARTINS NO AGRESTE E SERTÃO PERNAMBUCANO.....	25
A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E O PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL: OS (I) LIMITES DA INTERVENÇÃO JUDICIAL NA GARANTIA DO DEVER ESTATAL.....	37
A OBRIGAÇÃO DO ESTADO EM GARANTIR O ACESSO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA A CARGOS E EMPREGOS PÚBLICOS NO MUNICÍPIO DE CARUARU.....	50
A VEDAÇÃO DO DISSIDÍO COLETIVO DE GREVE PARA AS CARREIRAS DE SEGURANÇA PÚBLICA: DECISÃO EMERGENCIAL OU GRAVE (IN) CONSTITUCIONALIDADE?.....	64
ACESSO À INFORMAÇÃO NOS MUNICÍPIOS PERNAMBUCANOS: uma análise crítica sobre a implementação dos Portais Eletrônicos de Transparência Pública.....	76
ATUAÇÃO DAS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS DE SAÚDE NO ESTADO DE PERNAMBUCO: uma análise sobre os impactos da ADI 1923 no concernente ao controle das instituições.....	94
CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA DE AGENTES PÚBLICOS E SUA PRETENSA ILEGALIDADE: uma análise crítica da adoção do vínculo precário na área da Educação em Caruaru-PE.....	111
DA (IN) CONSTITUCIONALIDADE DO DESMEMBRAMENTO DA SANÇÃO APLICADA NO CASO DO IMPEACHMENT DA EX-PRESIDENTE DILMA ROUSSEFF.....	127
NECESSIDADE E POSSIBILIDADE DA ARBITRAGEM NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS DE INFRAESTRUTURA.....	143
A BUROCRATIZAÇÃO DA ADOÇÃO NO CONTEXTO BRASILEIRO.....	159

A CONSTITUIÇÃO FEDERAL E SUA LAICIDADE EM VIRTUDE DA RADICALIDADE CULTURAL OCIDENTAL NO BRASIL.....	176
A DÉCADA DA JUDICIALIZAÇÃO.....	189
À FAVOR DA HUMANIZAÇÃO E CONTRA A XENOFOBIA – AS PROPOSTAS E OS IMPACTOS DA NOVA LEI DE MIGRAÇÃO.....	202
A SUPRESSÃO DE DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS NA PRISÃO ADMINISTRATIVA DISCIPLINAR.....	217
A TRAJETÓRIA DA AFIRMAÇÃO POLÍTICA DA MULHER NO BRASIL....	232
ANÁLISE DA FAMÍLIA GOUVEIA E SEU PERFIL DE VOTO COM APONTAMENTOS NO DESENHO CONSTITUCIONAL E FEDERALISMO BRASILEIRO.....	249
ASPECTOS CONTROVERTIDOS DA PROPOSTA DA REFORMA DA PREVIDÊNCIA À LUZ DA QUESTÃO DEMOGRÁFICA BRASILEIRA.....	260
ATIVISMO JUDICIAL: ANÁLISE DA AMBIGUIDADE DA INTERFERÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA ESFERA LEGISLATIVA.....	273
FISIOLOGIA DA DEMOCRACIA BRASILEIRA CONTEMPORÂNEA: LEGITIMIDADE E LEGITIMAÇÃO JURÍDICO-POLÍTICA DIANTE DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL.....	290
IMPEACHMENT POLÍTICO: A DESCARACTERIZAÇÃO DA FORMA PRESIDENCIALISTA DE GOVERNO.....	305
INSERÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: REFLEXOS DA DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS NOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS.....	316
O CONTROLE JURISDICIONAL DE CONVENCIONALIDADE DAS LEIS À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: ANÁLISE SOBRE A LEI DE ANISTIA.....	330
O PAPEL DESEMPENHADO PELAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE INCLUSÃO SOCIAL PARA MULHERES SOB O PRISMA CONSTITUCIONAL DA IGUALDADE.....	344
O PROCESSO DE JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO E A LEGITIMAÇÃO SOCIAL DO ABUSO DA FORÇA POLICIAL: UMA ANÁLISE A PARTIR DO ESTUDO DA LEI DE ANISTIA.....	358

OFENSA À NÃO CULPABILIDADE E A SEGURANÇA JURÍDICA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL? UMA ANÁLISE SISTEMÁTICA DO JULGAMENTO DO HC 126.292/SP.....	370
RECUPERAÇÃO JUDICIAL E O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DE FAVORECIMENTO ÀS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS.....	390
TEORIA MINIMALISTA E MAXIMALISTA: UM ENFOQUE ÀS DECISÕES DO STF.....	404
UM ESTUDO SOBRE A IDEIA MODERNA DE JUSTIÇA E A ADEQUAÇÃO DAS JUSTIÇAS RELACIONAL E DE FRATERNIDADE NO BRASIL.....	417
UMA ANÁLISE DA INICIAL DA ADPF 442: O MÉTODO DA PROPORCIONALIDADE E O UTILITARISMO DE JOHN STUART MILL.....	428
A APLICAÇÃO DA PRISÃO CAUTELAR E O DIREITO NA SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIO EM CARUARU-PE.....	444
A CONDUTA DOS FLANELINHAS E OS POSSÍVEIS TIPOS PENAIS PREVISTOS ANTE A OMISSÃO NA LEGISLAÇÃO PENAL.....	462
A VIOLENTA REAÇÃO SOCIAL DIANTE DO DESCRÉDITO NAS INSTITUIÇÕES PÚBLICAS.....	475
AVALIAÇÃO DA QUALIDADE DOS PROCESSOS TRANSITADOS EM JULGADO DA VARA DO TRIBUNAL DO JÚRI DE CARUARU - PE.....	491
AVALIAÇÃO DAS PERÍCIAS CONTIDAS NOS PROCESSOS TRANSITADOS EM JULGADO DA VARA DO TRIBUNAL DO JÚRI DE CARUARU-PE.....	508
CRIMES VIRTUAIS NO BRASIL.....	521
DEZ ANOS DO PROGRAMA PACTO PELA VIDA NO ESTADO DE PERNAMBUCO: UMA ANÁLISE DA EFICÁCIA DO PROGRAMA NA CIDADE DE CARUARU.....	532
MÍDIA E A AUTOTUTELA: A BANALIZAÇÃO DA VIDA.....	546
O HOMEM COMO SUJEITO PASSIVO NA VIOLÊNCIA SEXUAL: O TABU E O PENSAMENTO DA SOCIEDADE POR TRÁS DO ESTUPRO MASCULINO.....	559
TRIBUNAL DO JÚRI: NO CONTEXTO ATUAL, FAZ-SE JUSTIÇA?.....	570
A ABRANGÊNCIA DO FORO “PRIVILEGIADO” POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO E SUAS IMPLICAÇÕES.....	585

O INSTITUTO DA (RE) DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA NO CPC/15 À LUZ DOS FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS.....	598
O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO E A RESERVA DO POSSÍVEL: UMA ANÁLISE DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 979.742.....	609
RECORRIBILIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS NO ÂMBITO DOS PROCESSOS DE RECUPERAÇÃO E FALÊNCIA DA EMPRESA.....	620
TUTELAS PROVISÓRIAS: ESTABILIZAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA ANTECIPADA REQUERIDA EM CARÁTER ANTECEDENTE FRENTE ÀS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS.....	631

A COLABORAÇÃO DA SOCIEDADE NA CONSTRUÇÃO DE UM CÍRCULO VIRTUOSO DA PROBIDADE ADMINISTRATIVA À LUZ DA FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO

Sibelle Gerlany Soares Santos Lins¹
Prof. Msc. Luis Felipe Andrade Barbosa²

Resumo

À Luz do Pensamento do filósofo Konrad Hesse, em que a Constituição de um País deve se manter atual à sociedade por ela regida e ao mesmo tempo prezar pelo conservadorismo de sua essência, este ligado a princípios fundamentais que sustenta a própria ideia de ordem e lisura de uma sociedade, e por isso, condizente a uma vontade própria de Constituição, denominada de Força Normativa, foi elaborado um mecanismo de ilustração probante dos efeitos circulares causados quando da (in)observância dessa vontade na sociedade, sendo objeto da pesquisa a verificação do atendimento pelos agentes públicos do valor da Probidade, instituído pela CRFB/88 na Administração Pública e a função da sociedade como elemento ativo e passivo diretamente afetado com as ações provenientes dos condutores da Máquina Pública. O Ponto de partida se deu com a análise do Círculo Vicioso da Improbidade Administrativa a fim de apontar as soluções sustentadas na Força Normativa Constitucional, para, então, sua transformação em um Círculo Virtuoso de Probidade, com ênfase no papel colaborativo da sociedade em prol a um fortalecimento dos atos fiscalizatórios e de medidas eficazes para o combate à exaustão do serviço público ocasionada pelas práticas ímprobadas. Fruto de um método indutivo, qualitativo e de uma pesquisa bibliográfica, o Círculo Virtuoso da Probidade Administrativa resulta da não flexibilização do valor da probidade à ação modificativa do tempo, já que diz respeito a uma vontade própria da Constituição, com repercussões práticas regulamentadas pela Lei nº 8.429/92, que deve ser respeitada pelos Poderes constituídos, e defendida pela sociedade através dos instrumentos democráticos conquistados. A satisfação da Força Normativa Constitucional se dá quando o agente público age com probidade, sob pena de gerar um sentimento de insegurança jurídica frente à Lei Maior. Assim, para ocorrer a ruptura e conseguinte transformação em um Círculo Virtuoso de Probidade, se faz imprescindível a atuação positiva da sociedade como elemento indissociável dessa vontade Constitucional a fim de se fazer cumprir suas diretrizes, não deixando que as situações fáticas voláteis sucumbam suas essências originais, como o valor da probidade administrativa, fruto de inúmeras conquistas históricas.

Palavras- Chave: Probidade Administrativa. Círculo Virtuoso. Constituição. Força Normativa. Sociedade.

Introdução

O pensamento de Konrad Hesse ilustra o que seria de ideal no tocante ao que se entende por Constituição de um País. Uma vez que, muito embora o contexto social atual aponte uma perspectiva mais fundada nos preceitos deixados por Ferdinand Lassale, deve-se pensar no que

¹Bacharelada em Direito pelo Centro Universitário Tabosa de Almeida- ASCES/UNITA (2017).

²Advogado, Cientista Político, Professor de Direito na ASCES/UNITA e Pesquisador do PRAETOR - Grupo de estudos sobre Poder Judiciário, Política e Sociedade (UFPE), com bacharelado em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco - UNICAP (2006) e bacharelado em Ciências Sociais pela Universidade Federal de Pernambuco - UFPE (2009). Possui mestrado em Ciência Política pelo PPGCP/UFPE e é atualmente Doutorando em Ciência Política da mesma instituição

seria adequado, que se traduz em uma Norma Maior composta do “ser” representado pela realidade e do “dever ser” relacionado intimamente a própria vontade de Constituição, a qual não sucumbe a todas as alterações fáticas ocorridas na sociedade. Sendo assim, defende-se que a probidade é parte integrante da vontade desta Constituição e, por isso, o seu cumprimento é esperado por todos, principalmente pelos agentes no exercício da função pública, pois o atendimento de um valor elevado à vontade constitucional independe de objeções extrínsecas, como o tempo ou mesmo a inobservância prática do princípio, já que são incapazes de alterá-la.

Desta forma, para ilustrar as consequências do agir (im)probo do agente público, pensou-se na elaboração de dois círculos: O da improbidade Administrativa e o da Probidade Administrativa. Estes de forma didática trazem as consequências causadas na sociedade da (in)observância pelo agente da vontade da Constituição, do valor da probidade das condutas no âmbito de sua atuação.

Com o propósito de focar a análise na etapa dos círculos considerada como crucial para o desenrolar das consequências posteriores, qual seja, a colaboração da sociedade, a presente pesquisa vai observar o que é necessário para que a relação entre cidadão e Governo seja transparente e fidedigna a ponto de se tornar um terreno fértil para que se fortaleça ações fiscalizatórias e de requerimentos sancionatórios pela própria sociedade, consubstanciando um controle social forte e comprometido na desenvoltura de um Círculo de probidade.

Desse modo, ao estudar um poder que emana do próprio povo, percebe-se que este deve estar em uma constante motivação para colaborar com os atos de probidade. É uma via de mão dupla, em que caso os agentes estatais atuem conforme a Constituição, irá ocasionar uma rejeição da patologia e o sistema fiscalizatório e repressor ficará mais fortificado. E caso haja realmente a colaboração da sociedade, o agente público se sentirá intimidado a incorrer na improbidade, surgindo um sentimento de punidade perante os atos em desacordo com a Constituição, levando-o a atuar de forma constante e consciente com probidade.

1. Hesse e a Força Normativa da Constituição

Conforme o pensamento do filósofo Konrad Hesse, a Constituição de um país possui elementos correspondentes a própria vontade de existir da Constituição, os quais por estarem intimamente ligados a essência da Carta Política, não sucumbem a todas as alterações fáticas ocorridas no meio social, mesmo quando a própria sociedade deixe de observá-los, sob pena de causar uma grave insegurança jurídica na comunidade.

Apesar de observar que o momento histórico vivenciado está tornando realidade o pensamento de Ferdinand Lassale, em que a Constituição de um País está subordinada aos fatores reais de poder, por restar visível a frequente mutação em que passa seus sentidos a fim de que seja fidedigna aos interesses singulares dos Poderes dominantes, o pensamento aqui defendido e ideal a ser discutido será o do filósofo Konrad Hesse e a defesa de que a segurança jurídica existe e precisa ser resguardada de forma que seja preservada a vontade da Constituição, mesmo na maioria das vezes não refletindo o cenário social vivido.

A Constituição de um país representa mais que relações fáticas reais de poder. Seu texto é dotado de força normativa e supera a abordagem do plano do “ser”. Não se limita a dispor sobre as condições fáticas da sociedade, as ultrapassa, sendo responsável pelos comandos ordenatórios de tarefas e os regulatórios das ações do povo, caracterizando seu alcance simultâneo também no campo do “dever ser”. Sua normatividade não existe dissociada da realidade, pelo contrário, é observadora da ordem legitimada pelos fatos e deve se revestir de força jurídica, pela qual encontra o seu pressuposto fundamental que é a própria vontade constitucional.

Neste pensamento, o jurista alemão Konrad Hesse propôs uma visão aperfeiçoada do conceito atinente ao documento fundamental, qual seja a de reafirmar a ciência constitucional como uma ciência normativa. Portanto, elucida que:

Se as normas constitucionais nada mais expressam do que relações fáticas altamente mutáveis [...], assim, o Direito Constitucional não estaria a serviço de uma ordem estatal justa, cumprindo-lhe tão-somente a miserável função – indigna de qualquer ciência – de justificar as relações de poder dominantes. (HESSE, 1991, p. 3).

A mutabilidade, a qual passa uma sociedade, não deve servir como direcionadora para manter uma ordem, pois se a estabilidade constitui condição fundamental da eficácia constitucional, as exigências de índole fática podem se mostrar perigosas ao ponto de se voltarem apenas para os interesses de grupos dominantes em desfavor da massa menos favorecida, já que esta não possui interferência direta e significativa nas relações de poder.

Não obstante, longe de querer voltar ao pensamento constitucional do passado, marcado pelo isolamento da norma e da realidade, a ciência dessa matéria também requer uma adequação positiva à realidade. Não se deve criar uma ordem meramente hipotética, distorcida da experiência histórica, e ilusória, pelo contrário, pretende-se instaurar uma normatividade submetida à realidade fática, na qual a Constituição jurídica possa pautar sua força na própria vontade constitucionalista, criando uma vivência harmônica da norma e do fato que se mostra como condição imprescindível de eficácia normativa. Nesse sentido, deduz-se que:

Uma análise isolada, unilateral, que leve em conta apenas um ou outro aspecto, não se afigura em condições de fornecer resposta adequada à questão. **Para aquele que contempla apenas a ordenação jurídica, a norma “está em vigor” ou “está derogada”; Não há outra possibilidade. Por outro lado, quem considera, exclusivamente, a realidade política e social ou não consegue perceber o problema na sua totalidade, ou será levado a ignorar, simplesmente, o significado da ordenação jurídica.** (HESSE, 1991, p. 4). (Grifo Nosso)

Considerar apenas uma das faces da moeda é atirar-se em um abismo sem precedentes; aliás, a Constituição somente se converterá em força ativa quando se fizer presente na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional não só a vontade de poder, mas também a vontade de constituição (HESSE, 1991, p. 7). Deve existir um condicionamento recíproco entre a lei fundamental e a realidade político- social subjacente, de modo com que, a Constituição interaja com os fatos sociais através de trocas mútuas de influências.

Desse modo, com fulcro na Magna Carta, CRFB/88, e para demonstrar sua fidelidade, a Lei de Improbidade Administrativa- Lei nº 8.429/92- (LIA) regula o dispositivo constitucional protetor da probidade na Administração Pública, o art. 37§4º, de forma que é responsável por locupletar em detalhes esta Norma Maior. Assim, asseveram Chein e Abelha (2003, p. 217):

Com raiz no art. 37, §4º da Constituição Federal de 1988, **a Lei de Improbidade Administrativa veio ocupar o espaço legislativo da norma de eficácia limitada prevista no referido dispositivo constitucional.** Partindo dessa nascente, **vê-se que o objeto de tutela da lei é justamente a "probidade administrativa" – qual seja o atendimento aos princípios insculpidos no caput do art. 37, ao qual o § 4º deve obediência.** (Grifo Nosso).

Com base nisso, ela deve manter-se firme às transformações sociais e submeter integralmente às suas penalidades os agentes, que caminhando em sentido contrário ao espírito constitucional, praticam condutas ímprobas em detrimento da essência cultivada na lei. Só assim, a LIA estará solidificando o combate no tempo de algo que é inadmissível e está longe de inserir-se na margem de adequação social que a Constituição deve observar para se manter eficaz no decorrer das transformações. O art. 37§4º da CRFB/88 foi redigido nos seguintes termos:

Art. 37. 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 e, também, ao seguinte:

[...]

§4º Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível. (Grifo Nosso)

Faz jus à denominação de ímprobos aqueles agentes que, embora em nome da Administração, se guiam por egoísmos e descaracterizam a função a eles atribuída, causando enriquecimentos ilícitos, prejuízos ao Erário e ferindo princípios administrativos, ou seja, são causadores de atitudes que representam um expresse retrocesso às proteções implantadas constitucionalmente.

A definição de improbidade de maneira popular é característica daquele “Que não possui probidade; sem honestidade; falta de moralidade; desonestidade ou imoralidade. Comportamento muito mal; atitude repleta de maldade; perversidade. (Etm. do latim: improbitis.atis)” (HOUAISS, 2016). Este conceito, administrativamente e juridicamente analisado, retrata atitudes desrespeitadoras a uma gama de princípios, e principalmente, por sua essência, o da moralidade e o da indisponibilidade do interesse público, retratando uma malversação da coisa de todos - a res pública.

A fim de arrancar de uma sociedade acostumada com a falácia de que todo poder é corrompível, e que foi obrigada a conviver tendo isso como “normalidade”, comprova-se a necessidade de uma conscientização através da educação para implantar a ideia finalística da moral pública e da indisponibilidade dos interesses públicos, trazendo-os do campo teórico para o prático, com a intenção de mudar essas origens, infectadas pelas vantagens fáceis e de apropriações indevidas das coisas públicas como se privadas fossem.

Waldo Fazzio Júnior (2008, p. 51) afirma que só após a proclamação da República, em 1957, o Direito brasileiro voltou seus olhos, com seriedade, para o uso indevido da Administração Pública. Antes disso, era óbvio a falta de um tratamento jurídico, que regulasse e reprimisse os atos afastados de sua finalidade legal. Um exemplo é constatado na Narrativa de Faoro (2001, p. 321), em que ao relatar o retorno de D. João VI à Portugal verifica que ele e seus seguidores levaram parte da economia brasileira, sem dó do patrimônio Público, nesse sentido:

O ‘termômetro’ do príncipe — ‘o Banco, o tísico Banco’ — sumia, dilapidado por seus administradores. Com o desequilíbrio financeiro, debilita-se o estamento burocrático, ferido com o regresso de seus mais altos representantes e desajudado do apoio mais sólido dos traficantes do Tesouro, o grosso da classe mercantil. (Grifo Nosso)

Essa demora criou na memória da população a existência de uma impunidade referente aos ocupadores dos altos cargos no aparelho estatal, com a ideia da sua não responsabilização pelas lesões causadas a res pública. Porém, se o próprio Estado, como pontapé inicial, pratica condutas conforme os ditames da Carta Maior, verifica-se um impacto positivo no cumprimento dessas normas pelas demais pessoas com a consequente formação de um círculo da probidade

administrativa, visto que, veem o Estado presente, e, por isso, deduzem ser feita uma fiscalização séria dos atos contrários à ordem constitucional, gerando uma cooperação social na luta contra a exaustão do sistema público, com fulcro na erradicação dos atos atentatórios, descaracterizadores da força normativa.

2. Formação dos Círculos da (Im)probidade

A ideia de elucidar o efeito dominó da observância ou não da probidade em formato de círculos adveio da justificativa de que eles são infinitos e caso não exista nenhuma força obstativa, eles continuam a se movimentar do mesmo modo, perpetuando o vício ou a virtude e influenciando todas as condutas posteriores.

Denomina-se círculo da probidade administrativa, o resultado da descaracterização do círculo vicioso da improbidade, este decorrente da não observação pelos agentes públicos da vontade Constitucional, maculando a formação da sociedade brasileira e adoecendo a Administração pública nos dias atuais.

Com o propósito de ilustrar a construção desse determinado Círculo ímprobo e suas principais consequências, tem-se graficamente o seguinte:

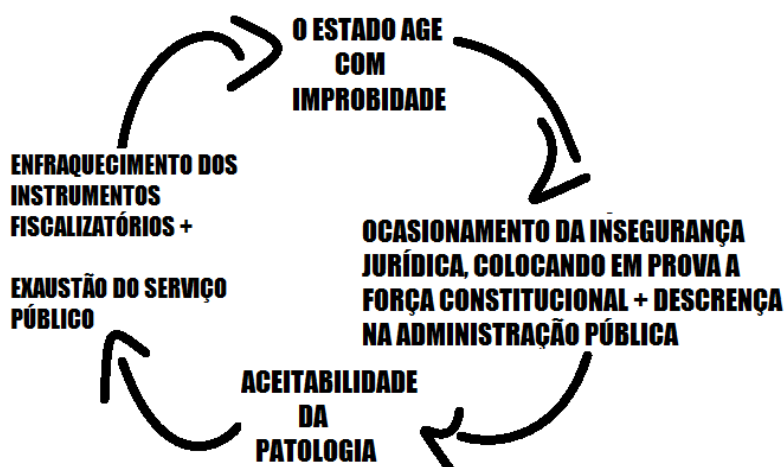


Figura 1 - Círculo Vicioso da Improbidade Administrativa
Fonte: Elaboração da Autora

A imagem ímproba passada pelo agir do parâmetro, que são os agentes públicos, é criticada aos olhos da sociedade observadora, e a visão sobre a concretização das finalidades estatais presentes na Constituição começa a ser formada. Dessa maneira, os cidadãos percebem que o próprio Estado não consegue honrar com a carta constitucional quando incorre nesses

atos, o que acarreta a atenuação da força normativa da Lei Maior, fazendo com que ela não vincule com a mesma intensidade as pessoas, visto estarem incrédulas com a ordem vigente.

A criação de um estado de insegurança jurídica, o qual desemboca o descrédito na Administração Pública é a consequência seguinte, e caracteriza uma situação de extrema vulnerabilidade para a estrutura administrativa, pois contribui com o surgimento da onda de aceitabilidade das condutas ímprobas como normais, já que a ocorrência delas vem se estabelecendo continuamente e o próprio Estado se encontra como seu principal fomentador. Nesse contexto, todas as direções começam a apontar para ocorrência de uma exaustão no serviço público, com o resultante enfraquecimento dos instrumentos fiscalizatórios, os quais, em uma situação diametralmente oposta, serviriam de combate à mácula que acompanha, desde antigas décadas, a história da Administração Pública brasileira. De tanto que se verificou a existência de práticas ímprobas, a sociedade passou a visualizar aquela situação como uma normalidade intrínseca a todos aqueles que detém o poder e exerce uma função pública. A aceitabilidade da patologia se tornou algo muito temeroso, pois além de confrontar com a ordem jurídica vigente, gera descrença dos administrados, acarretando um enfraquecimento nos instrumentos fiscalizatórios e um conseqüente estímulo ao agente para que novamente incorra em práticas de semelhante teor. Nesse sentido, é real a conclusão de Caio Felipe (2017, p.20), que expressa:

Em meio a tais divagações, se fortalece talvez o sentimento mais nocivo que se possa desenvolver em uma sociedade que se considere democrática: a indiferença. **Indiferença esta que anestesia o povo quanto à imposição de um olhar crítico e reflexivo acerca das estruturas de poder que estão postas, permitindo com que cada vez mais projetos totalitários e plataformas extremistas encontrem eco em suas expressões antidemocráticas, haja vista que para muitos a democracia já deixou de ser um valor merecedor de seu engajamento e luta.** (Grifo Nosso)

A descaracterização do Círculo Vicioso pode ser verificada quando os próprios agentes, atores vitais da existência Estatal, agem com probidade, transmitindo essa atuação ao próprio Estado, já que este responde pelos atos daqueles em via direta. Essa situação é favorecida, quando os agentes, pela experiência concreta, se sentem no dever de atender a finalidade pública da sua função, pois têm conhecimento da seriedade dos instrumentos fiscalizatórios, bem como do teor gravoso da conduta ímproba e seus efeitos reflexos provocados na população.

Vale ressaltar que a colaboração da sociedade, fator crucial para renovação do círculo, é considerada como elemento combustível ou obstativo motivador para o agente agir com probidade ou não, uma vez que a população possui relevante papel preventivo, de fiscalização, como também, repressivo, por cobrar a aplicação de reprimendas, a fim de que não seja gerado um sentimento de impunidade no agente público, responsável por fazê-lo acreditar que seus

atos não serão alvo de discussão. Com o propósito de pôr um fim nessa vicissitude, no movimento direcionado a denegrir a Administração Pública, traz-se algo que quando verificado e concretamente posto em prática, transmuda esse cenário dilapidante, transformando as consequências negativas do Vício. Refere-se, portanto, à Força Normativa da Constituição que quando observada no exercício das atribuições dos agentes, assegurada pela ajuda colaborativa da sociedade, se tem por preservada a finalidade da função pública, já que a vontade constitucional além de estar presente na construção das leis, tutela valores resistentes à ação do tempo, com vistas a manter a segurança jurídica.

Desse modo, não sucumbe às transformações sociais, valores maiores, como o da probidade, devendo ser continuamente observada pelos agentes, pela sociedade e pelos aplicadores do Direito a fim de que a Força Normativa da Carta Magna seja atendida, pois a Constituição possui vontade própria, vinculando a todos no que diz respeito a valores imutáveis por seu processo de conquista histórico.

Nesse viés, ilustrando o que seria um novo Círculo, agora baseado em condutas probas, conforme a normatividade constitucional, traz-se as consequências principais desse outro agir do Estado. Dessa forma, tem-se que:

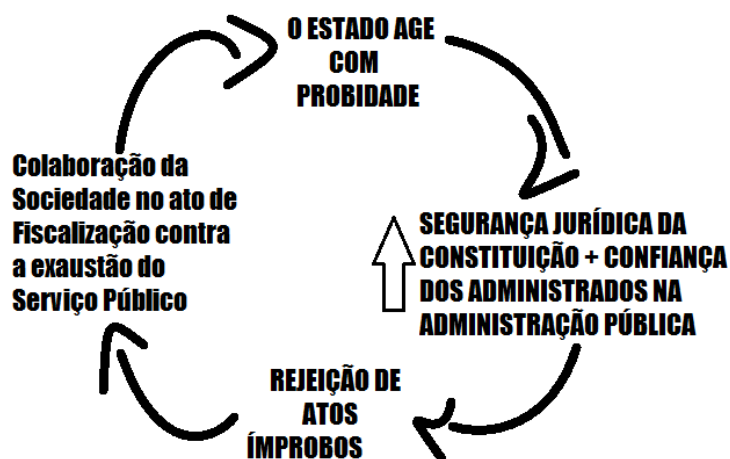


Figura 2- Círculo da Probidade Administrativa

Fonte: Elaboração da Autora

O agir continuamente nos ditames da Vontade Constitucional é considerado um desafio diante do momento histórico atual vivenciado pela sociedade brasileira. A prevalência de intenções de cunho pessoal em detrimento das finalidades públicas é cada vez mais crescente, ao ponto de ensejar a mobilização social por renovação política. Isso é acarretado

pelos malabarismos feitos com a Constituição pelos próprios agentes estatais a fim de ofuscar a força normativa sob falsas alegações legais, as quais, na verdade, mascaram as reais intenções particulares. Não obstante a esses obstáculos, é relevante observar que o agir probó do Estado provoca efeitos tanto no aumento da Segurança Jurídica da Carta Constitucional, como no crescimento da confiança depositada na Administração, pois o Estado é tido como parâmetro a ser observado pela sociedade. Corroborante a este entendimento, Humberto Theodoro (2006, p. 5) suscita como exemplo a Corte Constitucional Italiana que, neste sentido:

(...) proclamou que a “segurança jurídica é de fundamental importância para o funcionamento do Estado democrático” e que deve ser definida como “um princípio supremo”, ao afirmar que “a confiança do cidadão na segurança jurídica constitui um elemento fundamental e indispensável do Estado de Direito”

Assim, caso o Estado atue positivamente conforme o direcionamento da bússola, que é a Constituição, mobilizará impactos benéficos na estrutura do sistema público, pois as pessoas rejeitarão a patologia da improbidade e colaborarão com a fiscalização de condutas diferentes do agir probó, proporcionando um estado de segurança jurídica favorecido pelo inverso do Círculo Vicioso.

3. A colaboração da Sociedade na Construção do Círculo Virtuoso da Probidade Administrativa

Deve-se encarar a etapa da colaboração da Sociedade no ato de fiscalização contra a exaustão do serviço público como a força motriz, que levará combustível para o agente continuar na improbidade, caso não haja fiscalização e punição de suas condutas, ou, como aquela que mudará a forma que desencadeia o círculo da improbidade, se houver a devida fiscalização, reprimenda e investimentos em setores de políticas públicas que de alguma maneira revertam o pensamento e a prática da improbidade, já que a origem dessa está enraizada na formação histórico-política brasileira, pois, infelizmente, “o nepotismo e o empreguismo, senão a corrupção, eram a norma” (BRESSER-PEREIRA, 1996, p. 9). O poder emana do povo, conforme art. 1º, § único da Constituição de 1988. Apesar de existir várias discussões doutrinárias acerca da sua correspondência fática pela situação de existir inúmeras restrições ao uso e atuação desse poder, é o que atualmente revela o texto Constitucional, e o que deveria, ao menos, ser verificado. No tocante à participação cidadã, se iniciará a análise dessa colaboração sob duas vertentes: a preventiva e a repressiva. À medida que a primeira se refere primordialmente à fiscalização, a segunda trata de questões ligadas à própria cobrança do competente para aplicar as sanções devidas, sendo ambas as vertentes inclusas no campo de estudo do controle social.

Segundo Alcântara (2000, p.1), o controle social se denomina de “poder legítimo utilizado pela população para fiscalizar a ação dos governantes, indicar soluções e criar planos e políticas em todas as áreas de interesse social”. Observa-se, no entanto, que os olhares para esse tipo de controle só ganharam brilho após a reforma do aparelho do Estado em 1995, em que Bresser-Pereira o incluiu no plano diretor como um dos quatro componentes básicos deste.

Antes que seja analisado os canais veículos da participação social é necessário afirmar que “Governo e sociedade precisam partilhar informações num processo de mão dupla, cujo objetivo seja sempre a defesa do erário e a eficiente aplicação dos recursos disponíveis” (Oliveira, 2001, p.143). Prioriza-se uma relação de transparência, entendimento e consciência entre a máquina pública e a sociedade, a fim de que exista uma participação social verdadeira e não uma pseudo-participação, perigosa tão quanto a sua ausência.

Dentre os meios de prevenção que podem contar com a colaboração da sociedade, considera-se como um dos mais relevantes a fiscalização dos atos de agentes investidos na função pública, sendo esta política ou administrativa. Assim, a vistoria para averiguar a conformidade desses atos com o valor da probidade na Constituição só será possível caso haja disponibilização das informações necessárias por parte do Estado, atitude essa que se denomina de *accountability*, sem esquecer da exigência de que os cidadãos no processo de fiscalização sejam conscientes e organizados. Nesse sentido, Carla Bronzo (2004, p.2) explicita que:

“A noção de *accountability*, é basicamente, bidimensional: envolve capacidade de resposta e capacidade de punição (*answerability* e *enforcement*). A noção de *accountability* política pressupõe a existência do poder e a necessidade de que este seja controlado. Isso constitui sua razão de ser.”

Deduz-se, então, que é a falta de transparência que afasta o cidadão do governo. E por esse motivo, defende-se que não basta apenas a disponibilização da informação, essa tem que ser confiável e exposta de maneira descomplicada para o cidadão. Uma vez que, não faz sentido ser divulgado dados meramente técnicos, de difícil compreensão, sem resultar no devido entendimento por parte do público fim, obstaculizando tomarem a decisão acertada, ensejando assim uma pseudo- participação social. A efetiva colaboração social na construção do círculo virtuoso da probidade se dá de maneira que o cidadão seja consciente de que sua atuação, como forma de controle social, tem o condão de interferir beneficentemente para a lisura e bom nome da Administração Pública. O que torna importante trabalhar essa consciência desde muito cedo, tanto no ambiente familiar, como no escolar, pois a educação viabiliza o acesso ao entendimento

da luta histórica contra a improbidade administrativa e o quanto atos condizentes com esse vício acarretam prejuízos à Administração Pública.

Os canais veículos de participação social podem ser observados a partir da formação de conselhos, associações populares, audiências públicas e ouvidorias. Verificados por meio de canais individuais ou coletivos, o que interessa é que o cidadão entendedor, consciente e possuidor de conhecimento sobre a informação disponibilizada pelo Estado, fruto do pacto da transparência existente entre esses sujeitos envolvidos e condição imprescindível para que haja o controle social, saiba fiscalizar e cobrar atuação daqueles que tem competência para fazê-lo, a fim de que nenhum ato diminua o valor da probidade na Administração Pública. Para se entender o alcance da colaboração social, tem-se que observar o modo repressivo, onde, não obstante toda fiscalização e empenho para evitar o ato ímprobo, o agente estatal incorre neste, e, por desdobramento, é necessário aplicar-lhe as sanções devidas com o fim de repreendê-lo, incitando um processo de reconhecimento do teor depreciativo da sua conduta para a Administração para que não volte mais a praticá-la, transformando o círculo vicioso em virtuoso, à medida que dali em diante se busque agir em conformidade com a Constituição ao assegurar o valor probado dos seus atos. Dessa forma, a Colaboração da sociedade na construção de um Círculo Probo se faz crucial como etapa que antecede o agir do agente estatal, visto que ela possui o condão de ensejar no agente público o “querer” ou o “continuar” a agir com probidade, caso seja sólida sua fiscalização e firme sua caça aos atos ímprobos, cobrando a aplicação da reprimenda prevista em lei daqueles que tem a competência para impô-la. Seja ele o Judiciário, as instituições democráticas, o Legislativo ou seus auxiliares, seja a própria administração pelo Executivo, o que importa é a observância dos procedimentos da lei de improbidade administrativa que administra de forma viva o valor da probidade previsto na Constituição e que por ser vontade dela possui força normativa própria capaz de exigir seguimento por toda sociedade, embora o contexto real mostre atitudes no cotidiano em sentido contrário a esta. O agir probado do Estado provoca efeitos tanto no aumento da Segurança Jurídica da Carta Constitucional, como no crescimento da confiança depositada na Administração, pois o Estado é tido como parâmetro a ser observado pela sociedade. Caso este atue positivamente conforme o direcionamento da bússola, que é a Constituição, mobilizará impactos benéficos na estrutura do sistema público, pois as pessoas rejeitarão a patologia da improbidade e colaborarão com a fiscalização, bem como, exigirão a aplicação de sanções para as condutas diferentes do agir probado, proporcionando um estado de segurança jurídica favorecido pelo inverso do Círculo Vicioso.

O agir continuamente nos ditames da Vontade Constitucional é considerado um desafio diante do momento histórico atual vivenciado pela sociedade brasileira. A prevalência de intenções de cunho pessoal em detrimento das finalidades públicas é cada vez mais crescente, ao ponto de ensejar a mobilização social por renovação política. Isso é acarretado pelos malabarismos feitos com a Constituição pelos próprios agentes estatais a fim de ofuscar a força normativa sob falsas alegações legais, as quais, na verdade, mascaram as reais intenções particulares.

Assim, para que haja a transformação do Círculo Vicioso maculador de uma Administração Pública correta, em um Círculo Virtuoso será necessário, por mais dificultoso que seja, hodiernamente, o atendimento da Vontade Constitucional, considerada na sua condição de Lei Suprema do Ordenamento vigente, a qual aponta o alcance dos fins públicos de forma séria, sem desvirtuamentos e evasões, pois o acolhimento concreto de suas diretrizes estreita as distâncias daquilo que até então seria um pensamento utópico.

Conclusão

A probidade Administrativa representa, como valor fundamental a ser cultuado no âmbito da Administração Pública, parte da vontade constitucional afirmada em reiterados momentos ao longo deste trabalho, haja vista estar expressamente pactuada no artigo 37, §4º da Constituição Federal de 1988 e compor a sua força normativa, a qual rege todo o ordenamento jurídico brasileiro. Defende-se a sua observação por todos os agentes componentes da estrutura administrativa, desde os que exercem funções de comando até aqueles que as executam, os quais devem perseguir o interesse público, considerado prioritário, em detrimento de intenções individuais e egoísticas. Este princípio é o resultado de um processo histórico e deverá ser constantemente. A lógica da elaboração de um círculo é que este é infinito. Como não possui um ponto final, aufere uma ideia de continuidade do procedimento, em que uma conduta viciada acaba sendo alimentada para permanecer no vício, ou, em contraposição, em que condutas probas sejam visualizadas como regra. Defende-se a ideia da observação da probidade como um princípio norteador da conduta desde o seu nascedouro até o momento de uma eventual aplicação de sanções, a qual é considerada essencial para obstar a ocorrência de novos comportamentos tão prejudiciais à Administração pública. Assim, caso seja respeitada, existirá uma rejeição dos atos ímprobos, e, como consequência, será observada uma eficaz colaboração da sociedade na constante fiscalização contra a exaustão do serviço público. Percebe-se, desse modo, um fortalecimento no combate a esses atos, uma vez que a sociedade já não mais os tolera, pois a probidade da conduta administrativa passa a ser o modelo internalizado pela

população. Diante a colaboração social, viabilizada pelo acesso de informações pelo cidadão e pela transparência dos atos de governo, a accountability, se desenvolve, então, o processo de fiscalização e de cobrança de reprimendas, o que torna a sociedade elemento ativo capaz de interferir diretamente no movimento do círculo de forma positiva, com vistas a expurgar o vício da improbidade.

Portanto, ao aceitar o desafio de agir com probidade, o Estado, considerado o parâmetro da sociedade, deverá contribuir incansavelmente para que os atores responsáveis por sua vitalidade possam professar a obediência à vontade da Constituição na execução de suas funções, voltadas à satisfação do interesse público.

Referências

- ALCÂNTARA, Lúcio. **Controle Social: o caso da Saúde**. Brasília: Senado Federal, 2000.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, Congresso Nacional, 1988.
- BRASIL. Lei 8.429- **Lei de improbidade administrativa**. Brasília, Congresso Nacional, 1992.
- BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. **Da Administração Pública Burocrática à Gerencial**. Revista do Serviço Público-RSP. Ano 47. Vol.120, N-1. Jan- Abr 1996. Disponível em :<<http://seer.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/702/550>>. Acesso: 8 Set 2016.
- CARNEIRO, Carla Bronzo Ladeira. **Governança e Accountability: algumas notas introdutórias**. Escola de Governo da Fundação João Pinheiro- texto para discussão nº 13. Belo Horizonte, Agosto de 2004.
- CHEIN JORGE, Flávio; RODRIGUES, Marcelo Abelha. **A tutela processual da probidade administrativa, em Improbidade administrativa – questões polêmicas e atuais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- FAORO, Raymundo. **Os Donos do Poder**. 3ª edição, revista, São Paulo: Globo, 2001.
- FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Atos de Improbidade Administrativa: Doutrina, Legislação e Jurisprudência**. 2ª edição. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2008.
- HESSE, Konrad; MENDES, Gilmar Ferreira. **A força normativa da Constituição**. SA Fabris Editor, 1991.
- HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro; FRANCO, Francisco Manoel de Mello, INSTITUTO ANTÔNIO HOUAISS. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva 2016.
- HUMBERTO, Theodoro Júnior. **A onda reformista do direito positivo e suas implicações com o princípio da segurança jurídica**. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 14, setembro 2006.
- OLIVEIRA, Arildo. **Controle Social: Perspectivas para a fiscalização popular da Administração Pública no Brasil**. Brasília, TCU. Instituto Serzedello Côrrea, 2002.
- SILVA, Caio Felipe melo Araújo. **Recall político: viabilidade e alternativa à crise do sistema representativo brasileiro**. Monografia apresentada para obtenção do bacharel em Direito pelo Centro Universitário Tabosa de Almeida- ASCES\ UNITA-, Caruaru, 2017. Disponível em: <http://repositorio.ascses.edu.br/handle/123456789/838>. Acesso em: 21/10/2017.

A DOMINÂNCIA ELEITORAL DO CLÃ MARTINS NO AGRESTE E SERTÃO PERNAMBUCANO

Marília Alves Ribeiro e Silva¹
Vanessa de Lira Cruz²

Resumo

A Constituição federal de 1988 veda o nepotismo e a sucessão política entre parentes, através de seu art. 37, caput, que trata dos princípios da Administração Pública. Versa sobre a obediência aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, que acabam por estar em desacordo com a influência familiar no Poder Executivo. Princípios estes que foram observados na redação do decreto nº 7.203/2010. Há também a súmula vinculante nº 13 que reforça o texto constitucional, mas deixa uma lacuna quanto aos parentes de quarto grau. No entanto, o poderio familiar ainda é uma realidade em muitos municípios nordestinos, onde membros de algumas poucas famílias se utilizam da máquina pública para influenciar o processo eleitoral de forma indireta. Exemplo disso é o clã dos Martins que domina cidades do agreste e sertão pernambucano e possuem laços estreitos com outras famílias que controlam o cenário político estadual. Essa hegemonia ocorre principalmente em virtude dos mandatos dos irmãos Claudiano, Otaviano e Nomeriano. Claudiano Martins foi vereador de Itaíba e também prefeito por dois mandatos, e posteriormente eleito deputado estadual graças aos votos dos seus redutos eleitorais. Seu filho, Claudiano Martins Filho, agora ocupa seu lugar na ALEPE. Otaviano Martins prefeito de Manari entre os anos de 2005 a 2012 e Nomeriano Martins que foi prefeito de Águas Belas durante os anos de 2001 a 2008. Há na região controlada por essa família o padrão de subdesenvolvimento expressado pelo baixo IDHM (Índice de Desenvolvimento Humano Municipal) das cidades sob sua influência. Manari, por exemplo, tem o seu IDHM classificado como muito baixo, sendo apenas 0,487, enquanto que Itaíba tem um índice de 0,510 e Águas Belas de 0,526. O objetivo deste trabalho é compreender o impacto da dominância eleitoral do clã político Martins no contexto local das cidades supramencionadas. A bibliografia será baseada na análise bibliográfica e análise dos dados disponibilizados pelo TSE no período de 1996 a 2017.

Palavras-chave: clãs políticos; Família Martins; Pernambuco; dominância.

Introdução

No cenário político brasileiro é comum que o poder sobre a máquina pública permaneça nas mãos das mesmas classes sociais. Especialmente, no nordeste existe a dominância de determinadas famílias que se constituem como verdadeiros clãs políticos, onde todos os membros da família estão de certa forma ligados ao Poder Público.

Dentre as famílias que exercem poder no Estado de Pernambuco, será objeto de estudo do presente artigo científico como se dão as relações de poder da família Martins.

Esse padrão político encontra ponto de incoerência na Constituição Federal em seu art. 37, caput, o qual discorre acerca dos princípios da Administração Pública, entre os quais estão

¹ Graduanda em direito na Asces-Unita

² Graduanda em direito na Asces-Unita

legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Os princípios da impessoalidade e moralidade, particularmente, não estão em consonância com a influência familiar no Poder Público. O decreto nº7.203 de junho de 2010, estando de acordo com Carta Magna, veda o nepotismo no âmbito dos órgãos e entidades da administração pública federal direta e indireta. Por nepotismo entende-se:

Nepotismo é o favorecimento dos vínculos de parentesco nas relações de trabalho ou emprego. As práticas de nepotismo substituem a avaliação de mérito para o exercício da função pública pela valorização de laços de parentesco. Nepotismo é prática que viola as garantias constitucionais de impessoalidade administrativa, na medida em que estabelece privilégios em função de relações de parentesco e desconsidera a capacidade técnica para o exercício do cargo público. O fundamento das ações de combate ao nepotismo é o fortalecimento da República e a resistência a ações de concentração de poder que privatizam o espaço público.

A súmula vinculante nº13 de 2008 regulamenta o texto constitucional veda a nomeação pessoas que possuam relação familiar para cargos da Administração Pública. Entretanto, segundo entendimento jurisprudencial, não há vedação para a nomeação de cargos políticos, como secretários, por exemplo.

Dentre as famílias que exercem poder no Estado de Pernambuco, será objeto de estudo do presente artigo científico como se dão as relações de poder da família Martins. Esse clã possui um histórico de estreitas relações com outras famílias que tem influência no Estado, principalmente com parentes do falecido governador Eduardo Campos. As relações entre essas duas famílias se estendem desde o mandato de Miguel Arraes como governador. O que tem garantido aos membros da família Martins a concessão de cargos no governo do Estado.

O poderio dessa família na região tem como ponto central de influência política os mandatos dos irmãos Claudiano, Otaviano e Nomeriano. Claudiano Martins foi vereador de Itaíba e também prefeito por dois mandatos, e posteriormente eleito deputado estadual graças aos votos dos seus redutos eleitorais. Seu filho, Claudiano Martins Filho, agora ocupa seu lugar na ALEPE. Otaviano Martins prefeito de Manari entre os anos de 2005 a 2012 e Nomeriano Martins que foi prefeito de Águas Belas durante os anos de 2001 a 2008. Não só os membros da família ocupam cargos na Administração, como também muitos de seus funcionários tomaram parte como candidatos em campanhas eleitorais.

Notável é a situação de subdesenvolvimento na região controlada por essa família, que demonstra descaso com o serviço público, expressado pelo baixo IDHM (Índice de Desenvolvimento Humano Municipal) das cidades sob sua influência. Manari, por exemplo,

tem o seu IDHM classificado como muito baixo, sendo apenas 0,487, enquanto que Itaíba tem um índice de 0,510 e Águas Belas de 0,526.

É pertinente nesse cenário a associação ao coronelismo que se apresenta de forma tão enraizada no nordeste brasileiro. Há nesse caso, a concentração de poder na estrutura familiar, onde os candidatos a cargos políticos encontram validação no fato de pertencerem a determinada família tradicional. Assim como é tradicional nas estruturas dependentes do coronelismo o Poder Público permanece enfraquecido sem o devido acesso a saúde, educação e segurança pública para que se encontre na figura do patriarca o provedor que tem o poder de disponibilizar o acesso a esses serviços e oferece proteção em troca da lealdade do eleitor.

A partir de mapeamento feito de dados da última eleição de 2014, disponibilizados no site do TSE é possível perceber a concentração de votos nas cidades supracitadas em membros dessa família ou pessoas associadas a ela. Tal concentração não costuma se dar sem a presença de um processo histórico que elevou essa parcela da sociedade a uma posição de dominação permanente na região.

No presente artigo será analisada a dominância da família Martins nas cidades de Águas Belas, Itaíba e Manari a partir do estudo histórico desenvolvido por Sérgio Buarque de Holanda em seu livro *Raízes do Brasil*, no qual demonstra as relações entre o modo de fazer política no Brasil e suas origens históricas. É possível relacionar a dominância dessa família aos processos culturais que resultaram na instituição do coronelismo nas cidades do interior do Brasil. Processos esses que podem ser estendidos até o período colonial com a predominância da sociedade rural concentrada na figura patriarcal do senhor de engenho. Havia uma relação de dependência entre os habitantes de área rural e proprietário de terras criada pela falta de assistência do Estado. Somente por meio do senhor de engenho seria possível se obter os objetos para os meios de produção, acesso a saúde e educação. Era inclusive uma autoridade no âmbito religioso por quase sempre construir capelas e manter relações estreitas com a Igreja. Tem relação forte, também, com a herança deixada pelo período de escravidão no país. Mesmo após a abolição os ex-escravos mantiveram relação de submissão com os proprietários de terra, em virtude da falta de políticas públicas para incentivar o desenvolvimento educacional e político destes.

Os membros desse clã mantêm seu poder nessas cidades ao se utilizar da máquina pública para eleger seus aliados. A máquina pública é utilizada de forma que estando um familiar em posse de cargo público é tirado proveito da influência política exercida e das

alianças já formadas, para influenciar na campanha eleitoral. Conseguindo, inclusive maior número de doações de campanha em decorrência das relações contratuais entre a Administração e a iniciativa privada.

Diante do exposto busca-se analisar as relações de poder envolvendo a família Martins e o processo histórico que possibilitou a sua dominância a partir da análise de dados do TSE bibliografia.

1. Origens do clã

Os clãs políticos existentes hoje no nordeste brasileiro não são mero fenômeno momentâneo que se formam por esforço exclusivo de algumas famílias abastadas, mas sim uma instituição já muito enraizada no cenário político nacional. O padrão de votos, principalmente no nordeste, é resultado de um longo processo histórico que vem desde o período colonial e serviu para solidificar a estrutura social presente no Brasil, criada quase que sempre de forma proposital.

Mesmo que hoje vivamos em uma democracia, positivada pela Constituição Cidadã que contou com a participação de diversos grupos sociais, ainda guardamos hábitos quanto às estruturas de poder que datam do período colonial. Há semelhanças persistentes com a relação entre o senhor de engenho e a comunidade rural que o cercava. O Brasil tem em sua origem uma economia quase que completamente agrícola, não usufruindo por muito tempo do desenvolvimento ganhado com a Revolução Industrial, tão em outros países. O que resultou na concentração de poder nas mãos de donos de grandes propriedades.

Até o século XIX as cidades brasileiras eram pouquíssimo desenvolvidas, contando com residentes que ali habitam somente por necessidade de seus cargos públicos ou empreendimentos mercantis. As cidades como centro para atividades burocráticas ou para passeios e eventos religiosos nos quais as famílias abastadas se envolviam esporadicamente. Grande maioria da população habitava em áreas rurais, com normas, sanções figuras de poder que se dissociavam daquelas do Poder público. O senhor dono de terras atuava como uma figura paterna e monopolizadora não só no seio de família com também em relação a todos aqueles que dependiam economicamente da produção, fossem eles escravos ou funcionários da fazenda. Dessa forma, o centro político de fato se localizavam na Casa Grande das grandes fazendas, que possuíam autonomia da capital da República e podiam, em função de seu poder econômico, influenciar as decisões políticas em grande escala. A concentração rural na colônia é citada por Sérgio Buarque de Holanda em seu livro Raízes do Brasil:

É efetivamente nas propriedades rústicas que toda a vida da colônia se concentra durante os séculos iniciais da ocupação europeia: as cidades são virtualmente, se não de fato, simples dependências delas. Com pouco exagero pode dizer-se que tal situação não se modificou essencialmente até à Abolição (HOLANDA, 1995, p. 73).

Essa relação presente nas áreas rurais em muito se assemelhava aos feudos presentes na Europa durante o Período Medieval. Da mesma maneira, o poder se encontrava na propriedade da terra com uma figura masculina atuando de forma suprema sobre os meios de produção locais. Por não haver industrialização e um comércio fortalecido todos os produtos de subsistência da população em geral provinham diretamente da produção agrícola. O senhor de engenho além de fornecer a subsistência, era também a que fornecia o aparato religioso, construindo capelas e providenciando ida de padres para o interior, bem como a mínima estrutura educacional ao construir pequenas escolas de alfabetização. Representa assim, uma autoridade quase que divina da qual tudo dependia e que poderia aplicar sanções de forma que bem entendesse. O Poder Público, inclusive, fazia vista grossa a estes senhores para que constituíssem suas próprias normas e sanções baseadas em suas noções de moralidade religiosa.

Outro fator fundamental para o comportamento eleitoral atual foi o longo período de tempo pelo qual se estendeu a escravidão no país. Mesmo após a Lei Eusébio de Queiroz, que proibiu a importação de novos escravos vindos da África, o tráfico negreiro continuou de forma clandestina através do suborno dos responsáveis pela fiscalização e utilização de rotas marítimas diferentes das comumente utilizadas. Essa prática costumava ser aceita pelas pessoas em geral por haver na sociedade da época a noção de que só com a utilização de mão-de-obra escrava seria possível a produção de alimentos acessíveis a todos e de que essa seria a condição natural do negro, como afirma Holanda:

Não faltou, além disso, o constante argumento dos partidários eternos do status quo, dos que, temerosos do futuro incerto e insondável, só querem, a qualquer custo, o repouso permanente das instituições. Estes eram, naturalmente, do parecer que, em país novo e mal povoado como o Brasil, a importação de negros, por mais algum tempo, seria, na pior hipótese, um mal inevitável, em todo o caso diminuto, se comparado à miséria geral que a carência de mão-de-obra poderia produzir (HOLANDA, 1995, p. 75).

A existência de propriedades com mão-de-obra escrava fazia com que a força de trabalho estivesse sob situação de completa dominação, não havendo espaço para reivindicações trabalhistas ou contestações acerca da legitimidade da autoridade que controlava todos os aspectos de suas vidas. Foi enraizada a ideia de o único detentor de direitos seria o senhor de engenho, sua família e aquele que de alguma forma caísse em sua graça. Com a promulgação da Lei Áurea em 1888, que aboliu a escravidão, o proprietário de terras perdeu o direito à propriedade sobre as pessoas negras em suas terras. Porém, o poder de fato continuou a ser exercido, já muitos ex-escravos continuaram ligados as terras em que antes trabalharam

devido à falta de políticas públicas que pudessem oferecer real condição de cidadania, como a alocação em moradias dignas e educação no intuito de possibilitar criação de postos de trabalho. Em virtude da escassez de trabalho e de possuírem propriedade de terras para que se iniciasse produção agrícola independente, esse escravos alforriados continuaram sob o poder de elites tradicionais.

Essas famílias dominantes no período colonial muito se assemelhavam as famílias da realeza europeia. Os portugueses que inicialmente tomaram parte na colonização e aumentaram suas riquezas com a exploração da terra mantiveram seu status de dominação ao longo dos anos do Império. Por esse motivo foi comum a tentativa de reproduzir a cultura europeia da época de famílias com posições de nobreza. Mesmo quando se tratava de relação com empreendimentos havia o esforço para se construir uma oligarquia fortalecida que fosse capaz de reproduzir os ideais de supremacia sobre os demais das monarquias europeias. A propriedade de grandes parcelas de terras se reservava, e conseqüentemente o domínio da região, se concentrava nas famílias já estabelecidas no cenário político e econômico. Até mesmo os profissionais liberais que faziam parte da população das cidades e poderiam representar oposição aos senhores de engenho, eram descendentes das famílias que dominavam a produção agrícola. Estes eram os únicos que possuíam acesso educação superior, e assim, se formavam médicos e advogados que na verdade tinham como único objetivo continuar com o ciclo de dominação. Tentativas de orquestrar uma revolução liberal pareciam de certa forma ideias vazias, já que os envolvidos em filhos, parentes ou eles mesmos donos de terras e não tinham real interesse em que houvesse qualquer alteração no status quo, senão para se adequar aos tão almeçados países europeus e Estados Unidos.

Com a criação da Guarda Nacional em 1831 foi instituído o posto de coronel, dado aos proprietários de terra, grandes comerciantes e industriais. O que proporcionou validação a estrutura social existente, fazendo com que os abastados de determinadas regiões fossem vistos como autoridade de fato e de direito que possuía legitimidade para exercer controle na localidade. A liderança exercida pelos coronéis provinha da incapacidade do Poder Público e exercer a sua própria jurisdição em todo o território nacional e oferecer políticas públicas que fossem possibilitar a autonomia e ascensão social das camadas mais pobres da sociedade. Surge na oportunidade de carência de liderança, como aponta Leal: “É antes uma forma peculiar de manifestação do poder privado, ou seja, uma adaptação em virtude da qual os resíduos do nosso antigo e exorbitante poder privado têm conseguido coexistir com um regime político de extensa base representativa” (LEAL, 1948, p. 23).

O coronel comporta-se de forma contrária ao senhor de engenho anteriormente no período colonial. Não mais tem como residência principal a localidade rural em que exerce poder. Pelo contrário, se ausenta para morar em alguma capital com mais possibilidades de lazer e maiores oportunidades para manter contato próximo com outras famílias que detêm o mesmo tipo de dominância. Comportamento que continua presente nas famílias que fazem parte do cenário político em cidades do interior do nordeste, que apenas residem em sua cidade de origem em períodos de campanha eleitoral ou quando ocupam cargos públicos e necessitam comparecer a eventos políticos. É comum o comportamento absenteísta:

Outras vezes, o chefe municipal, depois de haver construído, herdado ou consolidado a liderança, já se tornou um absenteísta. Só volta ao feudo político de tempos em tempos, para descansar, visitar pessoas da família ou, mais frequentemente, para êns partidários (LEAL, 1948, p.24).

Há na relação entre o coronel e a população um contrato implícito de lealdade incondicional. Assim como no período colonial os habitantes do interior dependem do seu senhor para todo tipo de assistência e veem nele uma figura de liderança na qual podem confiar para obter educação, assistência médica e proteção, contanto que continuem sob seu poder. Na falta de assistência das instituições públicas o eleitor depende quase que completamente do coronel para manter a mínima qualidade de vida, que inclui providências básicas para a sobrevivência e que mesmo as mais simples recaem sobre a responsabilidade de uma autoridade que representa um monopólio, como melhor explica Leal:

Completamente analfabeto, ou quase, sem assistência médica, não lendo jornais nem revistas, nas quais se limita a ver as figuras, o trabalhador rural, a não ser em casos esporádicos, tem o patrão na conta de benfeitor. E é dele, na verdade, que recebe os únicos favores que sua obscura existência conhece. Em sua situação, seria ilusório pretender que esse novo pária tivesse consciência do seu direito a uma vida melhor e lutasse por ele com independência cívica. O lógico é o que presenciamos: no plano político, ele luta com o “coronel” e pelo “coronel”. Aí estão os votos de cabresto, que resultam, em grande parte, da nossa organização econômica rural (LEAL, 1948, p.25).

Mesmo com a extinção da Guarda Nacional, o título de coronel acabou sendo associado a qualquer figura patriarcal que exerça domínio sobre localidade do interior nordestino. Até pouco não era raro que os mais pobres tratassem fazendeiros por coronéis. Esse título não representa apenas a identificação de riqueza ou influência política, mas exerce medo naqueles que não possuem meios para se defender sozinhos, tampouco proteção dos Estado.

O monopólio político presente em Pernambuco encontra respaldo na cultura brasileira, que enquanto povo se construiu de tal forma que proporciona o personalismo político. O personalismo acontece quando se retira da instituição a atenção que deveria ter a transferindo para a pessoa daquele exerce qualquer que seja o cargo nesta. Há o foco errôneo na personalidade de almeja determinado, incluindo aspectos que reproduzem a tradição familiar

decorrente do coronelismo, como relações interpessoais, simpatia e recomendações de familiares. O foco é a personalidade e não o serviço público. Base histórica para isso apresenta Holanda:

Nosso temperamento admite fórmulas de reverência, e até de bom grado, mas quase somente enquanto não suprimam de todo a possibilidade de convívio mais familiar. A manifestação normal do respeito em outros povos tem aqui sua réplica, em regra geral, no desejo de estabelecer intimidade. E isso é tanto mais específico, quanto se sabe do apego frequente dos portugueses, tão próximos de nós em tantos aspectos, aos títulos e sinais de reverência (HOLANDA, 1995, p.148).

Esse padrão decorre do comportamento cultural do povo de brasileiro de rejeitar formalidades e oferecer tratamento mais íntimo no trato diário que outros povos. Esse comportamento se expressa na forma como as paixões cerceiam o meio político, onde os candidatos são defendidos como parte do núcleo familiar de cada eleitor. Política de emoções essa que contribui para a continuação da dominância de famílias tradicionais.

2. Nepotismo e clãs políticos

O CNJ (Conselho Nacional de Justiça) tem como conceito de nepotismo:

O favorecimento dos vínculos de parentesco nas relações de trabalho ou emprego. As práticas de nepotismo substituem a avaliação de mérito para o exercício da função pública pela valorização de laços de parentesco. Nepotismo é prática que viola as garantias constitucionais de impessoalidade administrativa, na medida em que estabelece privilégios em função de relações de parentesco e desconsidera a capacidade técnica para o exercício do cargo público.

Sendo assim, entende-se por nepotismo o favorecimento sistemático à família. Que constitui um dos maiores entraves a boa administração pública no Brasil, impedindo o desenvolvimento do país juntamente com outros fatores, como a corrupção. Colocando o país numa situação de terceiro mundo, apesar da riqueza e do enorme potencial de desenvolvimento.

Mesmo não sendo vedado expressamente na Constituição Federal, a prática do nepotismo claramente viola a mesma, pois vai de encontro aos princípios da Administração Pública, onde é mister lembrar que a violação desses constitui crime de improbidade, assim como enriquecimento ilícito, por exemplo.

Além disso, foi editada a Súmula Vinculante nº 13 do STF que preconiza:

A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica, investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança, ou, ainda, de função gratificada na Administração Pública direta e indireta, em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal (BRASIL, Súmula nº 13, 2008).

A súmula acaba por não incluir no seu texto parentes a partir do 4º grau, como primos, além de parentes por afinidade, o que facilita a nomeação de primos, cunhados, sogras e etc.

para cargos públicos. Outra falha na elaboração da súmula foi a não inclusão de cargos políticos, o que possibilita a nomeação de parentes para cargo de secretário de uma prefeitura por exemplo, prática bastante comum no país adentro.

Apesar da proibição, o nepotismo é prática comum no país, tendo notório destaque na região Nordeste, fruto da forte influência da política ligada ao patriarcalismo, consequência direta da forma de desenvolvimento da região ao longo da história, como visto anteriormente. A região Nordeste é a maior vítima da política patriarcal pois contou com anos de abandono do Estado, sendo considerada uma das regiões mais pobres do país. Com isso ficou à mercê dos coronéis, onde se formou os chamados “currais eleitorais”, cuja votação, maior símbolo da democracia, se dava, e hoje se dá em menor número, por meio do “cabrecho”.

Os clãs políticos surgem como consequência direta da tradição política no Nordeste. Perpassando-se no tempo em virtude da prática do nepotismo, onde nomeações para cargos públicos não respeitam a lei em sentido estrito, e principalmente, violam princípios da Administração Pública, como moralidade, eficiência e impessoalidade.

Alguns clãs são muito famosos na região, como os Sarney no precário estado do Maranhão, onde a família exerce domínio há aproximadamente meio século. Também é necessário falar dos Calheiros no estado de Alagoas, onde a dominância se dá há mais de vinte anos. Ambas as famílias possuem influência a nível nacional, destacando-se a figura de José Sarney e Renan Calheiros, nomes importantes no Congresso Nacional.

Apesar da enorme quantidade de clãs no Nordeste, como os já citados Sarneys e Calheiros, e também Rosados no Rio Grande do Norte, Coelhos, Oliveiras e Ferreiras em Pernambuco, o presente trabalho tem como objetivo analisar a família Martins no sertão e agreste pernambucano, analisando como nasceu a força política e como é exercido o domínio nas principais cidades que formam o “curral eleitoral” do referido clã.

Antes da análise dos membros do clã Martins e como se forma a teia política gerada por eles, é necessário falar do padrão de voto obtido por essa família. O tema padrão de voto é estudado por Barry Ames no seu livro “Entraves da democracia do Brasil”. Para Ames existem quatro padrões estaduais de distribuição espacial de voto: dispersa – compartilhada, dispersa - dominante, concentrada - compartilhada e concentrada - dominante.

O padrão encontrado em votações de membros da família Martins é o concentrado – dominante, que para Ames trata-se do:

Clássico reduto eleitoral brasileiro, no qual um deputado domina um grupo de municípios contíguos. A dominância pode ter várias causas. O candidato pode pertencer a uma família de longa preeminência econômica ou política numa determinada região; ele pode ter iniciado sua carreira política exercendo cargos locais; ou pode ter feito um acordo com caciques locais (AMES, 2003, p. 66).

O que é dito pelo supracitado autor é precisamente o que aconteceu na família Martins. Claudiano Martins iniciou sua carreira política na cidade de Itaíba – PE como vereador no ano de 1989, sendo reeleito na eleição seguinte. Posteriormente foi eleito prefeito da mesma cidade e também reeleito. Nesse período houve a nomeação de parentes para cargos em secretarias municipais, comissão de licitação, dentre outros. No ano de 2002 foi eleito Deputado Estadual, novamente reeleito na eleição seguinte.

Nas duas eleições a nível estadual de Claudiano é possível verificar a dominância em cidades como Itaíba, Águas Belas e Manarí, que justamente formam o reduto eleitoral tratado em Ames. Essas cidades também formaram o reduto eleitoral de Claudiano Martins Filho nas eleições para Deputado Federal em 2010 e 2014. Além desse, há também Juliano Martins, outro filho de Claudiano, que foi eleito prefeito de Itaíba em 2012, graças a campanha que continha seu pai como figura em destaque.

Além de Claudiano, que foi o precursor da dominância do clã, há também seus dois irmãos, Nomeriano e Otaviano, formando a espinha dorsal do clã dos Martins. Nomeriano Martins foi eleito prefeito de Águas Belas – PE no ano 2000 e 2004, tendo Francisco Romero, seu cunhado, como secretário. Esse se candidatou a prefeito da referida cidade em 2008, mas não logrou êxito, apesar do claro apoio de Nomeriano. Outra que recebeu apoio de Nomeriano foi Maria Aurélio Martins, candidata a prefeita de Águas Belas em 2012, perdendo a eleição. Apesar da derrota, a candidata teve votação expressiva, o que demonstra a força política de Nomeriano na cidade de Águas Belas.

O último dos irmãos é Otaviano Martins, eleito prefeito de Manarí em 2004 e 2008. Seu filho, Leonardo Xavier Martins, foi eleito prefeito de Inajá – PE, cidade próxima de Manarí, no ano de 2012, não conseguindo a reeleição. Além disso, foi secretário de finanças da cidade de Manarí no período que seu pai era o então prefeito. Vale destacar que tão nomeação para secretário foi possível em virtude da não inclusão de cargos políticos na Súmula Vinculante nº 13. Além de apoiar o filho na candidatura para prefeito, Otaviano apoiou também Gilvan de Albuquerque Araújo, o “Van de Otaviano” (claramente uma menção ao o apoio dado por Otaviano) para prefeito da cidade de Manarí em 2016, tendo como vice Zirlandia Martins na chapa vencedora da eleição.

Com o domínio político exercido pela família Martins nas cidades de Itaíba, Manarí e Águas Belas, além das cidades próximas, há também o domínio econômico, pois política e economia caminham juntas, se há detenção do poder de uma, conseqüentemente há domínio da outra. O controle exercido nessas cidades ocasionou o subdesenvolvimento das mesmas, cidades pobres, com instalações como escolas e hospitais, precárias. Prova disso são os índices

de IDH baixo de Itaíba e Águas Belas, e muito baixo de Manarí, ocupando o 5547º lugar no ranking nacional, considerando os 5570 municípios brasileiros, ou seja, um índice entre os mais baixos dentro de um país da tamanha dimensão do Brasil.

Conclusão

Em virtude do modo da construção histórica do Brasil, e principalmente do Nordeste, famílias se estabeleceram como clãs políticos por toda a região. Com a colonização do Brasil, onde a exploração das terras se dava através da formação de latifúndios, criou-se a figura do fazendeiro, o patriarca, onde dele emanavam-se as regras de todos a sua volta, assemelhando-se ao senhor feudal na Idade Média europeia.

O poder político então estava concentrado nas mãos do patriarca que detinha o poder econômico, e conseqüentemente a família desse ganhava muito poder, constituído um verdadeiro clã, presente até hoje no cenário político do país, seja a nível municipal, estadual e até nacional.

Apesar de haver vedação expressa ao nepotismo na Súmula Vinculante nº 13 do STF e a prática ferir princípios presentes na Constituição Federal, é notório e bastante comum a presença de clãs na política brasileira, onde parentes ficam sucedendo-se durante anos no poder, tornando-se até mesmo um costume, e uma infeliz tradição no país.

Com a dominância exercida por essas famílias, há a presença de baixos números de índice de desenvolvimento humano em vários municípios brasileiros, como as cidades de Itaíba, Águas Belas e Manarí discutidas no texto, e até mesmo de estados, como no caso do Maranhão e Alagoas. Cujas a pobreza e subdesenvolvimento acarretam também na frenagem do desenvolvimento nacional, provando que o Brasil ainda possui uma política arcaica, egocêntrica, e que ocasiona a gritante desigualdade social.

Referências

Livros:

AMES, Barry. **Os entraves da democracia no Brasil**: 1ª ed. Rio de Janeiro: FGV, 2003.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**: 26ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

LEAL, Victor Nunes. **Coronelismo, enxada e voto**: 7ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

Artigos online:

IBGE divulga as estimativas populacionais dos municípios para 2017. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/16131-ibge-divulga-as-estimativas-populacionais-dos-municipios-para-2017.html> <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/16131-ibge-divulga-as-estimativas-populacionais-dos-municipios-para-2017.html>. Acesso em: 01 de novembro de 2017.

Nepotismo, mesmo indireto, contraria princípios basilares do Direito Público. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-abr-11/mp-debate-nepotismo-indireto-nega-principios-basilares-direito-publico>. Acesso em: 01 de novembro de 2017.

O que é nepotismo?. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/campanhas/356-geral/13253-o-que-e-nepotismo> <http://www.cnj.jus.br/campanhas/356-geral/13253-o-que-e-nepotismo>. Acesso em: 30 de outubro de 2017.

Súmula vinculante n.º. 13: proibição ao nepotismo nos cargos comissionados. Disponível em: <https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/98292/sumula-vinculante-n-13-proibicao-ao-nepotismo-nos-cargos-comissionados>. Acesso em: 01 de novembro de 2017.

A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E O PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL: OS (I)LIMITES DA INTERVENÇÃO JUDICIAL NA GARANTIA DO DEVER ESTATAL

João Paulo dos Santos¹

“Em geral, nove décimos da nossa felicidade baseiam-se exclusivamente na saúde. Com ela, tudo se transforma em fonte de prazer.” Arthur Schopenhauer

Resumo

Diante do rol de direitos e garantias fundamentais vigentes no texto constitucional, destaca-se o direito à vida e à saúde como garantia de todos os cidadãos e dever estatal no cumprimento destes, mas, mediante o mal funcionamento do Sistema Único de Saúde-SUS, é notório que indivíduos são lesados por este descuido estatal. Conseqüentemente o efeito produzido pelo déficit do SUS na prestação do serviço, acarreta na procura, da Defensoria Pública e Ministério Público, para provocar o Poder Judiciário e pleitear o cumprimento do Estado na garantia da saúde e da vida. Deste modo, após gerada a demanda judicial pleiteando a execução do dever estatal, a resposta defensiva do ente federativo baseia-se no Princípio da Reserva do Possível, como forma de limitar sua atuação na prestação dos direitos sociais e fundamentais, mas, deve-se observar o art. 196 da CF/88, como um direito amplo e universal, que dispõe, “A saúde é direito social de todos e dever do Estado [...]”. Destaca-se que o presente estudo tem por finalidade demonstrar que em um Estado Social de Direito, é dever de qualquer dos entes federativos, assegurar os direitos à saúde e à vida. E para compreender o objetivo da pesquisa, foi utilizada o método indutivo, por meio de observação direta extensiva de análise do conteúdo do texto constitucional e o princípio da Reserva do possível, para demonstrar o dever estatal na garantia do direito à saúde e à vida. Diante desta perspectiva percebe-se que, o Estado deixando de realizar o seu compromisso constitucional na garantia do direito à saúde e à vida, acaba lesando indivíduos em massa, e por estarem em situação de hipossuficiência financeira dependem da atuação da Defensoria Pública e do Ministério Público para alcançar um direito evidente previsto na Carta Magna, por meio da provocação e decisão judiciária. Compreende-se que o Princípio da Reserva do Possível pouco se aplica as demandas que envolvem direito à saúde e à vida, e que estejam acompanhadas do *periculum in mora* ou *fumus boni juris*, pois entre proteger o direito à vida e à saúde, expressamente insculpido no caput do art. 5º, da CFRB, e um interesse financeiro do Estado, o primeiro deve prevalecer, mas isso não deve ser tratado sob um caráter absoluto, pois esta judicialização gera um enorme gasto aos cofres públicos, logo, uma parceria entre os poderes Judiciário e Executivo se torna a ação mais prudente a satisfazer o interesse coletivo.

Palavras-chave: Direito à saúde. Princípio da Reserva do Possível. Dever estatal.

Introdução

Por termos aqui uma pesquisa que abarca institutos bem debatidos na esfera judiciária, se faz necessário compreender na seara científica a definição destes para lograr na discussão objetivada. Iniciando pela Judicialização da saúde, fazendo-se uma mera análise semântica das

¹ Graduando no curso de Bacharel em Direito, no Centro Universitário Tabosa de Almeida – ASCES-UNITA, Estagiário do Ministério Público de Pernambuco, desempenhado atuação na 4ª Promotoria de Justiça de Defesa da Cidadania (Saúde e Consumidor) e em vigente exercício na 4ª Promotoria de Justiça Criminal de Caruaru (Tribunal do Júri).

palavras, somos remetidos ao entendimento que versa sobre, a transferência de poder de ação e provocação do Poder Judiciário, a fim de garantir ao indivíduo a obtenção de medicamentos, exames, cirurgias ou tratamentos médicos, proveniente da negatória satisfação da necessidade por parte do Sistema Único de Saúde – SUS ou até mesmo pelas prestadoras de Planos de Saúde.

E esta provocação, por vezes é investida de um pedido cautelar, onde diante da urgência do caso concreto (configurando a existência do *periculum in mora*), o magistrado se depara com o material probatório exposto no processo, o decide de pronto, a favor do paciente. Mas é evidente que, por ser o magistrado o detentor de conhecimento técnico jurídico, as ferramentas ofertadas a este encontram-se satisfatoriamente na vigente Constituição Federal da República Federativa do Brasil, não podendo se desvirtuar do direito à saúde, que está consagrado no rol de direitos e garantias fundamentais, em seu art. 6º: “São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”

Configurando, a delicadeza da matéria e a evidente obrigação estatal na prestação dos direitos sociais, a Carta Magna de 1988 traz oportunamente artigos que detalham este direito à saúde, expondo expressamente de quem é a competência da promoção e garantia da saúde, e os destinatários, tal disposição encontra-se positivada no art. 196:

A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Aqui é válido destacar que, este artigo detém um tríplice objetivo, ou conforme tratado pelo doutrinador Sergio Pinto Martins em sua obra bibliográfica “Direito da Seguridade Social”, o sistema de saúde abrange as categorias de prevenção, proteção e recuperação, consolidando que a saúde é algo a ser vislumbrado não só perante o iminente risco e existência de alguma patologia, mas sim no que tange a conscientização da prevenção dos males, na proteção, o Estado é o responsável na devida prestação da política pública e garantidor do acesso universal a antedita garantia, e em relação a recuperação, compreende-se que, o paciente tem por direito retornar ao seu estado saudável por meio de uma recuperação salubre. Sendo assim, é válido enfatizar que este não é o objeto de debate desta pesquisa, mas deve-se ressaltar o transparente compromisso que o Estado deve ter em relação a prestação da saúde (MARTINS, 2010, p. 500).

O atual Ministro da Suprema Corte, Alexandre de Moraes (2007, p. 428), em se tratando do direito à saúde, leciona que:

Direitos sociais são direitos do homem, que se caracterizam como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria das condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, e são consagrados como fundamentos do Estado democrático, pelo art. 1º, IV, da Constituição Federal.

Entretanto, é compreensível e evidente que para esta prestação ou qualquer outra política pública, há um custo, e para o Estado a judicialização gera um gasto inesperado que pode prejudicar os planejamentos governamentais. E diante deste litígio na esfera judiciária, o Estado como meio de defesa invoca o Princípio da Reserva do Possível, um instituto que surgiu no direito alemão, oriundo do caso, de uma ação impetrada por alunos que pleiteavam o direito de ingresso em Universidade Pública, no curso de medicina, em contrapartida, o Tribunal Constitucional Federal utilizou no julgamento a afirmação, de que, tais direitos seriam efetivados dentro da *reserva do possível*, ou seja, as vagas disponibilizadas eram equivalentes a capacidade financeira do Estado em arcar com os custos decorrentes desse exercício. Sendo assim Figueiredo e Sarlet (2008) tratam este princípio como:

De acordo com a noção de reserva do possível, a efetividade dos direitos sociais a prestações materiais estaria sob a reserva das capacidades financeiras do Estado, uma vez que seriam direitos fundamentais dependentes de prestações financiadas pelos cofres públicos.

Com isso, é logrado a problemática desta pesquisa, onde temos uma Constituição que prevê e garante aos indivíduos um direito bastante abrangente de acesso à saúde, praticamente ilimitado, mas, por outro lado, o Estado defende que seus gastos são delimitados pelo orçamento planejado, e que estes gastos oriundos de decisões judiciais, acabam prejudicando as próprias atividades do Estado e a coletividade, tendo em vista que, em casos onde há a necessidade de arcar com altos custos de medicamentos, exames ou tratamentos, com o valor desta prestação, poderia garantir a uma certa coletividade de indivíduos determinado medicamento ou aprimorar o acesso à saúde.

1. A Judicialização da Saúde

Antes de evidenciar a compreensão da judicialização da saúde em nosso Estado pátrio, se faz necessário um recorte na nomenclatura da Judicialização da saúde, onde temos dois núcleos que necessitam de tratamento em separado, para demonstrar qual é essencialmente direito e qual é o meio.

Iniciando a compreensão no que tange a judicialização, temos como configurado a prática de provocar o Poder Judiciário a fim de dirimir o litígio ou a pretensão almejada pelo indivíduo, mas em se tratando deste contexto abarcado nesta pesquisa, têm-se a concepção de

que, quando a obrigação estatal na prestação do direito social não for realizada conforme esperado, proveniente de falha na prestação do antedito direito por parte do Poder Executivo, o judiciário passa a ser vislumbrado como o meio de solução na efetivação do direito à saúde (SILVA, 2013, p. 01).

Corrobora deste entendimento BARROSO (2008):

Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo — em cujo âmbito se encontram o presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade. O fenômeno tem causas múltiplas. Algumas delas expressam uma tendência mundial; outras estão diretamente relacionadas ao modelo institucional brasileiro. A seguir, uma tentativa de sistematização da matéria.

Sendo assim, temos um déficit organizacional no Estado brasileiro, onde a falta de uma política pública de saúde eficaz, provoca um efeito reverso negativo para o Estado, que é a manifestação judiciária compelindo o ente federativo na devida prestação, e destaca-se que, esta ordem judicial não é compreendida como algo a ser evitado, mas é enxergada como uma conduta que deve ser satisfeita em casos excepcionais. Logo o que vem ocorrendo nos últimos seis anos é o contrário, conforme informado pelo vigente Ministro da Saúde, Ricardo Barros, na 4ª Edição do Congresso Médico, onde foi mencionado que os custos do governo federal destinados ao cumprimento de decisões judiciais já somaram R\$ 3,9 bilhões, abarcando gastos da União no cumprimento de ações para aquisição de medicamentos, equipamentos, insumos, realização de cirurgias e depósitos judiciais, e só no ano de 2016, foram desembolsados R\$ 730,6 milhões (PENIDO, 2016, p. 01).

Atestando o quanto é inegável que esta judicialização é um peso considerável aos cofres públicos, demonstrando que o executivo deve se ater à procura de métodos que possibilitem o declínio destes números.

Partindo para a compreensão do direito à saúde, pode-se afirmar o quanto é complexo definir estritamente a conceptualização, mas, é perceptível que a saúde é um direito público subjetivo, investido de universalidade e de trato isonômico aos indivíduos, e este direito é de tamanha delicadeza e importância que após a segunda guerra mundial, foi visualizada as inimagináveis atrocidades do homem, percebendo a necessidade de firmar um pacto reconhecendo a obrigação de preservar a vida do ser humano (SILVA, 20, p. 11).

Diante deste pacto firmado foi contemplado o direito à saúde como uma garantia necessária a qualquer indivíduo, onde por meio da Organização Mundial de Saúde (OMS) que, no preâmbulo de sua Constituição (1946), trouxe o seguinte conceito: "Saúde é o completo

bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doença". Evidenciando que a saúde não abarca apenas a questão anatômica do homem, mas sim contempla o bem-estar cognitivo do indivíduo, e o não menos importante, a saúde social do ser humano, como um evidente ser sociável, conforme já pensado pelo renomado psicólogo Piaget, "o homem é um ser essencialmente social, impossível, portanto, de ser pensado fora do contexto da sociedade em que nasce e vive" (VASCONCELLOS & VALSINER, 1995, p.36).

Canotilho (1984, p. 342/343) ensina ainda que a vida se traduz no direito a dispor das condições de subsistência mínimas, implicando o direito a reclamar do Estado as prestações existenciais indispensáveis a uma vida minimamente digna e que:

[...] o direito à proteção da saúde comporta duas vertentes: uma, de natureza negativa, que consiste no direito a exigir do Estado (ou de terceiros) que se abstenham de qualquer acto que prejudique a saúde; outra, de natureza positiva, que significa o direito às medidas e prestações estaduais visando a prevenção das doenças e o tratamento delas.

É diante deste prisma, que a vigente Constituição Federal do Brasil trata a matéria da saúde, consagrando-o o antedito direito no rol de garantias fundamentais sociais, e detalhadamente nos arts. 196 a 200, onde além desta menção, a vigente Carta Magna criou o Sistema Único de Saúde – SUS, que posteriormente foi regulamentado pelas leis 8.080/1990 – é a Lei Orgânica da Saúde e a 8.142/90 – trata da participação popular na gestão do SUS e transferências de recursos financeiros.

É de conhecimento de todos, que o Sistema Único de Saúde (SUS) é um dos maiores sistemas públicos de saúde do mundo, e ele abrange desde o simples atendimento ambulatorial até o transplante de órgãos, garantindo acesso integral, universal e gratuito para toda a população do país. Mas também é de ciência popular que diante da extensa dimensão territorial do Brasil somada com a vasta corrupção existente, este sistema sofre com falta de investimentos, que conseqüentemente reflete negativamente aos seus usuários, com isso, o que ocorre é um efeito reverso negativo para o Estado, pois o que ocorrendo é que, indivíduos que não são contemplados com o devido atendimento pelo sistema, e percebem a iminência do risco a sua saúde, acabam judicializando seu pleito, que por vezes, diante da urgência do caso concreto, o magistrado acata o pedido e profere a liminar obrigando o ente estatal a cumprir a ordem.

A judicialização no Brasil foi recepcionada pelo povo como o meio de lograr em êxito os pleitos expostos nas demandas judiciais e está atingindo número gigantescos que comprometem as livres ações das políticas públicas elaboradas pelo Poder Executivo.

2. Reserva do Possível

A teoria da reserva do possível surge no Direito alemão como uma forma de limitar a atuação do Estado na devida prestação dos direitos sociais e fundamentais, onde no caso de uma ação impetrada por alunos que pleiteavam o direito de ingresso em Universidade Pública, no curso de medicina, obtiveram a negatória do acesso ilimitado, onde este direito fora mitigado em decisão do Tribunal Constitucional Federal, que utilizou no julgamento a afirmação, de que, tais direitos seriam efetivados dentro da reserva do possível, ou seja, as vagas disponibilizadas seriam equivalentes a capacidade financeira do Estado em arcar com os custos decorrentes desse exercício afastando o direito constitucional de interesse privado e prezando pelo direito da maioria. Ainda é válido destacar que a corte ao proferir sua decisão, não se manifestou meramente sobre os gastos que poderiam estes alunos provocar, mas sim, chamar a atenção acerca da ofensa à proteção da razoabilidade, pois se tratava de garantia do interesse coletivo da sua sociedade (STIBORSKI, 2015, p. 01).

Destaca-se que este princípio vem sendo aplicado em nosso ordenamento jurídico brasileiro, mas não sob o viés aplicado no direito alemão, que corresponde em sua essência a um tratamento de razoabilidade entre o interesse privado e o interesse público, pois no Brasil, sua abordagem é literalmente diversa, obedecendo a perspectiva de se escusar na prestação dos direitos fundamentais individuais e sociais, indicando que a sua capacidade financeira é o cerne que impossibilita a disponibilização do direito ao indivíduo. Sendo assim, esta omissão estatal acompanhada da constante alegação de déficit financeiro, vem caindo em desuso e não é bem recepcionada pelo Poder judiciário, compartilha desta afirmação o Ministro Luiz Fux (2007):

[...] A escassez de recursos públicos, em oposição à gama de responsabilidades estatais a serem atendidas, tem servido de justificativa à ausência de concretização do dever normativo, fomentando a edificação do conceito da ‘reserva do possível’. Porém, tal escudo não imuniza o administrador de adimplir promessas que tais, vinculadas aos direitos fundamentais prestacionais, quanto mais considerando a notória destinação de preciosos recursos públicos para áreas que, embora também inseridas na zona de ação pública, são menos prioritárias e de relevância muito inferior aos valores básicos da sociedade, representados pelos direitos fundamentais. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da ‘reserva do possível’ – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. (STJ, REsp 811608/RS, DJ 04/06/2007 p. 314).

Este entendimento ainda é compartilhado pelos demais ministros da Suprema Corte, mas é válido destacar ainda a manifestação do Ministro Luiz Fux (2013):

Se estivesse aqui nessa tribuna o Prof. Barbosa Moreira, ele diria que a **reserva do possível passou a ser o Bombril do sistema constitucional quando o Estado**

recalcitra dos seus deveres, porque tem mil e uma utilidades: para tudo se usa a reserva do possível. Destaquei aqui, enquanto V. Excelência lia o seu voto, que o resultado desse processo é merecedor de aclamação e ele é digno, exatamente, de uma Corte Suprema. [Grifo nosso]

Por fim, é perceptível que a incorporação do Princípio da Reserva do possível em nosso ordenamento jurídico foi desvirtuada, onde apenas vislumbra o argumento do déficit financeiro, deixando o gestor público de analisar as garantias sociais dos indivíduos hipossuficientes financeiramente positivadas em leis infraconstitucionais e até mesmo violando os direitos e princípios da Constituição Federal, atestando a ineficiência tão repudiada do governo em todas as suas esferas.

3. Dever Estatal

A Constituição brasileira, consagra expressamente um rol de direitos sociais na qualidade de direitos fundamentais do homem tipificados no art. 6º da CF/88, caracterizando o interesse de alcançar melhorias na condição de vida dos cidadãos, uma igualdade social, contemplando o importantíssimo Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Mas, decorrido vinte e nove anos de vigência da Carta Magna, o poder estatal não segue à risca os objetivos traçados pelo texto constitucional, e aquele (o Estado) responsável em assegurar a todo o seu povo os direitos e garantias pactuados, é o maior violador destes direitos, prejudicando gravemente a população dependente do apoio estatal, com isso, diante do seríssimo caos político-financeiro presenciado pela população brasileira, o meio de salvação, tem nome e lugar, o Poder Judiciário.

A atuação do judiciário nas demandas provocadas carregada do pleito de acesso à saúde, é respaldado na normativa pátria, iniciando pelo texto constitucional, onde conforme já explicitado na introdução, consiste nos arts. 6º e 196 a 200, da CFRB/88.

E, em seu art. 198, § 1º determina, que “O Sistema Único de Saúde será financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes”.

Por esta razão, a responsabilidade na prestação do direito à saúde é de caráter solidário do Poder Executivo, onde decorre da clara Carta Magna, que coloca o Sistema Único de Saúde como um gigante sistema a ser administrado com os respectivos recursos de cada um dos entes da Federação: União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

E além do texto constitucional, o judiciário já tem por definido os destinatários do dever na prestação do respectivo direito, bem como encontra-se a questão do direito à saúde pacificada tanto no Tribunal de Justiça de Pernambuco, quanto no Superior Tribunal de Justiça,

consoante se infere dos julgados seguintes:

[...] Nesse sentido, não me afigura legítima a conduta estatal de "fechar os olhos" para os problemas de saúde que acometem os cidadãos, mormente àqueles que são privados de recursos financeiros para custear tratamento/medicamento indispensável à preservação de sua saúde e, conseqüentemente, de sua vida, de sorte que, em havendo omissão do Poder Público para custear o tratamento/medicamento de que o cidadão necessita, o Poder Judiciário tem o poder-dever de agir, quando provocado, para compelir o Estado a assegurar o direito à saúde do cidadão desamparado.

É irrelevante o fato de que o medicamento postulado pela apelado não esteja presente nas listas de medicamentos fornecidos pelo Sistema Único de Saúde - SUS. O Enunciado 18 da Súmula do E. Tribunal de Justiça de Pernambuco está assim assentado: "Súmula 018. É dever do Estado-membro fornecer ao cidadão carente, sem ônus para este, medicamento essencial ao tratamento de moléstia grave, ainda que não previsto em lista oficial."(1ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO APELAÇÃO Nº 0006211-05.2012.8.17.0480 (0298494-5) APELANTE: ESTADO DE PERNAMBUCO PROCURADOR: DANILO FRANÇA FALCÃO PEDROSA APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE PERNAMBUCO RELATOR: DESEMBARGADOR JORGE AMÉRICO PEREIRA DE LIRA DECISÃO)

Aqui é válido destacar a Súmula nº 18, enfatizando que compete ao Estado de Pernambuco fornecer medicamento para tratamento de doença grave, mesmo que não esteja contemplado na lista de medicamentos concedido pelo Estado de Pernambuco, ressaltando que, o direito a medicamento é uma espécie de acesso a saúde, bom como explicitado na introdução desta obra.

E partindo para a compreensão do Superior Tribunal de Justiça, é compreendido que:

I) A CF/1988 erige a saúde como um direito de todos e dever do Estado (art. 196). Daí, a seguinte conclusão: é obrigação do Estado, no sentido genérico (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), assegurar às pessoas desprovidas de recursos financeiros o acesso à medicação necessária para a cura de suas mazelas, em especial as mais graves. Sendo o SUS composto pela União, Estados e Municípios, impõe-se a solidariedade dos três entes federativos no pólo passivo da demanda (STJ, AgRg no Ag 858899/RS. Relator Min. José Delgado, j. 26/06/2007).

II) ADMINISTRATIVO – MOLÉSTIA GRAVE – FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTO – DIREITO À VIDA E À SAÚDE – DEVER DO ESTADO – MATÉRIA FÁTICA DEPENDENTE DE PROVA. 1. Esta Corte tem reconhecido aos portadores de moléstias graves, sem disponibilidade financeira para custear o seu tratamento, o direito de receber gratuitamente do Estado os medicamentos de comprovada necessidade. Precedentes. 2. O direito à percepção de tais medicamentos decorre de garantias previstas na Constituição Federal, que vela pelo direito à vida (art. 5º, caput) e à saúde (art. 6º), competindo à União, Estados, Distrito Federal e Municípios o seu cuidado (art. 23, II), bem como a organização da seguridade social, garantindo a “universalidade da cobertura e do atendimento” (art. 194, parágrafo único, [...]) 6. Recurso ordinário improvido. (STJ, RMS n. 28338/MG, rel. Min. Eliana Calmon, j. em 02.06.2009, DJ 17.06.2009).

Tendo superado o entendimento sobre o dever estatal na prestação ao direito à saúde, chegamos a legislação específica, finalmente, a Lei nº 8.080/90, onde é exposto em seu art. 2º a seguinte redação: “A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover

as condições indispensáveis ao seu pleno exercício”, estando a vigente lei consoante aos princípios da Constituição Federal, atestando que o Estado na composição de todos os seus entes federativos, é o responsável em promover o livre acesso à saúde.

4. Limites e ilimites da intervenção judicial

Este tópico tem por objetivo evidenciar a problemática exposta por esta pesquisa, bem como alcançar a compreensão em qual estado se encontra a intervenção judiciária, no que tange a perspectiva limitativa ou esta ação seria ilimitada a fim de sanar as pretensões individuais.

Antes de explicitar a afirmação trazida no parágrafo anterior, é importante ressaltar que o Estado diante da judicialização da saúde, além de invocar o Princípio da Reserva do Possível, debate que esta intervenção judicial no acesso ao direito à saúde, estaria infringindo o Princípio da Separação de Poderes.

Este princípio é oriundo da formulação tripartite de Montesquieu, conhecida como a garantida do sistema de freios e contrapesos, adotada na doutrina norte americana, também recepcionada pela nossa Constituição, e que tem como objetivo evitar a sobreposição de um poder em outro, e esta harmonia é essencial para um bom funcionamento da máquina estatal, onde um poder fiscaliza o outro e cada um possui suas funções típicas e atípicas definidas a fim de respeitar a atuação de cada. Corrobora deste entendimento Souza (2014):

O Princípio da separação ou divisão dos poderes ou funções foi sempre um Princípio fundamental do ordenamento constitucional brasileiro, princípio este que foi mantido na Constituição federal de 1988 ao adotar a formulação tripartite de Montesquieu, conforme o texto do art. 2º da atual Constituição. [...] Nessa concepção tripartite, todos os poderes previstos no artigo acima têm suas competências ou funções minuciosamente previstas no texto constitucional, de modo que a regra é a harmonia entre os poderes, como prevê o texto maior.

Diante desta visão, se faz necessário destacar estas funções para compreender o que de fato seria uma conduta violadora na atuação de outro poder, iniciando, o Poder Executivo, como regra, cabe a função administrativa e a função de governo, o Poder Executivo ainda deve promover efetivas políticas públicas e se atentar o seu papel de Chefe de Estado, mantendo relações com Estados estrangeiros e representando a nação. Já o Poder Legislativo cabe a função de elaboração de leis, e o Poder Judiciário cabe a solução de conflitos aplicando a lei aos casos concretos (SOUZA, 2014, p. 02).

O constitucionalista José Afonso da Silva (2009, p. 110), trata deste Princípio magistralmente da seguinte forma:

[...] princípio não configura mais aquela rigidez de outrora. A ampliação das atividades do Estado contemporâneo impôs nova visão da teoria da separação de poderes e novas formas de relacionamento entre os órgãos legislativo e executivo e destes com o judiciário, tanto que atualmente se prefere falar em 'colaboração de poderes' [...]. A 'harmonia entre os poderes' verifica-se primeiramente pelas normas de cortesia no trato recíproco e no respeito às prerrogativas e faculdades a que mutuamente todos têm direito. De outro lado, cabe assinalar que nem a divisão de funções entre os órgãos do poder nem sua independência são absolutas. Há interferências, que visam ao estabelecimento de um sistema de freios e contrapesos, à busca do equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o desmando de um em detrimento do outro e especialmente dos governados.

Deste modo, é inegável que o direito de acesso ao Poder Judiciário é amplo e válido para todos, bem como o direito à saúde, ambos consagrados no rol de direitos fundamentais, respectivamente, o primeiro sendo individual, e o segundo social, logo mitigar o acesso a estes direitos seria uma conduta extremamente gravosa e de difícil reparação. Com isso, não é vislumbrado o entendimento que o judiciário deveria se escusar da obrigação de receber a demanda judicial e de manifestar sobre essa, seguindo as normativas sobre a matéria.

Mas, seria uma intervenção, o judiciário deferir o pleito exposto pelo cidadão para acessar à saúde, e obrigar o executivo a cumprir um dever seu expresso em lei? É compreendido que diante destes casos, não há de que se falar em limitar a intervenção, pois não há intervenção alguma, o que ocorre é a omissão estatal, por parte do Poder Executivo no seu estrito dever em prestar o acesso a saúde. Compartilha desta afirmação a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

[...] DIREITO À SAÚDE. ESCASSEZ DE RECURSOS. DECISÃO POLÍTICA. RESERVA DO POSSÍVEL. MÍNIMO EXISTENCIAL. [...] O absurdo e a aberração orçamentários, por ultrapassarem e vilipendiarem os limites do razoável, as fronteiras do bom-senso e até políticas públicas legisladas, são plenamente sindicáveis pelo Judiciário, não compondo, em absoluto, a esfera da discricionariedade do Administrador, nem indicando rompimento do princípio da separação dos Poderes. 6. 'A realização dos Direitos Fundamentais não é opção do governante, não é resultado de um juízo discricionário nem pode ser encarada como tema que depende unicamente da vontade política. Aqueles direitos que estão intimamente ligados à dignidade humana não podem ser limitados em razão da escassez quando esta é fruto das escolhas do administrador'. (REsp. nº 1.185.474/SC, rel. Ministro Humberto Martins, DJe de 29/04/2010).

Encerrando, é perceptível que a decisão judicial que obriga o ente estatal ao cumprimento da ordem, a fim de conceder ao indivíduo o acesso ao recurso que beneficiará a saúde, não se caracteriza como uma intervenção de um poder em outro. Pois conforme mencionado, o judiciário apenas atesta o dever de o Poder executivo prestar uma obrigação a favor do necessitado. Com isso, tratar que constitui uma ilimitação também é um equívoco, pois conforme já explicitado, esta ação não se configura como uma intervenção do poder judiciário.

Conclusão

O presente estudo não teve por objetivo esgotar a matéria, tendo em vista ser uma gama de conteúdo incapaz de ser exposta em um estudo científico, mas o traço delineado na pesquisa, atesta que a judicialização da saúde é uma consequência da falta de estrutura, investimento e a má prestação deste direito constitucional, com isso, a provocação judiciária acaba sendo um meio para lograr no objetivo fim, de acesso ao recurso garantidor da saúde. Mas por outro lado, é perceptível que em um sistema de freios e contrapesos, a harmonia entre estes é mais do que necessária para um bom funcionamento da máquina estatal, sendo assim, um diálogo entre o judiciário e o executivo é um dos meios passíveis de proporcionar melhoras de interesse coletivo a esta garantia tão importante. E uma forma concreta de ofertar resultados seria, uma sugestão criada pelo Desembargador do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Renato Dresch, que versa sobre a criação de Núcleos de Apoios Técnicos (NATs), a fim de criar o diálogo entre os juízes e os gestores de saúde, pois, pelo fato do magistrado não ter ciência de quais são as dificuldades existentes que impedem a devida prestação, esta interação seria um meio de diminuir o gasto da judicialização e dar credibilidade e racionalidade do sistema.

Por fim, conclui-se que há diversos modos de reduzir os gastos dos entes federativos, um deles já foi mencionado no parágrafo anterior, mas o que é válido destacar é que, para a máquina estatal funcionar conforme a normativa positivada na Constituição Federal, a preocupação não deve estar meramente na política, mas sim nos servidores públicos, em sentido lato senso, se atentarem que em um Estado Democrático de Direito como o nosso, o detentor, destinatário, merecedor, é o povo, onde deve-se enaltecer o interesse coletivo e ofuscar o interesse individual que é visualizado por parte dos gestores públicos e também de alguns servidores públicos, destaca-se, este tratamento a estes indivíduos que compõem a máquina pública não é absoluto, pois é sabido que há muitos servidores preparados e que desenvolvem fielmente suas atividades, contribuindo para um Estado melhor, mas há também outra parcela de servidores que afundam este país, e o mais prejudicado é quem paga a conta deste país, o povo.

Referências

BARROSO, Luís Roberto. **Ano do STF: Judicialização, ativismo e legitimidade democrática**. 2008. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica>. Acesso em: 30 out. 2017.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição, de 05 de outubro de 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 23 out. 2017.

BRASIL. Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. **Lei Orgânica da Saúde**. Brasília, DF, 20 set. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm>. Acesso em: 30 out. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental nº 858899. Relator: Ministro José Delgado. Brasília, DF, 26 de junho de 2007. **Diário Oficial da União**. Brasília, 30 ago. 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.185.474. Relator: Ministro Humberto Martins. Brasília, DF, 29 de abril de 2010. **Diário Oficial da União**. Brasília.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 811608. Fundação Nacional do Índio. Ministério Público Federal. Relator: Luiz Fux. Brasília, DF, 15 de maio de 2007. **Diário Oficial da União**. Brasília, 04 jun. 2007. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8930399/recurso-especial-resp-811608-rs-2006-0012352-8-stj/relatorio-e-voto-14096021?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 30 out. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 0264294-1. Rodrigo Prado Soares. Estado de Minas Gerais. Relator: Ministra Eliana Calmon. Brasília, DF, 02 de junho de 2009. **Diário Oficial da União**. Brasília, 17 jun. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 440.028. Ministério Público do Estado de São Paulo. Estado de São Paulo. Relator: Marco Aurélio. Brasília, DF, 29 de outubro de 2013. **Diário Oficial da União**. Brasília, 25 nov. 2013.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição da República Portuguesa anotada**. Coimbra: Coimbra Editora, 1984.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito da seguridade social**. 29ª ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MICHEL, Maria Helena. **Metodologia e pesquisa científica em ciências sociais: um guia prático para acompanhamento da disciplina e elaboração de trabalhos monográficos**. 3.ed. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2015.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada**. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.

PENIDO, Alexandre. **Judicialização: "ações judiciais impactam em até R\$ 7 bilhões no SUS"**. 2016. Disponível em: <<http://portalsaude.saude.gov.br/index.php/cidadao/principal/agencia-saude/25275-ministro-da-saude-fala-sobre-impacto-de-acoes-judiciais-no-sus>>. Acesso em: 30 out. 2017.

PERNAMBUCO, Tribunal de Justiça de Pernambuco. Recurso de Apelação nº 0298494-5. Estado de Pernambuco. Ministério Público de Pernambuco. Relator: Jorge Américo Pereira de Lima. Recife, PE, 2012. **Diário Oficial do Estado de Pernambuco**. Recife, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde**: algumas aproximações. 2008. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo_mariana.html>. Acesso em: 30 out. 2017.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 30ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

SILVA, Liliane Coelho da. **Judicialização da saúde**: em busca de uma contenção saudável. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVI, n. 112, maio 2013. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13182&revista_caderno=9>. Acesso em out 2017.

SOUZA, José Alves de. **O Princípio da separação de poderes/funções na Constituição de 1.988**. Conteúdo Jurídico, Brasília - DF: 22 abr. 2014. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.47764&seo=1>>. Acesso em: 30 out. 2017.

STIBORSKI, Bruno Prange. **Reserva do possível**: origem, conceito e ordens. 2015. Disponível em: <<https://bstiborski.jusbrasil.com.br/artigos/197458820/reserva-do-possivel-origem-conceito-e-ordens>>. Acesso em: 30 out. 2017.

VASCONCELLOS, V. E VALSINER, J. **Perspectiva Co-Constructivista na Psicologia da Educação**. POA: Artes Médicas, 1995.

A OBRIGAÇÃO DO ESTADO EM GARANTIR O ACESSO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA A CARGOS E EMPREGOS PÚBLICOS NO MUNICÍPIO DE CARUARU

Cosma da Silva Vilanova¹

Resumo

Durante várias fases da história, pessoas com diferentes tipos de deficiência têm se deparado com obstáculos, tendo em vista, que suas limitações afetam a prática de alguns atos da vida civil, deparando-se com inúmeras dificuldades para ter uma vida digna ou mesmo executar direitos da personalidade. A limitação da autonomia da pessoa com deficiência, era demonstrar a ideia de proteção, sobre alegações de que estes, se encontram em uma posição de desvantagem equiparada com as pessoas "normais", verifica-se que esta proteção passava a causar obstáculos, pois retirava possibilidades das pessoas com deficiência agirem de forma autônoma. Dentre as diversas dificuldades enfrentadas pelos portadores de deficiência é possível encontrar barreiras no que diz respeito a garantia desses direitos. E se essa política pública tem sido um fator fundamental para a efetivação da garantia do estado de forma abstrata mediante a lei. O tema no âmbito acessibilidade acalora na sociedade a constatação de que a Constituição também confere direitos e garantias às pessoas com deficiência. O estado garante através da lei, contudo não garante a efetividade do cumprimento da mesma. Uma vez que alguns órgãos públicos não são adaptados para efetivação do trabalho. Já não se espera um comportamento passivo das pessoas com deficiência, cujo isolamento as tornava esquecidas até um passado recente. O presente estudo visa analisar a garantia do acesso da pessoa com deficiência a empregos e cargos públicos no município de Caruaru, ou seja, assegurar direitos, oportunidade e acessibilidade. Indutivo, partindo da análise de textos acadêmicos sobre o assunto. A expectativa de verificar inclusão através dos meios de acessibilidade para o bem-estar social dessas pessoas para que lhes permitam atuar numa sociedade mais igualitária. Em conclusão é possível observar que na realidade essa garantia não é concreta, visto que o estado garante através da lei, da doutrina, da jurisprudência, porém ainda há a necessidade da eficácia plena dessa norma.

Palavras-Chave: Deficiência- Inclusão – Autonomia- Garantia.

Introdução

Convencionou-se o uso da expressão “pessoa com deficiência” de uma forma ampla. O estatuto da pessoa com deficiência define a pessoa 'que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial', portanto, essa é uma noção que gera espaço para discussões doutrinaria a respeito do que se enquadraria como uma pessoa deficiente e o que seria alguém impossibilitado de realizar atividades de cunho profissional. Pois, há deveras uma inserção no mercado de trabalho, incluindo o viés público, entretanto, não um treinamento,

¹ Estudante do Sétimo período de Direito da ASCES-UNITA.

estudo ou preparo para que o mercado absorva essas pessoas e se adapte às suas necessidades reais, não só a de ter uma função social mas também de poder realizá-la com eficácia.

Este presente estudo aborda o tema de maneira relevante onde se discutiu como se deu a evolução desde a Idade Média que sempre foi pautada em desafios e grandes lutas em busca da sobrevivência e garantia de espaço na sociedade, visto que essa minoria era marginalizada e menosprezada pela cultura social. Pois a deficiência sempre foi associada a algo negativo, sentimento de menos valia ou uma tragédia pessoal.

Entretanto com o surgimento da lei 13.146/2015 considerado com um dos mais importantes instrumentos de emancipação civil e social das pessoas com deficiência essa minoria vem ganhando espaço na sociedade, dispondo de um dos princípios basilares o da dignidade da pessoa humana e portanto almeja assegurar a autonomia, igualdade e universalidade.

Em sequência, há discussões acerca das políticas públicas, que tem avançado por meio de novos métodos de inclusão que buscam ressaltar a importância do presente estudo através de projetos de lei, debates, palestras. Vale ressaltar que além das ações governamentais, é possível contar com a contribuição da sociedade no âmbito civil, onde a mesma tem colaborado para que a exclusão dos deficientes seja combatida. Ultimamente é possível contar com a colaboração de diversas ONGs (Organizações não Governamentais) e associações, que tem disponibilizado programas de assistência social e de saúde, reabilitação e capacitação, e sendo assim contribui para a inclusão social e profissional de pessoas com deficiência e mobilidade reduzida.

Por fim, para que haja transformações eficazes é necessário que o tema esteja pautado em debates contínuos e que essas políticas públicas sejam fiscalizadas e cobradas, garantindo desta forma a aplicabilidade da norma.

1. Conceito de Deficiência

É de extrema relevância definir o conceito tendo em vista ser o atributo que desencadeia a compreensão do presente estudo para a aplicação do Estatuto da Pessoa com Deficiência. Quando se trata do termo deficiência em si, seu conceito se dar de maneira clara e objetiva, não excluindo a possibilidade que existe de ser aperfeiçoado em consequência do decorrer do tempo, o artigo 2º da lei 13.146/15 define quem poderá ser considerado como pessoa com deficiência da seguinte maneira:

Art.2º. 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 (Art. 2 da lei 13.146/15).

A ICDH (Classificação Internacional de deficiência, imparidade e desvantagens – *International Classification of impairment, disabilities and handicaps*) classificou e definiu as deficiências, indicando uma conceituação que pode ser posto em vários aspectos na área da Saúde. Conforme dispõe:

A classificação estabelece, com objetividade, abrangência e hierarquia de intensidades, uma escala de deficiências com níveis de dependência, limitação e seus respectivos códigos, propondo que sejam utilizados com a CID pelos serviços de medicina, reabilitação e segurança social. Deficiência: perda ou anormalidade de estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica, temporária ou permanente. Incluem-se nessas a ocorrência de uma anomalia, defeito ou perda de um membro, órgão, tecido ou qualquer outra estrutura do corpo, inclusive das funções mentais. Representa a exteriorização de um estado patológico, refletindo um distúrbio orgânico, uma perturbação no órgão. Incapacidade: restrição, resultante de uma deficiência, da habilidade para desempenhar uma atividade considerada normal para o ser humano. Surge como consequência direta ou é resposta do indivíduo a uma deficiência psicológica, física, sensorial ou outra. Representa a objetivação da deficiência e reflete os distúrbios da própria pessoa, nas atividades e comportamentos essenciais à vida diária. Desvantagem: prejuízo para o indivíduo, resultante de uma deficiência ou uma incapacidade, que limita ou impede o desempenho de papéis de acordo com a idade, sexo, fatores sociais e culturais Caracteriza-se por uma discordância entre a capacidade individual de realização e as expectativas do indivíduo ou do seu grupo social. Representa a socialização da deficiência e relaciona-se às dificuldades nas habilidades de sobrevivência. (BRASILIENSE, 1985, p. 4)

Segundo dispõe a ICDH, deficiência é a perda da normalidade, uma alteração determinada nos órgãos, sendo capaz de ser psicológica ou física. No entanto, esse conceito tornou-se alvo de diversas críticas, assim sendo os conceitos não contemplavam os fatores ambientais. No presente momento, de acordo com o dicionário Houaiss, o termo significa “insuficiência ou ausência de funcionamento de um órgão. 2. psiq. Insuficiência de uma função psíquica ou intelectual. 3. p. ext. perda de quantidade ou qualidade; falta, carência. 4. p.ext. perda de valor; falha. (BRASILIENSE, 1985, p. 4)

A explanação do dicionário jurídico ao conceituar deficiência traz a seguinte interpretação: O art. 227, § 1º, II, da CF, prevê a criação de programas de prevenção e atendimento especializado para as pessoas portadoras de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente e do jovem portador de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de obstáculos arquitetônicos e de todas as formas de discriminação (inciso II com a redação dada pela EC nº 65/2010). Físico: A Constituição Federal garante um salário mínimo mensal ao portador de deficiência que comprove não poder prover a própria manutenção ou tê-

la provida pela família. Esse dispositivo é disciplinado pela Lei nº 7.853/1989, regulamentada pelo Dec. nº 3.298/1999. Visual: Lei 11.125/2005, que dispõe sobre o direito do portador de deficiência visual de ingressar e permanecer em ambientes de uso coletivo acompanhado de seu cão-guia. V.Cego.

Por fim, o artigo 3º dispõe uma sequência de definições que para aplicação da lei, contendo no inciso IX que relata que pessoas com mobilidade reduzida: aquela que tenha, por qualquer motivo, dificuldade de movimentação, permanente ou temporária, gerando redução efetiva da mobilidade, da flexibilidade, da coordenação motora ou da percepção, incluindo idoso, gestante, lactante, pessoas com criança de colo e obeso.

Segundo a Organização das Nações Unidas (ONU) verificou que cerca de 10% da população mundial (aproximadamente 650 milhões de pessoas) tem uma deficiência.

É Perceptível que os números são considerados transcendentais e crescentes, concernindo, portanto, ao Estado proteger os direitos dessa classe. Editada em 1975 pela ONU a Declaração dos Direitos das Pessoas Portadoras de Deficiência, alega em seu art. 3º, que as pessoas portadoras de deficiência assistem o direito inerente a todo e qualquer ser humano, de ser respeitadas, sejam quais forem seus antecedentes, natureza e severidade de sua deficiência. Elas têm os mesmos direitos que os outros indivíduos da mesma idade, fato que implica desfrutar de vida decente, tão normal quanto possível.

A deficiência é mais uma das inúmeras peculiaridades do ser humano, restam evidências que as pessoas com deficiência antes de mais nada, são pessoas que merecem o nosso respeito, cada uma com sua peculiaridade, e que lutam por seus direitos e sendo assim merecem ser incluídas na sociedade como garantia e aplicabilidade de um direito fundamental e as diferenças existem para que sejam respeitadas, pois todos merecem ter as mesmas oportunidades, dando a possibilidade de pessoas com deficiências de utilizar os espaços com a mesma autonomia e independência que aquelas pessoas que não possuem deficiência o fazem. Nesta mesma linha de interpretação entende Adraci Lucas Veltroni Atique e Alexandre Lucas Veltroni:

Precisamos frisar, também, que deficiência não é uma doença. É, sim, uma insuficiência, uma falha, um defeito que estabelece limitações à pessoa que a possui sem, todavia, torná-la incapaz para o desempenho de variadas atividades laborativas ou lúdicas e de lazer, mas apenas exigindo-lhes o exercício de certas atividades mais adequadas às suas condições pessoais por ser portadora de deficiência. A insuficiência traz ao seu portador alguma deficiência, por certo, visto impor-lhe determinadas limitações ou alguma redução em sua capacidade produtiva, mas não o torna incapaz absoluto; ao contrário, podemos citar como exemplo o paraplégico, que tem impossibilidade ou dificuldade tão-somente quanto a sua locomoção com as próprias pernas, mas que continua com todas as suas outras funções inalteradas. Pode e deve ser um indivíduo produtivo, apesar de não ter plena capacidade para caminhar por si só, fazendo-

o de forma apropriada ou com aparelhos, e com a agilidade que lhe é peculiar, não como a pessoa sem aquela insuficiência, mas não podendo, só por essa razão, ser simplesmente excluído da sociedade. (ATIQUÉ e VELTRONI, 2007, p. 60)

É evidente que se encontra uma limitação, porém não se pode infligir limitações a essas pessoas como resultado da capacidade de todos. Consta que é de extrema relevância a maneira na qual a sociedade lida com esse grupo, de maneira que seja evitado o preconceito e que o princípio da isonomia material seja aplicado, qual seja, o de tratar os diferentes de forma desigual, para assegurar-lhes uma igualdade em relação às demais, por meio das ações afirmativas, que tem por finalidade neste estudo.

1.2 Nomenclatura

O surgimento de tantas nomenclaturas sobre a pessoa com deficiência é explicado por Miriam Piber Campos (2006), que em resumo assinalou:

São muitas as terminologias e os conceitos que passaram a circular no mundo em virtude daquele conjunto de opções que visam ao fim e ao cabo, incluir aquelas pessoas tidas como excluídas da sociedade. Tais terminologias e conceitos foram e são criados, provavelmente, com a intenção de amenizar as denominações negativas que quase invariavelmente se apresentam ao falarmos ou pensarmos em uma pessoa com deficiência. (...) De modo geral, pode-se dizer que todas elas [família, escola, saúde etc.] pretendem, mediante a proposição de novos termos e conceitos, apresentar aqueles que poderiam ser, muito provavelmente, menos excludentes (carregados de preconceitos em relação às diferenças daquelas pessoas com algum tipo de deficiência). (CAMPOS, 2006, p. 6)

Embora com a tentativa de dissimular a deficiência, o eufemismo acaba não atingindo seu objetivo de descrever a especificidade da condição que a pessoa tem. Em outras palavras, o eufemismo não alcança o propósito dos nomes, ou seja, caracterizar um grupo de pessoas para diferenciá-lo de outros grupos. Expressões como “pessoa portadora de necessidade especial”; “pessoa especial”; “pessoa incapaz” as quais carregam grande peso de exclusão social e humilhação. Diante disso os diversos grupos discriminados visam uma forma “politicamente correta” que os liberte de estigmas históricos, como por exemplo, “defeituoso”; ‘incapacitado’.

Com a estigmatização dos portadores de deficiência é notório a ignorância e incapacidade da sociedade em lidar com o problema de promover as condições para a inclusão social dos mesmos. Numa sociedade em que se perpetua o individualismo produtivista, a valorização está ligada a capacidade de, se inserir no sistema produtivo. Além de ser uma forma de preservar o preconceito e diminuir as formas de inclusão social. “O estigma é uma marca que informa sobre a identidade e já que é através da visão que ele se torna evidente, as pessoas

com deficiência podem empreender esforços para ocultar sua diferença, manipulando o estigma por meio de estratégias de controle da informação social, no caso sinais corporificados, no intuito de se passar por “normal” (GOFFMAN,1988). Todo ser humano é dotado do princípio da dignidade humana.

A convenção adota uma terminologia mais adequada para o tema: pessoa com deficiência. Nossas Constituições já lhe deram o tratamento de “deficiente” e, no documento de 1988, “pessoa portadora de deficiência”, como já visto. Inegável que a Constituição atual já avançou e trouxe a expressão mais adequada e apropriada para o seu tempo. No entanto, a palavra “portadora” se referia a alguém que carregava alguma coisa consigo alguma coisa, como se a deficiência não fosse algo da pessoa, mas algo que está com a pessoa. (ARAUJO,2012, p. 55).

Desde 2008, o sistema Brasileiro adotou essa nova expressão, quando ratificou a Convenção sobre os Direitos da pessoa com Deficiência, e resultou assim uma nova interpretação na atualidade e na expressão utilizada na Constituição. Com essa nova interpretação é possível entender que a deficiência passa a ser parte da pessoa e não algo que estava sobre sua posse.

2. Evolução Histórica e Proteção Legal

Por se trata da “maior minoria do mundo” o grupo de pessoas com deficiência ganha destaque, diante das demais minorias, por consequência de ter um grande número de indivíduos que possuem algum tipo de deficiência no mundo. A expressão “minorias” é usada de forma genérica para fazer referência a grupos sociais específicos que são entendidos como integrantes de uma menor parte da população, sendo diferenciados por suas características étnicas, religiosas e cor de pele, país de origem, situação econômica, entre outros. As minorias estão geralmente associadas a condições sociais mais frágeis. Durante o período da Idade Média, o principal instituto social era a Igreja Católica, para muitas outras religiões tidas como pagãs pelo catolicismo, o nascimento de indivíduos com limitação funcional, devido a uma visão herdada da Antiguidade, era encarado como castigo dos Deuses.

Na Idade Média a definição de deficiência tinha caráter religioso, onde a pessoa com limitação funcional não seria importante e vista como desnecessária, com o argumento de que era resultado dos pecados cometidos pelos pais, ou que era obra do diabo. Esse pensamento partia da ideia de que como as pessoas com deficiência não tinham nada a contribuir, a sociedade poderia prescindir de tais pessoas, através de práticas eugênicas como infanticídio ou isolamento social, dirigindo-os a espaços destinados aos marginalizados, contribuindo para o processo de exclusão total da pessoa. (FERRAZ, et al. p.5).

Desde o início da história, a deficiência tem sido pautada em desafios e grandes lutas em busca da sobrevivência e garantia de espaço na sociedade, visto que essa minoria era marginalizada e menosprezada pela cultura imposta a sociedade. As crianças que nasciam com

algum tipo de deficiência eram atiradas em abismos, pois na concepção daquela sociedade esses indivíduos não tinham nada a contribuir, visto que elas não poderiam lutar ou até mesmo defender sua cidade. A deficiência sempre foi associada a algo negativo, sentimento de menos valia, uma tragédia pessoal. Contudo, a pessoa com deficiência seria incapaz de levar uma vida independente, devido as suas limitações físicas, sensoriais, mentais ou intelectuais, o que levaria a depender permanentemente de sua família e do Estado. (FONSECA, 2012, p.22).

Segundo Gugel (2009):

Nesse período, a igreja se constituiu como um grande aliado dos deficientes, pois os acolhiu. O autor continua dizendo que com o surgimento do cristianismo no Império Romano: [...] tem-se como doutrina a caridade e o amor para com os indivíduos. Dessa maneira, a Igreja combateu, dentre outras práticas, a eliminação dos filhos nascidos com deficiência. E foi a partir do século IV que surgiram os primeiros hospitais de caridade que abrigavam indigentes e indivíduos com deficiências (GUGEL, 2009, p. 40).

Contudo, isso foi só uma mera mudança diante de toda opressão vivida na idade Média com relação ao destino social desses indivíduos. A igreja mudou seu comportamento com o passar do tempo.

Para Mazzotta (2005, p.16), [...] a própria religião, ao colocar o homem como imagem e semelhança de Deus, portanto, ser perfeito, acrescia a ideia da condição humana, incluindo-se aí a perfeição física e mental.

Essas práticas só sofreram mudança com a idade Moderna, pois advieram novos ideais e mudanças advindas do humanismo. Onde essa minoria se posicionou em busca de que a situação na qual viviam sofresse mudança.

No entanto a situação na qual os hospitais e clínicas se encontravam era de grave precariedade. Somente no século XX começaram a ocorrer avanços concretos para com o cuidado com as pessoas com deficiência. “[...] o contrato direto com elevados contingentes de indivíduos com sequelas de guerra exigiu uma gama variada de medidas. Com o desenvolvimento de especialidades e programas de reabilitação específicos aumentou a atenção às crianças com deficiência.

2.1 Proteção Legal

A primeira proteção legal surgiu no Texto constitucional em 1969. Contudo segundo (Oliveira, 2016, p.28) apareceu de forma pejorativa, pois considerou os “excepcionais”. A constituição de 1988 foi considerada um marco em relação aos direitos das pessoas com deficiência, pois foi uma legislação social e inclusiva, que proporcionou de maneira abrangente a proteção e adotou o termo “Portador de deficiência”, no entanto é de extrema relevância

mencionar alguns artigos que resguardam esse grupo de preconceito e discriminação, a exemplos dos artigos:

Art. 208, III: [...]“dever do Estado de conceder “atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino”;

Art. 227, II: [...]“criação de programas de prevenção e atendimento especializado para as pessoas portadoras de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente e do jovem portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de obstáculos arquitetônicos e de todas as formas de discriminação”.

Dentre as várias previsões constitucionais de defesa e proteção à pessoa com deficiência, vale a pena ressaltar também a proibição de qualquer discriminação no tocante ao salário e critérios de admissão do trabalhador com deficiência, conforme dispõe o artigo XXXI do artigo 7º da constituição tal como a reserva de percentual de cargos e empregos públicos para pessoas com deficiência previstas no artigo 37.

Embora o Brasil tenha avanços significativos expostos na legislação de 1988, ainda se faz necessária uma lei específica para regulamentar o assunto, pois se percebe lacunas no que concernem as situações corriqueiras, referente a essa minoria e que diante desses desafios seja conferida uma atenção especial para o exercício efetivo desses direitos diante da vulnerabilidade. E sendo assim, propiciando a equidade imprescindível para favorecer a justiça. Vale salientar a importância da autonomia dessas pessoas no exercício efetivo desses direitos.

2.2 Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa Com Deficiência- Lei Federal 13.146/2015

O Estatuto da Pessoa com Deficiência foi apresentado no ano de 200 e sancionado no dia 6 de julho de 2015 pela Presidente Dilma Rousseff, contando com 180 dias de *vacatio legis*, no entanto só entrou em vigor em 03 de janeiro de 2016. Na década e meia de tramitação, foram realizados mais de 1500 encontros: Audiências públicas, seminários, consultas, conferências nacionais e regionais, com ampla participação da sociedade, de entidades e do movimento de pessoas com deficiência. (PAIM, 2015)

Ora é perceptível que o estatuto é um dos mais importantes instrumentos de emancipação civil e social desse grupo social. O estatuto é a nova forma de perceber o ser humano em sua força e fragilidade, nova forma de compreender que a diversidade é traço que não tem que separar as pessoas, mais uni-las, num sentimento de identidade e pertencimento. (PAIM, Paulo, 2015)

A elaboração do estatuto só foi possível mediante a Convenção Internacional sobre Direitos das Pessoas com Deficiências e seu protocolo Facultativo, de 30 de março de 2007, que foi assinado em Nova Iorque, ratificado pelo Congresso Nacional Brasileiro. Logo, no Dec. 6.949, de 25 de agosto de 2009 foi incorporada à ordem jurídica brasileira interna a Convenção de Nova Iorque, sendo-lhe atribuído o status de emenda constitucional, diante do permissivo constante do §3º, do art. 5º da Carta Magna 50. (Carvalho, 2017, p,30)

Hugo Cremonez Siqueira expõe que:

Essa convenção, aprovada com status de emenda constitucional (por ter cumprido os requisitos do § 3.º, do art. 5.º, da CF/1988 (LGL\1988\3)), por sua vez, visa a garantir autonomia, independência, igualdade e universalidade de acesso, em âmbito internacional, a todas as pessoas com deficiência, pautando-se, fundamentalmente, nos princípios de respeito pela dignidade inerente, de não-discriminação, de plena e efetiva participação e inclusão na sociedade, de respeito pela diferença e pela aceitação das pessoas com deficiência como parte da diversidade humana e da humanidade, e de igualdade de oportunidades (art. 3.º da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência). Internamente, o trâmite de aprovação do projeto legislativo que culminou na Lei 13.146/2015 é resultado de um prolongado debate no Congresso Nacional. Originalmente apresentado em 2006, o Projeto de Lei (7.699/2006) que deu origem ao Estatuto das Pessoas com Deficiência foi objeto de incontáveis emendas, pareceres e mensagens, até que se chegasse na redação final que hoje se apresenta. Apesar de todas essas modificações e retalhamentos, porém, algo se manteve incólume ao longo de todo o processo de análise do projeto: a imprescindibilidade da edição de uma lei que tratasse, específica e dignamente, das pessoas com deficiência. (SIQUEIRA, 2016, p. 2)

É notória que a Conversão almejou assegurar autonomia, igualdade e universalidade de acesso a todas as pessoas com deficiência, dispondo de um dos princípios basilares a dignidade da pessoa e objetivando dessa maneira a não discriminação e exclusão. Vale ressaltar que o Brasil já era signatário de convenções que tratava sobre os direitos das pessoas com deficiência, e possível destacar como exemplo, a Convenção Internacional da ONU sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, promulgada pelo decreto legislativo 186, de 09.07.2008, e sancionada pelo Decreto Presidencial 6.949, de 25.08.2009 52. (Carvalho, 2017, p,31). No Brasil 6,2 % de pessoas declaram ter, pelo menos, algum tipo de deficiência visual, auditiva, motora ou intelectual, totalizando cerca de 12.896.000 (doze milhões, oitocentos e noventa e seis mil) brasileiros.

Segundo a Pesquisa Nacional de Saúde (PNS) considerou quatro tipos deficiências: auditiva, visual, física e intelectual. Esses dados foram divulgados em 2015 pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), realizado em parceria com o Ministério da Saúde. Com a vigência da lei a discriminação a pessoas que possuam alguma deficiência, passa a ser classificada como crime punível, segundo o (Art. 8º da Lei nº 7.853/89) de 2 (dois) a 5 (cinco) anos e multa. Essa segurança e garantia de direitos que a Lei transmitti, é de grande relevância

tendo em vista que a atuação do estado é necessária para que haja desenvolvimento e efetivação das normas impostas.

É possível analisar que os países desenvolvidos e em desenvolvimento se despõe a preocupa-se em garantir e realizar uma boa parte de seus programas sociais voltado para pessoas com deficiência. Para Luís Fernando Astorga Gatjens (2007), isso se dá porque: “Hoje, a promoção, a defensoria e a proteção devem ser desenvolvidas tendo como base a utilização de novos instrumentos jurídicos e a aplicação de conhecimentos e habilidades que os movimentos associativos e as entidades públicas, que trabalham pelos direitos das pessoas com deficiência devem adotar.

2.3 Previsão Constitucional da Reserva de Vagas nos Concursos Públicos para Pessoas com Deficiência

Aqui será evidenciado o direito das pessoas com deficiência em relação ao trabalho, por intermédio do estudo de reserva de vagas em concursos públicos, para a atribuição de cargos e empregos, estabelecido segundo a legislação federal em vigor. A Procuradoria-Geral apresentou a reclamação (Rcl 14145) a ex- Ministra do Supremo Tribunal Federal (STF), Cármen Lúcia Antunes Rocha que julgou parcialmente procedente, reconhecendo a validade de concursos aos cargos de escrivão, perito criminal e Delegado da polícia federal, contanto que a União garanta a reserva de vagas para pessoas com deficiência. Mediante a reclamação foi ajuizada contra a União após a publicação dos editais para os três concursos (Editais 9,10 e 11/2012), pois não continham previsão de vagas. Segundo o entendimento da PGR, as decisões do STF no Recurso Extraordinário (RE) 676335 eram contrárias ao que estava estabelecido nos editais.

Ao decidir, a ministra Cármen Lúcia reiterou que a reserva de vagas determinada pela Constituição tem dupla função: inserir as pessoas com deficiência no mercado de trabalho e permitir o preenchimento de cargos públicos com pessoas qualificadas e capacitadas para o exercício da função. “Cabe à Administração Pública examinar, com critérios objetivos, se a deficiência apresentada é ou não compatível com o exercício do cargo, assegurando a ampla defesa e o contraditório ao candidato, sem restringir a participação no certame de todos e de quaisquer candidatos portadores de deficiência, como pretende a União”, afirmou. (ROCHA, 2016, STF, p.1)

A ministra destacou que na inclusão de reserva de vagas para pessoas com necessidades especiais deve ser assegurado que “o estabelecimento das condições especiais seja compatíveis com as funções correspondentes aos cargos postos em competição”. (ROCHA, 2016, STF, p. 1)

O estado não pode criar normas que protejam os direitos dos deficientes e ainda assim infringi-las. Ressalta-se oportuno trazer o que dispõe o artigo 37, §§1º e 2º, do Decreto n.º 3.298 que o candidato portador de deficiência, em razão da necessária igualdade de condições, concorrerá a todas as vagas, sendo reservado no mínimo o percentual de cinco por cento em face da classificação obtida. Caso a aplicação do percentual de que trata o parágrafo anterior resulte em número fracionado, este deverá ser elevado até o primeiro número inteiro subsequente.

É importante observar que no que concerne a responsabilidade dos editais de concurso público, passaram a atender somente ao que está sendo mencionado especificamente no artigo, ou seja, a porcentagem de vagas aos candidatos deficientes. No entanto no ato de convocação é possível identificar uma grande disparidade na efetivação do cumprimento dessa norma, quando esse grupo se depara com a falta de acessibilidade no ambiente de trabalho e dificuldades de adaptação para realizar suas tarefas com autonomia. Porém já é reconhecido pela constituição federal de 1988, em seu art. 244 o direito a adaptação, conforme trata que lei disporá sobre a adaptação dos logradouros, dos edifícios de uso público e dos veículos de transporte coletivo atualmente existente a fim de garantir o acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência, conforme o disposto no art.227 §2º.

É perceptível que os editais dos concursos públicos passaram a atender somente em parte ao prescrito neste artigo do Decreto, ou seja, no edital destinam porcentagem de vagas aos candidatos deficientes. O decreto abordou questões relacionadas a participação dos portadores de deficiência nos concursos, porém deixou a desejar, por não dispor sobre a convocação deles para o exercício do cargo ou emprego. No que se refere à regra de convocação, existe uma omissão generalizada. Diante disso nasce a oportunidade dos editais criarem condições para convocação dos candidatos deficientes engajados nessa luta, cada um criando de modo que lhe seja mais favorável. Nessa mesma linha de pensamento entende-se que a finalidade do decreto foi diminuir a dificuldade de acessibilidade e ingresso destes candidatos aos cargos e empregos públicos, optando por utilizar a reserva de vagas. A reserva legal contribui para que embora os candidatos portadores de deficiência não obtenham êxito na classificação para ser convocado dentre os demais candidatos, sejam convocados com listagem própria, na qual só participem os deficientes. Obedecendo assim o que está descrito no artigo 42 do mesmo decreto, onde todo concurso contará com duas listas de candidatos.

3. Acessibilidade no Município de Caruaru

3.1 Políticas Públicas

Popularmente conhecida como “Capital do agreste”, o município de Caruaru segundo dados do (IBGE) Instituto Brasileiro de Geografia, no último censo de pesquisa que aconteceu em 2010 possuía uma população de 314.912 (trezentos e quatorze mil e novecentos e doze) habitantes, com a atualização desses dados hoje a cidade se encontra com uma população estimada em 356.128. (Trezentos e cinquenta e seis mil e cento e vinte e oito) habitantes. Esse número é considerado um quantitativo elevado e dentro desse percentual está incluso as minorias, valendo ressaltar as pessoas com deficiência. Entretanto, há muito que se falar em mudanças no que concerne à acessibilidade desse município e que por meio dessas mudanças, haja integração das pessoas com deficiência na coletividade, é bastante complacente aceitar as diferenças e oferecer a esse grupo o direito de fazer parte da comunidade, e não esquecendo de evidenciar a valorização da diversidade e transmitir que é por intermédio das diferenças que a sociedade desenvolve.

Essa minoria vem ganhando espaço no município de Caruaru, destaque nas discussões públicas, e assim despertando maior interesse na sociedade como um todo. Nos últimos anos, o Estado tem se dedicado a promover políticas públicas que auxiliem a inclusão social dessa parcela da população. Com a promoção de diversas ações governamentais através de: Projetos de lei, recentemente proposto pelo Deputado Marcio Alvino, que teve como finalidade Institui o mês Setembro Verde, para dar visibilidade à inclusão social da pessoa com deficiência. Recentemente foi celebrada a Semana Municipal da Pessoa com Deficiência que apresentou como programação palestras, debates, inauguração de salas multifuncionais e laboratório de inclusão social para pessoas com deficiência, totalmente disponível ao público.

Vale ressaltar que além das ações governamentais, é possível contar com a contribuição da sociedade no âmbito civil, onde a mesma tem colaborado para que a exclusão dos deficientes seja combatida. Ultimamente é possível contar com a colaboração de diversas ONGs (Organizações não Governamentais) e associações, que tem disponibilizado programas de assistência social e de saúde, reabilitação e capacitação, e sendo assim contribui para a inclusão social e profissional de pessoas com deficiência e mobilidade reduzida.

Por fim, o estatuto deve permanecer sendo pauta de debates, pois é crucial encontrar mecanismos para que os assuntos dispostos a respeito do tema seja realizado não só de maneira superficial mas no plano fático, e que diante disso possa se tornar uma realidade na vida dos deficientes. A promulgação da legislação que resguarda os direitos das pessoas com deficiência

trouxe consigo a oportunidade de alcançar novos horizontes e novos obstáculos. Pois a acessibilidade não se trata apenas de barreiras no que diz respeito a estruturas físicas ou mobilidade urbana, mas está ligada a esfera de interdição social e governamental.

Conclusão

Por intermédio do presente estudo observou-se que é dever do Estado assegurar aos cidadãos deficientes que seus direitos sejam respeitados. Conforme o que foi visto no estudo abordado é fácil notar que não apenas no município de Caruaru, mas também no país em que vivemos a inclusão social não é algo que se vê com muita facilidade, portanto é importante trabalhar com políticas públicas para melhorar a qualidade de vida desses cidadãos. Até porque o direito da “minoría” muitas vezes deixa de ser resguardado. Entendendo-se que é necessário a contribuição do poder dos órgãos sociais que possam auxiliar na diminuição de diferenças entre as pessoas com deficiência dos demais. Garantindo ao município de Caruaru a inclusão daqueles, auxiliando lhes numa vida mais digna formando uma sociedade mais homogênea em direitos e deveres.

Referências

ALVES, Fátima. **Inclusão: muitos olhares, vários caminhos e um grande desafio**. 3ª edição. Rio de Janeiro: Wak, 2007.

BARROS, M. M. S., Portadores de deficiência e o concurso público, **Revista Eletrônica PRPE**, São Paulo, 2001.

BEZERRA, L., A dificuldade em se colocar no lugar do outro, **Revista pano de fundo**, Caruaru-PE, Abr/Jun 2016.

BOBBIO, N., et. al., **Dicionário de política**, Editora UNB, 11ª edição, 1998.

GOFFMAN, E., **Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada**, Zahar Editores, Rio de Janeiro, 1982.

IBGE. **Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística**. Disponível em: Acesso em: 25 de outubro de 2017.

SARAMAGO, J., **Ensaio sobre a cegueira**, Companhia das Letras, São Paulo, 1995.

Sasaki, R. K., **Terminologia sobre deficiência na era da inclusão**, São Paulo, 2004.

SIRENA, H. C., A incapacidade e a sistemática geral do direito civil sob a égide do novo estatuto das pessoas com deficiência (lei 13.146/2015), **Revista de Direito Privado**, v. 70, Paraná, Out. 2016.

TERRÃO, C.C., CARVALHO, R. C. P., Reserva de vagas na administração pública para as pessoas com deficiência: ação afirmativa e concurso público, **Revista do tribunal de contas do estado de Minas Gerais**, n. 15, v. 87, São Paulo, 1996.

A VEDAÇÃO DO DISSIDÍO COLETIVO DE GREVE PARA AS CARREIRAS DE SEGURANÇA PÚBLICA: DECISÃO EMERGENCIAL OU GRAVE (IN) CONSTITUCIONALIDADE?

Augusto César Quaresma Oliveira Santos ¹

Leticia Nayne Silva ²

Prof. Msc. Roberta Cruz da Silva ³

Resumo

Introdução: Este trabalho traz consigo um parecer quanto às decisões no âmbito de jurisdição constitucional, por meio de uma minuciosa análise e discussão dos julgados, em que se discute a efetivação do direito fundamental à greve por parte das carreiras de segurança pública. **Objetiva-se** discutir à luz da Constituição Federal de 1988, como também das recomendações que versam sobre diretrizes de caráter trabalhista, editadas pela Organização Internacional do Trabalho – OIT, com foco principal na recente decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal – STF, no sentido de estender de maneira analógica a vedação do direito de greve expressa do texto constitucional para os militares a todas as carreiras de segurança pública, previstas no rol taxativamente esculpido no artigo 144 da Carta Maior. Partir-se-á para uma abordagem constitucional do tema, a fim de apontar os riscos e consequências jurídicos e/ou sociais da decisão, como também em outras pautas tão relevantes quanto. A **metodologia** utilizada será quali-quantitativa, que utilizará a bibliometria, tendo em vista que serão analisadas e guareadas ações constitucionais movidas em sede de jurisdição constitucional quanto ao tema nos últimos dez anos. Os **resultados** parciais obtidos mostram que o atual posicionamento do STF pela vedação da greve pra todas as carreiras sobreditas representam um decréscimo social, político e jurídico, tendo em vista que retira dos trabalhadores polícias, em sua maioria, civis e federais, o direito de pressionar o Estado, valendo-se da greve, que em muitas vezes se mostra de maneira inerte quanto às negociações para melhoria de estrutura e condições de trabalho dos profissionais já narrados. Será feita uma correlação também entre a vedação da greve e a flagrante crise da segurança pública. Por fim, o trabalho **conclui** que em decorrência dessa omissão do Estado, há a persistência e a perpetuação da improdutividade das carreiras policiais, sobretudo, daquelas que efetivam o serviço de elucidação de crimes, tendo em vista que a estrutura ofertada é ínfima. Com isso, chegamos a elevadíssimos indicadores criminais e por consequência uma das mais severas e críticas crises do Sistema de Segurança Pública já enfrentada pelo país.

Introdução

¹ - Bacharelado em Direito pelo Centro Universitário Tabosa de Almeida ASCES|UNITA. Pesquisador das áreas correlatas à Segurança Pública.

² - Bacharelada em Direito pelo Centro Universitário Tabosa de Almeida ASCES|UNITA

³ - Orientadora. Bacharela e Mestre em Direito, pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB). Professora de Direito Administrativo e de Prática Constitucional-Administrativa da Faculdade ASCES; da Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP), e das pós-graduações da Faculdade ASCES; da ESMATRA/PE e do Complexo de Ensino Renato Saraiva (CERS-Recife). Advogada.

O Brasil tem atravessado nos últimos anos uma de suas décadas mais sangrentas. No entanto, temos isso como reflexo da grande falência no conjunto de políticas públicas de segurança, como também das políticas de segurança pública. Ainda como agravante, a crise política e financeira se tornaram o estopim para a elevação dos indicadores de desemprego, elevando ainda mais os índices criminais.

A presente produção científica tem como principal objetivo realizar um recorte crítico quanto à interpretação que tem sido dada pelo Supremo Tribunal Federal no que concerne à greve das carreiras policiais nos últimos dez anos.

Além disso, o artigo objetiva realizar uma reflexão social da mais recente decisão da Suprema Corte Brasileira que entendeu pela vedação absoluta do direito de greve a todas as carreiras do rol de segurança pública elencado exhaustivamente no artigo 144 da Constituição Federal de 1988.

Portanto, trata-se de um estudo crítico e interdisciplinar que ligará desde tópicos no âmbito da jurisdição constitucional até discussões ligadas aos reflexos sociais das recentes decisões ligadas a pauta central, e alcançando também o eixo das políticas públicas de segurança.

1. Elementos Históricos do Direito ao Dissídio Coletivo de Greve no Brasil

Inicialmente, cumpre a presente produção discutir os aspectos históricos e fundamentais quanto ao Dissídio Coletivo de Greve.

O direito a greve passou a ser fortemente protegido com a chegada da Constituição Federal de 1988, e a partir daí se transformou inclusive em direito fundamental, elencado dentro do catálogo de direitos coletivos dos trabalhadores no 9º(nono) artigo da Maior Carta, (TRINDADE, 2015, p. 3).

Contudo, os ares não foram sempre tão positivos assim para os movimentos grevistas brasileiros, e é importante registrar que a greve já foi criminalizada no direito brasileiro, em momentos históricos dotados de singularidade e em menos de cem anos deixou de ser uma conduta antijurídica para ser um direito fundamental e constitucional. (TRINDADE, 2015, p. 4).

A própria história do Brasil narra uma série de movimentos e manifestações que guardam semelhança com a greve. A título de exemplo, temos as revoltas dos escravos contra

a opressão e a inexistência de direitos e posteriormente o surgimento dos quilombos na era do Brasil Colônia, que posteriormente darão início a uma série de outros movimentos revoltosos (CORAZZA, 2012, p. 7).

O Diploma Penal de 1890 previa o movimento grevista como crime (CORAZZA, 2012, p. 8), previsão natural em um Estado totalitário que tinha como principal objetivo aplicar sanções com o objetivo de amarrar a sociedade aos interesses dos líderes da Administração Pública com uma falsa afirmação de tutela a supremacia do interesse público. Esse entendimento não prosperou e o crime citado foi revogado do Código Penal.

No entanto, com a chegada da Constituição Federal de 1937, Polaca, símbolo e respaldo do golpe militar (BONAVIDES, 2000, p.21) efetivado pelo então líder Getúlio Vargas, o direito de greve volta a ser marginalizado e limitado, senão vejamos:

Artigo 139¹ - Para dirimir os conflitos oriundos das relações entre empregadores e empregados, reguladas na legislação social, é instituída a Justiça do Trabalho, que será regulada em lei e à qual não se aplicam as disposições desta Constituição relativas à competência, ao recrutamento e às prerrogativas da Justiça comum.

A greve e o lock-out são declarados recursos anti-sociais nocivos ao trabalho e ao capital e incompatíveis com os superiores interesses da produção nacional – Grifamos. (Constituição do Brasil, 1937)

Nesse diapasão, procedendo a uma simples análise de alguns elementos históricos no Brasil, não é exagero afirmar que a limitação ao direito de greve é decorrente de governos autoritários.

Sob o ponto de vista Constitucional, nossas Cartas Políticas de 1824, 1891 e 1934 se omitiram acerca do direito de greve; a Constituição de 1937, porém declarou a greve e o "locaute" como recursos anti-sociais. A Constituição de 1946 reconheceu como direito dos trabalhadores, mas com amplas restrições aos chamados serviços essenciais e industriais básicos. As Constituições de 1967 e 1969 reproduziram tais restrições, especificadas na legislação ordinária. A Carta Magna vigente assegurou amplo exercício do direito de greve, estabelecendo que a lei definirá os serviços ou atividades essenciais e disporá sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, sendo que os abusos cometidos sujeitam os responsáveis às penas da lei. (BONAVIDES, 2000, p.3)

A greve não é compatível com os modelos de gestão que não dialogam, logo, foram criminalizadas e tidas como um risco ao interesse público durante muitos anos no curso da história nacional, e para tanto, basta observar como esse entendimento dialoga com a sequência lógica do movimento grevista na História das Constituições.

2. Natureza Jurídica Do Direito De Greve A Luz Da Constituição Federal De 1988

A Constituição Federal de 1988, amplamente conhecida em termos doutrinários como a mais cidadã das constituições na história brasileira, não deixou margem para dúvidas, é garantido o direito de greve e ele possui previsão constitucional.

O direito citado foi recepcionado pela Carta Maior, (Constituição do Brasil, 1988), no eixo dos direitos sociais: “Art. 9º É assegurado o direito de greve, competindo aos **trabalhadores** decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender” grifamos.

A prerrogativa supracitada aplica-se aos empregados vinculados à Consolidação das Leis Trabalhistas – CLT, (MORAES, 2009, p. 350).

Contudo, importa destacar qual a importância e o que de fato representa o Direito ao Dissídio Coletivo de Greve para toda e qualquer carreira. Para isso, a presente produção irá se reportar à doutrina majoritária.

De acordo com Maurício Godinho Delgado: “A greve é, de fato, mecanismo de autotutela de interesses; de certo modo, é exercício de direito das próprias razões, acolhido pela ordem jurídica.” (DELGADO, 2016, p. 1501), cumpre ainda destacar que a doutrina ora citada, é representação do entendimento majoritário quanto a esse tema.

Todavia, quanto aos servidores públicos, a Carta Magna inaugura um conjunto de normas que irão tratar e disciplinar o direito de greve (MORAES, 2009, p. 350) a essas categorias de maneira diferenciada, a depender dos tópicos particulares que essas categorias trazem consigo.

Como exemplo, se tem os servidores militares que passam a ter tratamento diferenciado dos servidores públicos civis, inclusive com a produção e normatização de estatuto próprio para reger os misteres da atividade militar, a consolidação de uma Justiça Militar apta a julgar os fatos típicos praticados pelos militares em decorrência de suas atividades, como também da edição e constante atualização do diploma penal e processual penal militar, para ditar os crimes militares e o procedimento adotado para responsabilização e punição dos militares infratores, respectivamente.

Contudo, dada essa série de prerrogativas exclusivas que o texto da norma constitucional e/ou infraconstitucional abre para os trabalhadores militares, como também em decorrência da atividade ostensiva e de primeiro contato com o crime típico da polícia ostensiva (assunto que será abordado em capítulo próprio), a Constituição de 1988 veda expressamente aos Servidores

Públicos Militares o direito de greve e a sindicalização por meio de Emenda à Constituição (MORAES, 2009, p. 398). Para que a verdade prevaleça, vejamos:

Art. 142. As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem.

IV - ao militar são proibidas a sindicalização e a greve; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 18, de 1998). (Constituição do Brasil, 1988).

De outra banda, os servidores públicos civis, passaram a ser detentores conforme previsão da norma constitucional do direito de greve, no entanto, viram esse direito ser fortemente mitigado por mora legislativa.

O artigo 37 da Constituição prevê o direito constitucional ao exercício do dissídio coletivo de greve por parte dos servidores públicos civis, todavia, a norma ora guerreada se trata de um dispositivo constitucional de eficácia limitada, onde tão somente produzirá efeitos quando for editada uma lei que regule o sobredito direito, vejamos:

Art. 37. 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 e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

VII - o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos **em lei específica**; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998). (Constituição do Brasil, 1988).

Muito embora seja de conhecimento amplo a emergente necessidade de regulamentação ao vergastado direito, o Poder Legislativo da União, por meio do Congresso Nacional, passou diversos anos sem regulamentar a matéria, fazendo com que o direito líquido estampado no sétimo inciso do artigo 37 ficasse sem possibilidade de fruição e gozo (FRAGA E VARGAS, 2009, p. 12)

Nesse aspecto, é pacificado o entendimento onde em situações em que direitos e/ou liberdades constitucionais estejam sem possibilidade de ser exercidos por ausência de norma regulamentadora, o remédio constitucional competente será o do Mandado de Injunção- MI (AGRA, 2014, p. 259).

Isto posto, diversos Mandados de Injunção passaram a ser impetrados, por classes distintas, desde sindicatos representantes de órgãos do Poder Judiciário, passando também por entidades representativas da saúde e educação, até que o Supremo Tribunal Federal precisou alinhar a situação para que o entendimento restasse pacificado (FRAGA E VARGAS, 2009, p.

15) e os servidores públicos civis pudessem dentro dos parâmetros legais, exercer o cristalino e democrático direito de greve.

Importante destacar o Mandado de Injunção 670, que teve como impetrante a Polícia Civil do Espírito Santo (STF MI 670) que apontou a urgente necessidade de utilizar o direito de greve tendo em vista que aqueles servidores já estavam exaustos de tentar negociar com o Estado e não obter nenhuma contrapartida fática. Entretanto, o juízo de piso daquele Estado, determinou que o movimento paredista efetivado por essa polícia civil capixaba era completamente maculada de ilegalidade, determinando assim que a mesma fosse desarticulada. Vejamos o teor do MI supracitado:

O impetrante narra, em suma, que deflagrou movimento grevista na Polícia Civil capixaba, após infrutíferas negociações com o Governo do Estado. Diz, ainda que, instado por este, “O MM Juiz da Vara dos Feitos da Fazenda Pública Estadual, Dr. Eraldo Gomes de Azevedo, deferiu tutela antecipada em ação ordinária [...], impedindo o exercício do direito constitucional de greve por parte dos associados do impetrante” (fl. 05). (BRASIL. STF, 2007)

Além do mais, fixou multa diária, entre outras severas punições àqueles que desrespeitassem o entendimento do doutor magistrado. Observa-se:

[...] diante do exposto, defiro, em parte, o pedido e determino a intimação do Sindipol, na pessoa do seu representante legal, de que a tutela antecipada deferida nos autos do presente processo, que proibiu o movimento paredista, ainda se encontra em vigor, sendo ilegítimo qualquer movimento grevista que porventura pretendam deflagrar e que a não obediência à ordem judicial anada redundará, além da pena criminal correspondente, no corte do ponto dos servidores, bem como na multa pecuniária diária a incidir sobre os dias parados que mantenho em R\$ 10.000,00 (dez mil reais). (BRASIL. STF, 2007)

Muito embora o juiz *a quo* tivesse editado a dura punição nos moldes narrados anteriormente, a Suprema Corte, em julgamento ao Mandado de Injunção 670 entendeu pela garantia do direito de greve para todos os servidores públicos civis, inclusive para as carreiras policiais.

Para que fosse possível a efetivação desse entendimento, se fez necessário que o STF aplicasse a chamada Teoria Concretista, a fim de sanar um grave problema decorrente da mora e omissão legislativa. Foi então que o pleno da Corte Superior optou pela regulamentação do direito de greve no serviço público, nos moldes da lei utilizada para regulamentação da iniciativa privada (AGRA, 2014, p. 261).

Contudo, restaram expressamente observadas algumas condições quanto aos serviços tido como essenciais pela própria lei sobredita, nos artigos 9º ao 11. Esbarrando, dessa forma, com o tópico de segurança pública no artigo a seguir, da lei a pouco citada:

Art. 11. Nos serviços ou atividades essenciais, os sindicatos, os empregadores e os trabalhadores ficam obrigados, de comum acordo, a garantir, durante a greve, a

prestação dos serviços indispensáveis ao atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade.

Parágrafo único. São necessidades inadiáveis, da comunidade aquelas que, não atendidas, colocam em perigo iminente a sobrevivência, a saúde ou a segurança da população. (BRASIL. Lei nº 7.783, 1989).

Portanto, a decisão do STF quando ao julgamento do MI 670, não fez vedações expressas à greve dos policiais civis, pelo contrário, autorizou que a mesma fosse realizada, como veremos:

Decisão: O Tribunal, por maioria, conheceu do mandado de injunção e propôs a solução para a omissão legislativa com a aplicação da Lei nº 7.783, de 28 de junho de 1989, no que couber, vencidos, em parte, o Senhor Ministro Maurício Corrêa (Relator), que conhecia apenas para certificar a mora do Congresso Nacional, e os Senhores Ministros Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa e Marco Aurélio, que limitavam a decisão à categoria representada pelo sindicato e estabeleciam condições específicas para o exercício das paralisações. Votou a Presidente, Ministra Ellen Gracie. Lavrará o acórdão o Senhor Ministro Gilmar Mendes. Não votaram os Senhores Ministros Menezes Direito e Eros Grau por sucederem, respectivamente, aos Senhores Ministros Sepúlveda Pertence e Maurício Corrêa, que proferiram voto anteriormente. Ausente, justificadamente, a Senhora Ministra Cármen Lúcia, com voto proferido em assentada anterior. Plenário, 25.10.2007 (BRASIL. STF, 2007).

Ainda no mesmo sentido, foram elencados no Informativo 485 do Supremo Tribunal Federal três tópicos quanto as recentes decisões em nível de julgamento dos Mandados de Injunção impetrados quando ao movimento paredista, sendo um deles o MI 670, do qual é importante lembrar, que foi impetrado pela Polícia Judiciária Capixaba, como exposto a seguir:

Mandado de Injunção e Direito de Greve – 8 No MI 670/ES e no MI 708/DF prevaleceu o voto do Min. Gilmar Mendes. Nele, inicialmente, teceram-se considerações a respeito da questão da conformação constitucional do mandado de injunção no Direito Brasileiro e da evolução da interpretação que o Supremo lhe tem conferido. Ressaltou-se que a Corte, afastando-se da orientação inicialmente perfilhada no sentido de estar limitada à declaração da existência da mora legislativa para a edição de norma regulamentadora específica, passou, sem assumir compromisso com o exercício de uma típica função legislativa, a aceitar a possibilidade de uma regulação provisória pelo próprio Judiciário. Registrou-se, ademais, o quadro de omissão que se desenhou, não obstante as sucessivas decisões proferidas nos mandados de injunção. Entendeu-se que, diante disso, talvez se devesse refletir sobre a adoção, como alternativa provisória, para esse impasse, de uma moderada sentença de perfil aditivo. Aduziu-se, no ponto, no que concerne à aceitação das sentenças aditivas ou modificativas, que elas são em geral aceitas quando integram ou completam um regime previamente adotado pelo legislador ou, ainda, quando a solução adotada pelo Tribunal incorpora "solução constitucionalmente obrigatória". Salientou-se que a disciplina do direito de greve para os trabalhadores em geral, no que tange às denominadas atividades essenciais, é especificamente delineada nos artigos 9 a 11 da Lei 7.783/89 e que, no caso de aplicação dessa legislação à hipótese do direito de greve dos servidores públicos, afigurar-se-ia inegável o conflito existente entre as necessidades mínimas de legislação para o exercício do direito de greve dos

servidores públicos, de um lado, com o direito a serviços públicos adequados e prestados de forma contínua, de outro. **Assim, tendo em conta que ao legislador não seria dado escolher se concede ou não o direito de greve, podendo tão-somente dispor sobre a adequada configuração da sua disciplina, reconheceu-se a necessidade de uma solução obrigatória da perspectiva constitucional. – Grifamos.** (BRASIL. STF, 2007).

Analisando essa decisão, resta claro o posicionamento moderno adotado pela Suprema Corte Brasileira, no sentido de proteger o direito ao exercício do direito de greve por parte dos servidores policiais.

3. O Julgamento do Recurso Extraordinário com Agravo 654432 pelo Supremo Tribunal Federal em 2017

Com a expansão da crise econômica e a chegada de seus reflexos na elevação do índice de desemprego e conseqüentemente na pauta da segurança pública, decorrente desse conjunto de acontecimentos, a prática desse fator é a alarmante elevação dos indicadores criminais, principalmente no que concerne a Crimes Violentos contra o Patrimônio – CVP. (FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2016, p.81)

Em termos reais, as carreiras de segurança pública foram pegadas de surpresa por um fenômeno de dimensões continentais e precisaram adaptar suas realidades a esse assombroso avanço da criminalidade.

Contudo, ao passo que as “polícias” precisaram avançar para reduzir os indicadores criminais, sobre a tutela e a cobrança das Secretárias de Defesa Social ou de Segurança Pública, verificamos o reduzido apoio dado pelo Estado no sentido de equipar as mesmas, reforçar o efetivo e buscar por meio do diálogo com os sindicatos apoiar as instituições policiais.

Ora, se a criminalidade avançou, as forças policiais devem buscar avançar no sentido de conter a crescente do crime. Contudo, o que é observado em diversos Estados do País é o efeito reverso por parte da Administração Pública, o incentivo tem sido cada vez menor, o investimento não tem acompanhado o ônus a cada dia mais acentuado das carreiras de segurança pública, e a consequência natural desse conjunto de reduções não poderia ser diferente da insatisfação pessoal, a elevação das mortes dos policiais e também de pessoas inocentes, tendo em vista que a cada dia se investe menos na formação dos principais garantidores da lei e da ordem (FOLHA, 2017).

Isto posto, começam a ser deflagradas em todo o território nacional, diversos movimentos paredistas com o objetivo de pressionar o Estado, após diversas negociações que em sua maioria restam frustradas, a dar condições as forças policiais no combate ao crime.

Nesse contexto, o Supremo Tribunal Federal julgou em Abril de 2017 (dois mil e dezessete) o Recurso Extraordinário com Agravo – (STF ARE GO 654432) com repercussão geral reconhecida, a regulamentação da greve para os servidores policiais civis. O presente julgamento é proveniente do Estado de Goiás.

Todavia, iniciado o julgamento, o ministro Edson Fachin, relator do ARE, proferiu um brilhante voto em coadunação com matrizes de direito internacional, com os entendimentos positivados da Organização Internacional do Trabalho – OIT, como também levando em consideração a fática situação atual da segurança pública no Brasil, além de militando no sentido da permissão para que o Direito de Greve possa ser efetivado pelos policiais civis não apenas no Estado de Goiás, mas em todo Brasil, em decorrência da repercussão geral já reconhecida. O eminente Ministro Relator foi acompanhado pela Ministra Rosa Weber, pelo excelentíssimo Ministro Marco Aurélio de Mello, dos quais não pouparam elogios ao brilhante voto do ministro relator.

Contudo, o grupo de Ministros intrinsecamente liderados ideologicamente pelo eminente Ministro Alexandre de Moraes, fizeram a total desconstrução do voto participativo ora construído. Militaram no sentido de que seja absolutamente vedado aos policiais civis o exercício do direito de greve, estendendo a vedação constitucional já ofertada em face dos Policiais Militares agora aos integrantes da Polícia Judiciária.

O ex-advogado do PCC, Alexandre de Moraes, foi acompanhado pelo Ministro Gilmar Mendes, que alterou seu entendimento, tendo em vista que, partidário da greve para as carreiras policiais quanto ao julgamento do MI 670 em 2007, dez anos atrás, também foi seguido pelo voto do eminente Luiz Roberto Barroso, como também por Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli.

Os motivos alegados pelos senhores ministros que votaram pela absoluta proibição do exercício de um direito constitucional fundamental aos trabalhadores policiais, em tese, encontram base na fundamentação de que a atividade policial por meio dos órgãos de segurança pública é tão essencial que se confunde inclusive com a razão de ser do Estado, que caso as carreiras policiais parem, a sociedade está fadada a um Estado de Hobbesiano de “todos contra todos”, logo, o dissídio coletivo de greve para as carreiras sobreditas seria uma afronta à jovem democracia brasileira.

Isto posto, com o fim do julgamento pelo pleno, restou decidido que o exercício do direito de greve pelas carreiras policiais que, em termos constitucionais, compõem o rol taxativo elencado no artigo 144 da Carta Maior vigente é absolutamente vedado. A tese final que

prevaleceu no pleno do Tribunal Supremo foi de autoria do eminente Ministro Alexandre de Moraes.

Debruçando-se sobre a ora discutida decisão, com a conseqüente análise de todos os votos, far-se-á uma análise cautelosa dos argumentos que sustentaram a decisão de retirar um direito fundamental de milhares de trabalhadores policiais distribuídos em todo mapa nacional.

4. Reflexos Do Direito De Greve Das Carreiras Policiais Na Pauta De Segurança Pública

Após a decisão, no agravo em recurso extraordinário citado e comentada no capítulo passado, é importante discorrer sobre aspectos que serviram como base dessa decisão pelo pleno do STF, mas, *data vênia* foram interpretados de maneira precipitada e tomando como base tão somente valores políticos.

Como já discutido em capítulo próprio, a decisão de proibir todas as carreiras policiais de executar o direito de greve retira dos trabalhadores policiais o instrumento mais poderoso de pressionar o Estado no que concerne a melhorias na condição de serviços e estrutura para as carreiras citadas.

O que se pretende por meio da presente produção não é estimular, tampouco instigar os policiais a deflagração do movimento paredista de maneira negligente para com a sociedade. Mas, é mostrar que a greve acontece quando não se consegue mais negociar com o poder público, na expectativa de ter as contrapartidas necessárias ao exercício da atividade policial.

Ora, o argumento matriz do Estado no sentido de impossibilitar a efetivação do movimento paredista, afirma que as carreiras policiais exercem uma atividade crucial e indelegável, se tornando nesses moldes uma atividade essencial para a sociedade, não podendo, portanto, *cruzar os braços* para pressionar os respectivos gestores da segurança pública, mesmo que o objetivo seja o de angariar melhorias para as condições de trabalho, melhorias salariais, entre outras pautas tão relevantes quanto.

Contudo, a forte crítica trazida pela presente produção, guia-se no apontamento da ineficácia das medidas emergenciais tomadas pelo Estado, para mostrar que de fato a segurança pública é um serviço essencial. Em outras resumidas palavras, o Estado não permite que os servidores das carreiras policiais realizem o movimento paredista porque a segurança é um direito fundamental essencial, todavia, não há investimento de maneira suficiente para comprovar a essencialidade desse serviço.

A título de exemplo, temos o assustador caso do Rio de Janeiro. Nesse contexto, nos homicídios praticados até o ano de 2007, 96% (Globo, 2016) dos procedimentos investigativos

foram concluídos com máculas e resultaram em seu arquivamento. É incabível e inadmissível tolerar que apenas 4% dos inquéritos policiais se transformem em efetiva punição.

Contudo, se observa o nexo de causalidade existente entre o deficiente investimento produzido pelo Estado nas carreiras policiais e conseqüentemente a reduzida produtividade dessas carreiras.

Conclusão

Isto posto, diante de todo o exposto no curso dos fatos aqui elencados, resta claro que a decisão em sede de jurisdição constitucional liderada pelo então eminente ministro Alexandre de Moraes, representou o interesse do Estado em detrimento das prerrogativas das carreiras policiais.

Conforme discutido em todo corpo do texto, a segurança pública representa, sem nenhuma dúvida, uma atividade primordial que deverá ser prestada com permanência a população, além de ser um tipo trabalho indelegável, se tornando dessa forma um serviço essencial para a sociedade.

A pauta da segurança, diferentemente dos serviços de saúde ou de educação pública, por exemplo, afetam a coletividade de uma maneira ampla e geral.

Contudo, justamente com o fim de proteger a supremacia do interesse público, a decisão de proibir em caráter absoluto todas as carreiras policiais de deflagrar o movimento de dissídio coletivo de greve apresenta uma forma ineficaz de tutelar o interesse coletivo, ao passo que essas carreiras já citadas iniciam tal movimento quando justamente buscam melhorias nas pautas que conseqüentemente farão com que o serviço essencial de segurança seja cumprido com efetividade e qualidade. Quando isso não acontece, observamos uma categoria policial que está trabalhando, mas sem condições humanas de enfrentar a criminalidade.

Portanto, o movimento de greve é a *ultima ratio* que os servidores policiais encontram no sentido de alcançar a melhoria para o trabalho, que em sede de diálogo e negociações, o Estado já se mostrou irredutível e pouco preocupado em ofertar.

Por fim, conclui-se que a proibição narrada acima é uma grave lesão, perpetrada pela Suprema Corte Brasileira, não apenas em face das carreiras policiais, como também em detrimento de toda a população deste país.

Referências

ANUÁRIO Brasileiro de Segurança Pública 2016. Disponível em: <http://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2017/01/Anuario_Site_27-01-2017-RETIFICADO.pdf> Acesso em: 02/11/2017

BONAVIDES, Paulo. **A evolução constitucional do Brasil.** Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ea/v14n40/v14n40a16.pdf>> Acesso em: 20/10/2017

BRASIL. STF. **MI 670.** Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, julgado em 25/10/2007, publicado em DJe-206 DIVULG 30-10-2008 PUBLIC 31-10-2008 EMENT VOL-02339-01 PP-00001

_____.STF. **ARE GO 654432.** Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, julgado em 25/10/2007, publicado em DJe-206 DIVULG 30-10-2008 PUBLIC 31-10-2008 EMENT VOL-02339-01 PP-00001

BRASIL enfrenta falta de delegados e tem delegacias caindo aos pedaços. Disponível em: <http://g1.globo.com/fantastico/noticia/2017/10/brasil-enfrenta-falta-de-delegados-e-tem-delegacias-caindo-aos-pedacos.html>, Acesso em: 23/10/2017

CORAZZA, Ana Claudia Vatri. **Evolução História do Direito de Greve.** Disponível em: <<http://intertemas.toledoprudente.edu.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/3203/2952>> Acesso em: 25/10/2017

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho.** 10.ed.São Paulo: LTr, 2016.

FRAGA, Ricardo Carvalho e VARGAS, Luiz Alberto. **Greve dos Servidores Públicos e STF. O direito de greve dos servidores públicos após a decisão do Supremo Tribunal Federal.** Disponível em: <http://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev_81/ricardo_fraga_e_luiz_alberto_vargas.pdf> Acesso em: 01/11/2017

INQUÉRITOS de Homicídio em todo o Brasil são arquivados em massa. Disponível em: <<http://g1.globo.com/globo-news/noticia/2016/11/inqueritos-de-homicidios-por-todo-o-brasil-sao-arquivados-em-massa.html>> Acesso em: 24/10/2017

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 29ed. São Paulo: Atlas, 2013.

TRINDADE, Raquel Guimarães. **Garantia, previsão e limitações ao direito de greve.** Disponível em: <<https://quelgt.jusbrasil.com.br/artigos/219233682/garantia-previsao-e-limitacoes-ao-direito-de-greve>> Acesso em: 23/10/2017

ACESSO À INFORMAÇÃO NOS MUNICÍPIOS PERNAMBUCANOS: uma análise crítica sobre a implementação dos Portais Eletrônicos de Transparência Pública

Carla Dannielly Moraes de Alcantara¹
Roberta Cruz da Silva²

Resumo

Introdução: este estudo apresenta uma análise da transparência e participação social na gestão pública dos municípios pernambucanos. **Objetivo:** tem-se o intuito de contribuir para uma reflexão sobre a efetividade da Lei de Acesso à Informação no concernente à implementação dos portais eletrônicos de transparência pública na esfera municipal. **Método:** a metodologia utilizada foi a pesquisa exploratória descritiva. Nela observa-se que a informação divulgada aproxima sociedade da gestão exercida por seus representantes e que não há que se alegarem dificuldades para implantação dessas técnicas, uma vez que se trata de um momento em que se tem disponível o avanço tecnológico e de um direito que é fundamental. Ademais, como fontes de pesquisa, foram utilizadas legislação, fontes doutrinárias específicas sobre o tema e dados governamentais, dos portais da Transparência e Tribunais de Contas. **Resultados:** é indispensável, para a redefinição do papel dos gestores públicos, dirigirem esforços imediatos para o combate à corrupção, uma vez que os desvios de recursos públicos constituem em uma temática que vem a cada dia preocupando a sociedade brasileira. Nesse contexto, a Lei de Acesso à Informação, que regulamenta alguns dispositivos da Constituição Federal de 1988 sobre o direito a receber informações dos órgãos públicos, atenderá seus objetivos, na medida em que o cidadão tiver a consciência do seu papel primordial na busca e no acompanhamento da informação, e que o gestor e demais incumbidos de tais tarefas cumprirem seus compromissos legais. **Conclusão:** por meio da análise de dados, com amostra também de gráficos coletados, confrontam-se pressupostos teóricos e legais com situações empíricas e verifica-se se há correlação entre teoria, legislação e prática, concluindo-se, que diversas medidas precisam ainda ser tomadas, uma vez que mesmo com todo o fundamento normativo, existem inúmeras dificuldades para validar a efetiva implementação da Lei de Acesso à Informação, inclusive no que se refere aos portais eletrônicos de transparência pública nos municípios do Estado de Pernambuco.

Palavras-Chave: Administração Pública. Município. Controle Social. Transparência. Informação.

Introdução

A Administração Pública tem sido alvo de controvérsias a respeito da transparência de seus atos. Fraudes e atos de corrupção encontram oportunidades para se propagar com maior

¹ Graduanda em Direito pelo Centro Universitário Tabosa de Almeida – ASCES / UNITA

² Bacharela e Mestre em Direito, pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB). Professora de Direito Administrativo e de Prática Constitucional-Administrativa do Centro Universitário Tabosa de Almeida (ASCES/UNITA); da Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP), e das pós-graduações da ASCES/UNITA; da ESMATRA/PE e do Complexo de Ensino Renato Saraiva (CERS/Recife). Advogada

facilidade em locais nos quais a gestão pública pode ocultar informações por julgá-las impróprias para o acesso da sociedade.

Acontece que, além dos dispositivos já expressos na Constituição Federal de 1988 que dispõem sobre a divulgação e transparência das informações públicas, o Brasil aprovou a Lei 12.527, a Lei de Acesso a Informação (LAI), de 18 de novembro de 2011, que protege o referido acesso e objetiva tornar menos obscuro o conhecimento da informação por parte dos cidadãos, no que se refere à forma como os nossos recursos públicos são administrados, ampliando a participação popular e fortalecendo esses instrumentos de controle de gestão, transparência e otimização de gastos públicos (BRASIL, 2011).

O acesso à informação além de ser um direito inscrito na Constituição Brasileira, é agora regulamentado por Lei Federal.

Essa Lei representa uma mudança de paradigma em matéria de transparência pública, uma vez que estabelece que o acesso é a regra e o sigilo, a exceção, ou seja, que qualquer cidadão poderá solicitar acesso às informações públicas, desde que essas não sejam classificadas como confidenciais (art 3º, I da LAI).

Entretanto, o presente estudo tem o intuito de aproximar a questão desse controle social, com a problematização do direito à informação e a transparência pública ativa dos portais eletrônicos nos municípios do Estado de Pernambuco, em termos de abordagem dada ao assunto na legislação vigente, confrontando então, a teoria com a situação fática atual desse mecanismo de controle, com base nas referidas normas em que se funda.

O objetivo da pesquisa, por conseguinte, foi analisar até que ponto os órgãos municipais do Poder Executivo do Estado de Pernambuco, estão cumprindo as obrigações previstas na Lei de Acesso à Informação, de publicar as informações de transparência ativa nos portais eletrônicos.

A relevância social e jurídica do presente estudo está na necessidade de maior aprofundamento nos estudos sobre o tema, tendo em vista que é um assunto de grande valia para o cidadão, isto é, além de poder contribuir para a área de conhecimento em que se insere, pode contribuir de forma mais ampla para a sociedade.

Para alcançar o objetivo proposto, utilizaram-se como procedimentos metodológicos a pesquisa exploratória e descritiva, pois além de explorar o problema com o intuito de torna-lo mais explícito, faz-se um levantamento de dados para sua análise e interpretação, dados esses qualitativos e também quantitativos.

Para subsidiar ainda o trabalho, serão utilizadas informações secundárias, as quais serão obtidas mediante pesquisas na legislação atual, referências doutrinárias, artigos e pesquisas de

casos já estudados, sites da *internet* que tratam de controle social, direito à informação e transparência pública, inclusive aqueles que externam dados governamentais, objetivando a partir destes, relatar fatores que interferem na atuação desse mecanismo de controle e no comportamento de seus atores, frente às informações disponibilizadas pelos órgãos e entidades do governo.

Este artigo, além desta introdução, expõe inicialmente sobre participação social democrática na Administração Pública na próxima seção. Em seguida, a seção dois retrata o direito de acesso à informação e sobre a transparência pública. Já a seção três faz uma análise crítica sobre a implementação dos portais eletrônicos de transparência pública nos municípios pernambucanos, onde acrescenta-se ao texto original, gráficos que demonstram a aplicação concreta dessa ferramenta, com o intuito de atualizar as reflexões desenvolvidas. E por fim, são apresentadas as conclusões.

1. A Administração Pública Democrática e o Controle Social

Antes de tratar, particularmente, sobre o controle da Administração Pública, faz-se necessária uma abordagem, embora concisa, sobre a própria Administração Pública, selecionando, para tanto, o âmbito municipal, haja vista os fins deste estudo.

Não obstante a doutrina trabalhar exaustivamente o conceito de Administração Pública e reconhecer que ele é polissêmico, ou seja, que exprime mais de um sentido (CARVALHO FILHO, 2015, p.11; DI PIETRO, 2015, p. 83), sob uma análise geral, Bresser Pereira (1995) consagra que “A Administração Pública se refere ao aparelho estatal, ou seja, ao conjunto formado por um governo e seus agentes administrativos, regulado por um ordenamento jurídico”.

Desde logo, observa-se que a Administração Pública tem como objetivo principal o interesse público, e segue diversos princípios, entre eles os princípios constitucionais explícitos da legalidade, impessoalidade, moralidade, eficiência e publicidade, conforme o art. 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988. Esses princípios são normas de observância permanente e obrigatória expressos na Constituição Federal e têm a função de dar coerência e singularidade à Administração Pública em relação direta com o direito administrativo, ou seja, a Administração Pública tem que ser exercida em harmonia com estes princípios, e as ações que os contrariem serão consideradas inválidas.

O princípio da publicidade é aquele que impõe à Administração Pública a tornar acessível à sociedade o conhecimento dos atos que lhe dizem respeito, conferindo transparência

à sua atuação. A publicidade, nas palavras da atual presidente do Supremo Tribunal Federal e do Conselho Nacional de Justiça, Cármen Lúcia Antunes Rocha, em relatório de uma de suas decisões:

A Publicidade [...] é que confere certeza às condutas estatais e segurança aos direitos individuais e políticos dos cidadãos. Sem ela, a ambiguidade diante das práticas (estatais) conduz à insegurança jurídica e à ruptura do elemento de confiança que o cidadão tem que depositar no Estado (BRASIL, STF, 2007, pp. 6-7).

Com a evolução do mundo econômico, desenvolveu-se um conjunto de atividades estatais voltadas a conduzir recursos para financiar as políticas sociais, a fim de que os objetivos primordiais do Estado fossem alcançados. Portanto, o Estado precisa do ingresso desses recursos para fortalecer sua missão de construir uma vida patente e digna para o povo. Isto posto, a sociedade, além de participar da gestão e do acompanhamento das políticas públicas, deve acompanhar a realização das despesas, para que os recursos não sejam desviados ou mal administrados, exercendo o controle dos recursos públicos (BRASIL, CGU, 2012, p. 14).

Onde há poder é possível que haja abusos, nessa linha convém reaver algumas ideias do filósofo e escritor Montesquieu acerca do assunto, o qual entendia que “a liberdade política só se encontra nos governos moderados. Mas nem sempre ela existe nos Estados moderados; só existe quando o poder não é abusado; mas é uma experiência eterna que todo o homem que tem poder é levado a abusar dele; vai até encontrar limites” (MONTESQUIEU, 2011, p. 303), nesse caso, seria esse limite uma espécie de controle.

Nos dizeres de Carvalho Filho (2015, p. 975), conceitua-se controle da Administração Pública como “O conjunto de mecanismos jurídicos por meio dos quais se exerce o poder de fiscalização e de revisão da atividade administrativa em qualquer das esferas de Poder”.

Logo, no que se refere às espécies desse Controle, a doutrina também não é uniforme, nem quanto às formas, nem quanto aos órgãos e nem quanto ao momento, mas, quanto aos mais relevantes, seguindo o objetivo do trabalho, tem-se o Controle Institucional, que um Órgão ou Poder exerce sobre o outro, e tem-se o acompanhamento da gestão e fiscalização dos gastos, realizados pela coletividade, ou seja, que inclui o administrado como legitimado capaz de exercer o controle administrativo, intitulado de Controle Social (BRASIL, CGU, 2012, pp. 16-17).

Segundo Nery Ferrari (2005, p. 228): “Outro controle instituído pela Constituição de 1988 é o exercido pelo próprio povo, sendo qualquer contribuinte parte legítima para fiscalizar as contas do Município e ilícitos administrativos, conforme dispõe o § 3º do art. 31 da Constituição Federal”.

Por permitir essa participação contínua é que essa espécie de controle propicia e torna real a vivência da Democracia, uma vez que é assegurado pela Constituição Federal e permite ao cidadão interferir no planejamento, na execução e no monitoramento das atividades do governo. Sendo muitas vezes denominado de Democracia Direta.

Nessa linha de raciocínio, o assunto será minudenciado adiante.

2. O Direito à Informação e a Transparência Pública

No Brasil, a participação social se encontra em processo de aprimoramento nos últimos anos e a preocupação em estabelecer um controle social efetivo torna-se ainda maior, em razão da extensão territorial do país e da descentralização geográfica dos órgãos públicos, cuja estratégia deve ser a criação de métodos eficazes que viabilizem a participação dos cidadãos nas decisões.

No ano de 1998, foi publicada a Lei nº 9.755, de 16 de dezembro de 1998, que dispõe sobre a criação de *homepage* na *internet*, pelo Tribunal de Contas da União, para divulgação de dados e informações (BRASIL, 1998).

Em seguida, foi publicado um Decreto da Presidência da República de nº 5.482 de 30 de junho de 2005, que trata sobre a divulgação de dados e informações pelos órgãos e entidades da administração pública federal na *internet*, com a finalidade de transmitir informações e dados *online* (BRASIL, 2005).

Com o intuito de regulamentar ainda a atuação e estrutura da Controladoria-Geral da União, órgão de controle interno do Poder Executivo Federal relativo à transparência de gestão e defesa de patrimônio público, foram criados então, dois veículos de comunicação do governo federal para com a sociedade: o primeiro é o Portal da Transparência apresentado ao cidadão, em um único sítio, com informações sobre recursos públicos federais. E o segundo, páginas de transparência pública que se apresentam, em site próprio de cada órgão e entidade da Administração Pública, contendo informações sobre a execução orçamentária e financeira da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Esses portais reúnem diversas informações sobre o uso dos recursos estatais e as disponibiliza para todo cidadão, sendo uma poderosa ferramenta de apoio ao exercício do controle social, permitindo ao cidadão ser um fiscal da correta aplicação dos recursos públicos, sobretudo nas ações destinadas à sua comunidade (BRASIL, CGU, 2012. p. 31).

Em 2009 foi sancionada a Lei Complementar nº 131 de 27 de maio de 2009, também conhecida como Lei da Transparência, que regulamenta o padrão mínimo de qualidade da

informação e inova a questão da obrigatoriedade de disponibilização de informações em tempo real sobre a execução orçamentária. Este processo culminou com a Lei de Acesso à Informação de 2011 (BRASIL, 2009).

Os avanços na tecnologia da informação do governo oferecem a facilitar esse acesso ao público às informações públicas.

A Lei Máxima do país, que reconheceu e ampliou os direitos sociais, traz alguns dispositivos que mostram a preocupação em tornar os cidadãos mais atuantes desse processo de controle nas finanças públicas, os quais estão transcritos abaixo no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216, e que preceituam que qualquer pessoa pode solicitar e receber dos órgãos e entidades públicos, entes e poderes, informações por eles produzidas, obedecendo ao Princípio da Publicidade (BRASIL, 1988). Esses direitos são ainda regulamentados pela Lei Federal nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, conhecida como Lei de Acesso à Informação:

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:

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;

[...]

Art. 37. 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 e, também, ao seguinte:

§ 3º A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente:

II - o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII;

[...]

Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:

§ 2º - Cabem à administração pública, na forma da lei, a gestão da documentação governamental e as providências para franquear sua consulta a quantos dela necessitem.

É importante dizer que a Lei de Acesso à Informação, abrange União, Estados, DF e municípios, em todos os seus Poderes e subordina todos os seus órgãos públicos integrantes da administração direta, desde a entrada em vigor em 16 de maio de 2012 (art. 1º da LAI).

O Direito do Acesso à Informação também é protegido e reconhecido em âmbito internacional por organismos como a Organização das Nações Unidas (ONU), a Organização dos Estados Americanos (OEA) e também por intermédio da Declaração Universal dos Direitos

Humanos. O artigo 13 da Convenção Americana trata da obrigação do Estado de permitir o acesso à informação aos cidadãos:

Art. 13. Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e ideias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha.

Quanto à sua Declaração de Princípios:

[...]

Princípio 2: Toda pessoa tem o direito de buscar, receber e divulgar informações e opiniões livremente, nos termos do artigo 13 e todas as pessoas devem contar com igualdade de oportunidades para receber, buscar e divulgar informação.

[...]

Princípio 4: O acesso à informação em Poder do Estado é um direito fundamental do indivíduo. Os Estados estão obrigados a garantir esse direito.

O fornecimento de informações pelo setor público à sociedade, como já citado, é denominado Princípio da Transparência. Essa transparência implica, no entanto, um trabalho simultâneo do governo e da sociedade: o governo levando informação à sociedade e esta buscando a informação de que tudo que é público pertence a nós (BRASIL, CGU, 2012, p.27).

Para Martins Junior (2010, p.51):

A transparência administrativa garante a legitimação material da administração pública e resulta da própria participação do administrado na gestão, do interesse público mediante o controle, a fiscalização e a possibilidade de influenciar no processo decisório das medidas que interferem diretamente no seu cotidiano.

Para tanto, a Lei 12.527/11, em seu art. 8º, estabelece que divulgação das informações pode se dar de maneira ativa, por iniciativa da Administração Pública ou mediante provocação do administrado, que é a chamada transparência passiva (art. 10).

A LAI também prevê que essas informações também devem estar disponíveis em sítio na internet, como já citado, ficando dispensados disso apenas os municípios com população de até 10 mil habitantes, como dispõe o § 4º do art. 8º:

[...]§ 4º Os Municípios com população de até 10.000 (dez mil) habitantes ficam dispensados da divulgação obrigatória na internet a que se refere o § 2º, mantida a obrigatoriedade de divulgação, em tempo real, de informações relativas à execução orçamentária e financeira, nos critérios e prazos previstos no art. 73-B da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal).

Nesse viés, a partir da edição da Lei de Acesso à Informação, o procedimento nela previsto, passou a ser executado com base nas seguintes premissas previstas no seu art. 3º:

- I- a publicidade é a regra, o sigilo a exceção;
- II- as informações de interesse público devem ser fornecidas independentemente de solicitação;
- III- viabilizar as informações por meio de tecnologia de comunicação;
- IV- fomentar a cultura da transparência na administração Pública;
- V- propiciar o desenvolvimento do controle social da administração Pública.

No entanto, como já visto, é notável que a ampliação da divulgação dos atos da Administração Pública a milhões de cidadãos contribui significativamente para o fortalecimento da democracia, valorizando e desenvolvendo noções de cidadania.

A Lei de Acesso à Informação é relevante e necessária, mas talvez demore muitos anos para dar resultados.

3. Análise crítica sobre a implementação dos portais eletrônicos de transparência nos municípios pernambucanos

Delineando um estudo aprofundado sobre a transparência pública nos municípios do Estado de Pernambuco, é de suma importância ressaltar que a preocupação com a transparência no Brasil tem sido estimulada com exemplos de outros países, como a Suécia em 1766; os Estados Unidos em 1966; a Colômbia, pioneira na América Latina, em 1888; o México, em 2002; Chile, Uruguai, entre outros, que também aprovaram leis de acesso à informação, conforme o manual da LAI para Estados e municípios (BRASIL, CGU, 2013, p. 8).

O avanço tecnológico acarretou mudanças na legislação, obrigando os governos a disponibilizar informações de modo direto e imediato. Daí a necessidade de criação de portais e sistemas *online* e também dos referidos portais de transparência, trazendo consigo, novos desafios para a administração pública (SILVA, 2005, pp. 450-468).

A questão é que existem ainda inúmeras dificuldades para efetivarem-se os preceitos do princípio da transparência, seja por inefetividade da gestão, por falta de recursos, ou até mesmo por não atribuírem-lhe a devida importância.

Segundo Culau e Fortis, (2006, p.12), “As duas principais dificuldades estão associadas à baixa escolarização da população brasileira, especialmente a “alfabetização digital”, e ao “hermetismo da linguagem técnica.” Ou seja, as dificuldades começam para a sociedade, com os obstáculos organizacionais, como o linguajar tecnicista empregado nas referidas informações, uma vez que a Administração Pública possui um vocabulário singular, distanciando-se do cidadão e evidenciando-se como um dos obstáculos básicos ao entendimento dos resultados proporcionados pelas ações do governo.

Por essa razão, é que além de dar publicidade às suas ações, o setor público deve avaliar se tais informações estão em nível suficiente de entendimento, disponibilizadas em tempo real e em meios eletrônicos de acesso público e tentar facilitá-las ao máximo para que haja o pleno exercício do controle social.

Quanto à alfabetização digital, o cidadão deveria ser despertado com essas questões relacionadas aos valores sociais desde a escola, tendo uma educação voltada para a cidadania, ou seja, assim como ensinam as disciplinas escolares, questões relacionadas à convivência do cidadão em sociedade e valores sociais, a educação voltada à cidadania também deveria ser tema esse a ser debatido e assimilado desde a infância em sala de aula, no intuito de conscientizar e despertar o interesse pela coisa pública.

A publicidade é requisito de eficácia, efetividade e moralidade. A doutrina é unânime no sentido de que um dos principais objetivos do princípio da publicidade é mostrar aos administrados, os atos praticados pelos administradores públicos. Mello (2015, p. 117) assim esclarece:

Consagra-se nisto o dever administrativo de manter plena transparência em seus comportamentos. Não pode haver em um Estado Democrático de Direito, no qual o poder reside no povo (art. 1º, parágrafo único, da Constituição), ocultamento aos administrados dos assuntos que a todos interessam, e muito menos em relação aos sujeitos individualmente afetados por alguma medida.

Entretanto, no que tange à divulgação por meio eletrônico, a questão continua sendo desafiadora. Vale salientar, que em muitas localidades ainda há a limitação desse controle, pois as informações sequer são disponibilizadas, desobedecendo às seguintes determinações da LAI:

Art. 8º É dever dos órgãos e entidades públicas promover, independentemente de requerimentos, a divulgação em local de fácil acesso, no âmbito de suas competências, de informações de interesse coletivo ou geral por eles produzidas ou custodiadas.

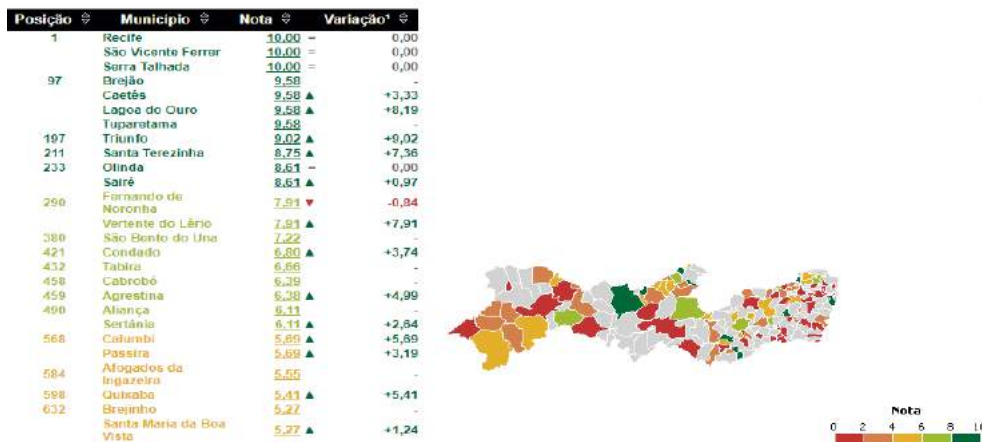
[...]

§ 2º Para cumprimento do disposto no caput, os órgãos e entidades públicas deverão utilizar todos os meios e instrumentos legítimos de que dispuserem, sendo obrigatória a divulgação em sítios oficiais da rede mundial de computadores (*internet*).

Atualmente, os *sites* públicos voltados para divulgação de informações são assim conhecidos, por: “Portais da Transparência”. São *sites* nos quais a Administração divulga e disponibiliza todos os dados referentes às contas públicas, como já citado anteriormente.

Em relação à limitação desse tipo de controle, toma-se como exemplo o Estado de Pernambuco, que possui cerca de 8.796.448 habitantes (BRASIL, IBGE, 2010) e que na Escala Brasil Transparente, em seu último Panorama dos Governos Municipais, dos seus 185 municípios, apenas 20 estão acima da média, como mostra a imagem abaixo do referido relatório, disponibilizada no site do próprio Portal da Transparência:

Escala Brasil Transparente
Panorama dos Governos Municipais - Pernambuco
3.^a avaliação



FONTE: BRASIL, Portal da Transparência - Relatórios (2017)

No Estado de Pernambuco, a Lei de Acesso à Informação obteve força através do Instrumento Legal de nº 14.804, de 29 de outubro de 2012, que regula o acesso às informações do Poder Executivo estadual, certificando assim “o direito fundamental de acesso às informações em consonância com as normas gerais disciplinadas na Lei Federal nº 12.527 de 18 de novembro de 2011” (PERNAMBUCO, ALEPE LEGIS, 2012).

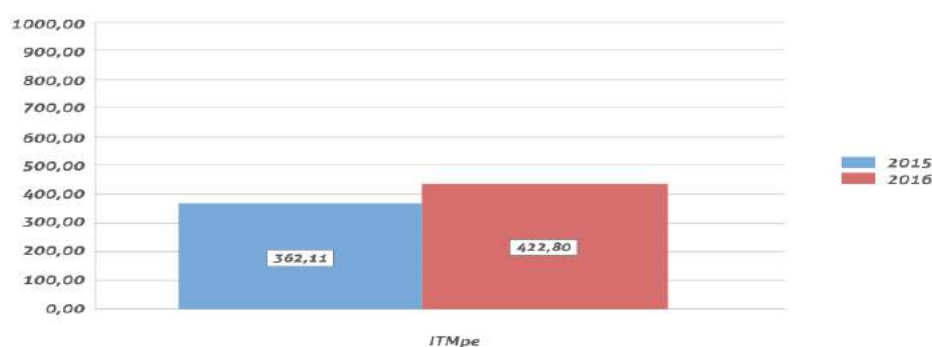
Anualmente, o nível de transparência dos municípios pernambucanos é avaliado a partir de um diagnóstico dos portais da transparência das prefeituras com o intuito de estimular a melhoria da transparência pública, e facilitar consequentemente, o controle social.

O último exercício do supradito diagnóstico é referente ao ano de 2016, sendo o primeiro do ano de 2012 desde a entrada em vigor da LAI. Esse exercício tomou por base as exigências contidas na Lei Complementar nº 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal), na Lei Complementar nº 131/2009, que determina a disponibilização em tempo real de informações sobre a execução orçamentária e financeira, no Decreto nº 7.185/2010 que dispõe sobre o padrão mínimo de qualidade do sistema integrado de administração financeira e controle, no âmbito de cada ente da Federação, e na Lei nº 12.527/2011 (LAI), que regulamenta o acesso à informação previsto no inciso XXXIII do art. 5º da Constituição Federal de 1988 (PERNAMBUCO, TCE, 2016).

Para cada portal avaliado é calculado o ITMpe – Índice de Transparência dos Municípios de Pernambuco, iniciado pelo Tribunal de Contas, e que pode variar entre zero e 1.000 pontos. De acordo com o valor obtido, os portais são classificados em cinco níveis de transparência: 1, 2, 3, 4 e 5 (PERNAMBUCO, TCE, 2016).

O Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco em sua pretensão de intensificar as ações com vistas a aperfeiçoar a qualidade das informações disponibilizadas aos cidadãos, já tentou de várias maneiras pedagógicas e por meio de auditagens, melhorar a questão da transparência no Estado, priorizando, por exemplo, a orientação aos gestores, por meio da Escola de Contas, onde foram oferecidos vários cursos relacionados à transparência para que os estes pudessem aprofundar os conhecimentos sobre a legislação e aperfeiçoar seus portais. Além disso, foram enviados Alertas de Responsabilização aos mesmos para que implantassem melhorias em suas administrações, bem como, se necessário fosse, processos de gestão fiscal seriam formalizados resultando em aplicação de multas por descumprimento da legislação, além do anexo das informações de cada prefeitura aos processos de prestação de contas do governo, que podem contribuir para o opinativo por parte do Tribunal para a rejeição de contas da gestão (PERNAMBUCO, TCE, 2016).

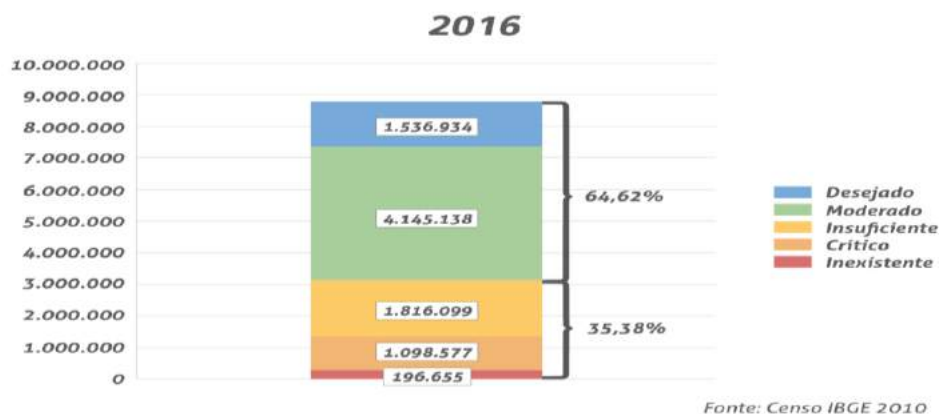
A seguir tem-se o gráfico comparativo que representa os Índices médios de transparência nos exercícios 2015 e 2016 dos municípios do Estado de Pernambuco. De acordo com o TCE, em 2016, cerca de apenas 43% das prefeituras dos municípios pernambucanos encontram-se nos níveis moderado (2) e desejado (1) de transparência pública. O Portal da Transparência da Prefeitura do Recife ainda continua sendo o único enquadrado no nível Desejado, embora ainda tenha espaço para melhorias. Por outro lado, houve apenas um aumento razoável de prefeituras cujos Portais da Transparência foram melhor avaliados e passaram a integrar o rol dos enquadrados no nível Moderado de transparência pública (PERNAMBUCO, TCE, 2016). Um aumento minimamente satisfatório:



FONTE: PERNAMBUCO, TCE (2016)

Já no gráfico a seguir, é apresentada a distribuição populacional do Estado por Nível de Transparência. Em 2016, para 64,62% já é possível o exercício de um controle social mais efetivo, enquanto ainda para 35,38% da população encontra-se prejudicada quanto ao exercício

do controle social, vez que esta reside em municípios que alcançaram apenas os níveis de transparência Inexistente, Crítico ou Insuficiente, nos portais de suas prefeituras:



FONTE: PERNAMBUCO, TCE (2016)

Aparentemente, parece ser um número insignificante a quantidade populacional que se encontra abaixo do nível esperado, acontece que 35,38% correspondem a aproximadamente um total de 3.112.036 da população pernambucana, segundo o Censo do IBGE do ano de 2010. Um número consideravelmente alto, ainda, tendo por base o total da população.

Consoante às tabelas que apresentam o ranking dos 10 municípios do estado de Pernambuco cujos portais de transparência obtiveram os maiores índices em 2016, e o ranking dos 10 municípios do estado de Pernambuco cujos portais de transparência obtiveram os menores índices em 2016, respectivamente, também extraídas dosite do TCE/PE, denota-se que os municípios com menor índice de transparência são os que geralmente apresentam os maiores problemas de gestão.

Desde o início da implementação da Lei de Acesso a Informação, com a busca pelo aperfeiçoamento dos Portais da Transparência dos Municípios do Estado de Pernambuco, além dos Alertas de Responsabilização e Processos de Gestão Fiscal, iniciados pelo TCE/PE, o Ministério Público Federal (MPF) juntamente inclusive com o Ministério Público do referido Estado (MPPE), também têm se mostrado atuante, e além das audiências promovidas e debates de implementação dos Portais da Transparência diretamente com os cidadãos em alguns municípios, foram expedidos diversos documentos, entre eles, recomendações (instrumento de atuação extrajudicial da instituição) e termos de ajustamento de condutas (Tac's) a gestores para seguirem os princípios de responsabilidade e transparência, pois foram constatadas diversas irregularidades nas administrações municipais através de práticas atentatórias a esses

princípios de responsabilidade e transparência da gestão fiscal, prejudicando tanto a sociedade, quanto os cofres públicos (PERNAMBUCO, MP, 2017).

Caso tais irregularidades persistissem, ações civis públicas seriam ajuizadas conjuntamente de forma coordenada. Como muitos gestores não cumpriram as recomendações, até o ano de 2014, houve o ajuizamento de algumas ações civis públicas em face de diversos municípios, pelo MPPE, para garantir a implementação dos seus portais. Entre eles, aos municípios de Inajá, Manari, Garanhuns, Lagoa do Ouro, Buíque, Tupanatinga, Águas Belas, Itaíba e Sertânia (PERNAMBUCO, MP, 2017).

Nos casos de municípios que não têm sequer portais na *internet*, mesmo após expirado o prazo da recomendação, uma linha de atuação ainda mais drástica é adotada, podendo envolver, entre outras medidas, ajuizamento de ações de improbidade por crimes de responsabilidade contra prefeitos e expedição de recomendações para que a União suspenda os repasses de transferências voluntárias aos municípios que não se adequarem às normas em tempo hábil (art. 10, Itens 4 e 12, Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950 e art. 1º, incisos VII e XXIII, Decreto-Lei nº 201, de 27 de fevereiro de 1967, respectivamente). Situações danosas ao patrimônio público (PERNAMBUCO, MP, 2017), porém, após a referida data, não foram constatadas informações acerca de mais nenhuma ação que tenha sido ajuizada.

Vale salientar, que segundo a LC nº 131/2009, o prazo estabelecido aos municípios para que desenvolvam seus respectivos portais, a contar da data de sua publicação (28 de maio de 2009), são de:

- I- 1 (um) ano para a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios com mais de 100.000 (cem mil) habitantes - maio de 2010;
- II- 2 (dois) anos para os Municípios que tenham entre 50.000 (cinquenta mil) e 100.000 (cem mil) habitantes - maio de 2011;
- III- 4 (quatro) anos para os Municípios que tenham até 50.000 (cinquenta mil) habitantes – maio de 2013.

Contudo, diante do exposto, é notável que mesmo com diversas normas e órgãos fiscalizadores, que tem como intuito fornecer uma maior transparência aos dados da Administração Pública no Brasil, o país ainda não obteve nível de excelência neste assunto.

Observa-se que, grande parte da população, além de não demonstrar tanto interesse no que se refere ao controle social, também não tem o incentivo de participação popular que deveria ser capitaneado pelo Poder Público. Tamanho é o desinteresse do Estado, a inexistência de estratégias mais institucionalizadas e de mecanismos mais eficazes e efetivos, capazes de promover o controle social.

O cidadão deve também ser estimulado a oferecer denúncias sobre eventuais irregularidades verificadas na gestão dos recursos. Como os agentes desse controle não podem julgar nem punir as irregularidades encontradas, esse papel, em países democráticos como nosso, cabe à justiça, a qual precisa ser acionada pelo Ministério Público ou pelo próprio cidadão. Assim, ao cidadão que exerce tal controle e se depara com situações irregulares, pode encaminhar denúncias aos órgãos responsáveis, e não atribuir esse trabalho somente ao Tribunal de Contas do Estado ou à Casa Legislativa Municipal que são os órgãos fiscalizadores incumbidos em âmbito municipal.

Outrossim, não se pode alegar dificuldades de implementação dessas técnicas diante de um mundo tecnologicamente avançado e também diante de um direito fundamental, que é o direito à informação. Se a sociedade manifestasse seu inconformismo com tais descasos, muitas situações seriam evitadas. A ação popular é a que contém mais força, e no setor histórico que nos encontramos é notório que com a diminuição da passividade dos cidadãos, inúmeras conquistas hão de serem ainda obtidas. “Povo” não é apenas um referencial quantitativo a manifestar-se em anos de eleições, têm que se fazer presente de forma ativa no processo democrático do governo.

Conclusão

Há vários instrumentos para se exercer o controle social, atualmente, no Brasil, bem como, há diversos dispositivos legais que asseguram sua implementação. Entretanto, uma parcela considerável da sociedade ainda desconhece ou não atua utilizando essas ferramentas de democracia e participação social. E, tal postura da sociedade, dificulta a perfeita utilização dos meios de controle.

Como esses instrumentos são utilizados como práticas de vigilância para propiciar resoluções favoráveis e atender às reclamações da população em geral, é necessária a participação de todos.

A Constituição Federal do Brasil de 1988 traz uma inovação, que é o direito a receber informações, e que é ainda disciplinado por diversas outras normas como a LAI (Lei de Acesso à Informação), às quais se sujeitam União, Estados, Distrito Federal e também os Municípios.

A LAI veio para conferir maior transparência e é considerada requisito essencial para o Estado Democrático de Direito. Há também outras normas acerca do assunto, inclusive que tratam sobre a divulgação de informações e dados na internet, como o Decreto de nº 5.482 de 30 de junho de 2005 da Presidência da República,

A partir desse decreto, foram criados dois veículos de comunicação do governo para a sociedade: o Portal da Transparência exibido em um único sítio do governo, e as páginas de transparência pública que se apresentam, em site próprio de cada órgão e entidade da administração pública, seja ela federal, estadual ou municipal.

É notável que na esfera federal esse dispositivo tenha uma maior eficácia. De maneira oposta, nos municípios, o conhecimento e a fiscalização é em menor número, então consequentemente esse direito muitas vezes passa despercebido e é também muitas vezes violado. Prova disso são os portais eletrônicos de transparência pública com níveis abaixo do desejado em muitas cidades do Estado de Pernambuco.

Logo, diversas medidas ainda precisam ser tomadas para que esse cenário atinja sua meta, e o primeiro passo é tornar os programas voltados para a educação fiscal e cidadã uma realidade das escolas e universidades, introduzindo seus conceitos de controle social e transparência na educação dos Estados e municípios, tendo em vista que esse exercício encontra-se em evolução, e a sociedade brasileira em geral, não tem uma experiência consolidada em relação ao exercício da cidadania e a efetivação da democracia como prática social.

Referências

BRASIL. **Acesso à Informação GOVERNO FEDERAL**. Disponível em: <http://www.acessoainformacao.gov.br/>. Acesso em: abr.2017

_____. CGU. Cartilha de Controle Social, *Olho Vivo no Dinheiro Público*, 2012: **Orientações aos cidadãos para participação na gestão pública e exercício no controle social**. Disponível em: www.cgu.gov.br. Acesso em: mai.2017

_____. _____. *Brasil Transparente. MANUAL da Lei de Acesso à Informação para Estados e Municípios*. Brasília, 1 ed, 2013. Disponível em: www.cgu.gov.br. Acesso em: mai.2017

_____. **Constituição Federal da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: abr. 2017

_____. **Decreto nº 5.482, de 30 de junho de 2005**. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: jul. 2017

_____. **Decreto-Lei nº 201, de 27 de fevereiro de 1967**. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: set. 2017

_____. **Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950**. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: set. 2017

_____. **Lei nº 12.527 de 18 de novembro de 2011**. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: abr. 2017

_____. **Lei nº 9.755, de 16 de dezembro de 1998**. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: jul. 2017

_____. **Lei Complementar nº 131 de 27 de maio de 2009**. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: jul.2017

_____. **Portal da Transparência**: www.portaldatransparencia.gov.br. Acesso em: jun.2017

_____. STF. **Relatório de Julgado da Ministra Carmen Lúcia**. Mandado de Segurança 26.920-DF. Disponível em: www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia. Acesso em: 05/2017

BRESSER PEREIRA, L. C. **Estado, aparelho do Estado e sociedade civil**. Brasília: ENAP, 1995.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 28 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

CIDH. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**: Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Disponível em: www.oas.org/pt/cidh/. Acesso em: mai.2017

_____. **Declaração de Princípios dos Direitos Humanos**. Disponível em: www.oas.org/pt/cidh/. Acesso em: mai.2017

CULAU, A. A.; FORTIS, M. F. A. **Transparência e controle social na administração pública brasileira: avaliação das principais inovações introduzidas pela Lei de Responsabilidade Fiscal**. In: CONGRESO INTERNACIONAL DEL CLAD SOBRE LA REFORMA DEL ESTADO Y DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, 11., 2006, Cidade da Guatemala, Anais... Cidade da Guatemala: Instituição promotora do Evento, 2006. Disponível em: http://bvc.cgu.gov.br/bitstream/123456789/3235/1/transparencia_controle_social_adminis_tracao.pdf. Acesso em: ago.2017

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 28 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Direito Municipal**. 2 ed.. São Paulo: RT, 2005.

MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. **Transparência Administrativa: publicidade, motivação e participação popular**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 32 ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

MONTESQUIEU. **Do espírito das leis**. (Trad. Miguel Morgado). Lisboa: Edições 70, 2011.

PERNAMBUCO. ALEPE LEGIS. **Lei nº 14.804, de 29 de outubro de 2012**. Disponível em: <http://legis.alepe.pe.gov.br/arquivoTexto.aspx?tiponorma=1&numero=14804&complemento=0&ano=2012&tipo=&url=>. Acesso em: ago.2017

_____. MPPE. **Notícias - Ações Cíveis Públicas acerca dos Portais Eletrônicos Municipais de Transparência**. Disponível em: <http://www.mppe.mp.br/mppe/>. Acesso em: ago.2017

_____. TCE. CONTAS ABERTAS. **Índice de transparência**. 2016. Disponível em: <http://www.tce.pe.gov.br/indicedetransparencia2016/> Acesso em: ago.2017

SILVA, S.P. (2005). **Graus de participação democrática no uso da Internet pelos governos das capitais brasileiras**. Opinião Pública, Campinas, XI (2).

ATUAÇÃO DAS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS DE SAÚDE NO ESTADO DE PERNAMBUCO: uma análise sobre os impactos da ADI 1923 no concernente ao controle das instituições

Cecília de Freitas Gomes¹

Prof. Msc. Roberta Cruz da Silva²

Resumo

O presente trabalho aborda as Organizações Sociais, que são entidades que atuam paralelamente ao Estado, fornecendo serviços semelhantes aos ofertados na esfera estatal. Para tanto, é necessária realização de contrato de gestão com o Poder Público, sendo prevista na Constituição Federal de 1988, a possibilidade de dispensa de licitação na contratação. Inclusive, há uma ADI que questiona tal previsão. Mister, portanto, analisar as implicações de tal dispensa nos contratos e o controle realizado quando existem irregularidades no processo. Figura como objetivo da pesquisa analisar o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.923 e a repercussão desta quanto à instituição de Organizações Sociais cujo objetivo principal é a obtenção de lucro, desrespeitando, assim, o que é disposto pela lei específica, bem como o processo de controle para combater tal prática nas Organizações sociais em saúde em Pernambuco. Pretende-se concluir a análise de como a instituição IMIP realiza seus contratos de gestão com o estado de Pernambuco, e as implicações que a dispensa de licitação traz ao processo, verificando-se os mecanismos de controle existentes. Valendo-se do método hipotético-dedutivo, parte da suposição de que a decisão apresentada pelo STF no julgamento da ADI 1923, permite, entre outras situações, que haja criação de Organizações Sociais que visem somente ao lucro, desrespeitando, assim, o que é proposto pela lei específica que regula o instituto. Assim, utilizando a abordagem qualitativa, será feita uma análise dos dados encontrados no julgamento da ADI 1923 que se adequam à realidade das Organizações Sociais em saúde de Pernambuco, observando a influência do fenômeno da dispensa de licitação na contratação com a entidade escolhida, qual seja, a O.S IMIP HOSPITALAR. Pretende-se concluir a análise de como a instituição IMIP realiza seus contratos de gestão com o estado de Pernambuco, e as implicações que a dispensa de licitação traz ao processo, verificando-se os mecanismos de controle existentes.

Introdução

Diante do cenário de Reforma Administrativa do Estado inicialmente proposto em 1995, houve uma maior preocupação com a delegação da prestação de serviços realizados precipuamente pelo Poder Público, por meio de seus órgãos, para instituições privadas que pudessem realizar tais serviços em áreas como saúde, educação, meio ambiente e pesquisa científica.

¹ Bacharelada em Direito pelo Centro Universitário Tabosa de Almeida – ASCES/UNITA; Integrante do Grupo de Pesquisa “Cidadania e Segurança Pública na Sociedade do/de risco”.

² Orientadora. Bacharela e Mestre em Direito, pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB). Professora de Direito Administrativo e de Prática Constitucional-Administrativa da Faculdade ASCES; da Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP), e das pós-graduações da Faculdade ASCES; da ESMATRA/PE e do Complexo de Ensino Renato Saraiva (CERS-Recife). Advogada.

Nesse ínterim, foi editada a lei 9.637/98, que rege as chamadas Organizações Sociais, entidades privadas, que assumem a prestação dos serviços retromencionados, desde que cumpram os requisitos estabelecidos na própria lei, recebendo assim dotação orçamentária, cessão de servidores e bens públicos para realização do serviço.

Faz-se mister salientar que a transferência das funções desempenhadas pelo Poder Público para entidades privadas não o desabona da qualidade de fiscalizador, bem como, de mantenedor da qualidade dos serviços prestados à comunidade.

Ocorre que, na prática relativa a esse tipo de contrato, ainda pairam muitas dúvidas quanto à forma de fiscalização, fato que acaba por dificultar a transparência e a eficiência na produção de resultados. A Lei 9.637/98 preconiza, em seu art. 8º, caput, que a fiscalização do contrato será feita “pelo órgão ou entidade supervisora da área de atuação correspondente a atividade fomentada”, ao passo que o art. 9º do referido texto legal, aduz que somente em caso de irregularidade ou ilegalidade na utilização dos recursos ou dos bens públicos é que os responsáveis pela fiscalização do contrato de gestão darão ciência ao Tribunal de Contas.

Surge então, o questionamento acerca desse modelo de fiscalização e controle imposto pela lei, posto que não parece razoável, de acordo com os princípios que regem a Administração Pública, que o órgão que contrata as entidades privadas seja, na grande maioria das vezes, o mesmo órgão que as fiscaliza.

Outra questão pertinente ao estudo que ora se apresenta, trata-se da hipótese constitucional de dispensa de licitação quando do processo de contratação com tais entidades, prevista no art. 37, inciso XXI, da Carta Magna de 1988 e corroborada pelo art. 24, inciso XXIV da Lei 8666/93 (Lei de Licitações e Contratos Administrativos).

Sendo tal dispositivo eivado de possível desrespeito a princípios constitucionais na hipótese mencionada, a exemplo do princípio da impessoalidade, foi instaurada Ação Direta de Inconstitucionalidade, em 1998, que questiona tal previsão. À luz do que foi julgado pelo Supremo Tribunal Federal, em relação a ADI 1923, que questiona, entre outros pontos, a falta de legitimidade na transferência dos serviços públicos a entidades que submetem-se ao Regime de Direito Privado, a pesquisa, valendo-se do método hipotético-dedutivo, pretende analisar as repercussões do entendimento da Suprema Corte no caso em questão, no que concerne aos contratos realizados pela Administração Pública pernambucana, notadamente, com a Fundação Martiniano Fernandes, O.S IMIP hospitalar, e qual o impacto da contratação direta para o Estado, além de ressaltar as possíveis incongruências existentes no processo de controle de tais entidades.

1. A Dispensa de Licitação no Contrato de Gestão das Organizações Sociais: possível inconstitucionalidade

A licitação é um procedimento por meio do qual a Administração seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse, estabelecendo como pressuposto o respeito ao princípio da isonomia, garantindo, assim, a igualdade entre os licitantes.

Segundo Carvalho Filho (2015, p. 239), citando Sayagués Laso (v. I, p. 552) “Sendo um procedimento anterior ao próprio contrato, permite que várias pessoas ofereçam suas propostas, e, em consequência, permite também que seja escolhida a mais vantajosa para Administração”.

Em 2010, nova redação foi dada ao art. 3º da lei em comento por meio da Lei 12.349/10, estabelecendo mais uma finalidade ao processo: a promoção do desenvolvimento nacional sustentável.

Nesta senda, mister salientar o posicionamento de Niebuhr (2013, p. 36):

Na redação original do dispositivo, as finalidades eram duas, a observância do princípio constitucional da isonomia e a seleção da proposta mais vantajosa. Atualmente com a redação dada pela Lei nº 12.349/10, também é finalidade da licitação a promoção do desenvolvimento nacional sustentável.

Sabe-se que a referida lei tem como objetivo direcionar as normas contidas no art. 37 da Constituição Federal de 1988, dispendo sobre as formas de contratação e modalidades de licitação, além de especificar os casos em que esta última é obrigatória, dispensável ou inexigível.

No dispositivo supracitado, estão elencados alguns princípios, dentre eles o da obrigatoriedade, correlato à licitação, previsto no inciso XXI, que estabelece a imposição da realização de procedimento licitatório quando da contratação de obras, serviços, compras e alienações por meio da Administração Pública, que aduz *in verbis*:

Art. 37. 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 e, também, ao seguinte:

[...]

XXI- ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, os serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. (grifos nossos)

Verifica-se, portanto, que a própria lei ressalva algumas hipóteses que, devido a suas peculiaridades, não se coadunam com a demora do rito licitatório: são os casos de dispensa de licitação. Marinela (2016, p. 490) classifica o instituto da seguinte maneira:

Para a doutrina brasileira, a Constituição acolheu a presunção absoluta de que a realização de prévia licitação produz a melhor contratação, porque assegura a maior vantagem possível à Administração Pública, com observância de princípios como

isonomia e impessoalidade. **Todavia, o art. 37, inciso XXI da CF limita essa presunção, permitindo a contratação direta sem a realização do certame nas hipóteses ressalvadas na legislação.** Desse modo, a contratação direta não representa desobediência aos princípios constitucionais. (grifos nossos)

Tal dispensa possui dois vieses, conceituados pela doutrina como licitação dispensável e licitação dispensada.

Impende ressaltar que a licitação dispensável, cujas hipóteses estão previstas no art. 24 da Lei 8.666/93, atribui uma discricionariedade à Administração Pública para julgar, de acordo com a oportunidade e conveniência, as hipóteses em que será dispensado o certame, respeitando-se os casos que já vierem expressamente designados pela legislação, haja vista tratar-se de rol *numerus clausus*, ou seja, taxativo.

Para o presente estudo, em virtude da proposta de análise da dispensa de procedimento licitatório na modalidade de contratação com as Organizações Sociais, que configura, portanto, hipótese de licitação dispensável, faz-se mister destacar o seguinte inciso do dispositivo supramencionado:

Art. 24. É dispensável a licitação quando:

[...]

XXIV – para a celebração de contratos de prestação de serviços com as organizações sociais, qualificadas no âmbito das respectivas esferas de governo, para atividades contempladas no contrato de gestão. (Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998) (grifos nossos).

Cumprindo observar que as Organizações Sociais (O.S) fazem parte do chamado Terceiro Setor, expressão doutrinária que classifica certas entidades do Poder Público, situadas entre as esferas estatal e empresarial.

Segundo Rocha (2003, p. 15) o Terceiro Setor é formado por um “[...] conjunto de organizações que não são nem estatais, nem mercantis, ou seja, organizações sociais que, por um lado, sendo privadas, não visam a fins lucrativos, e por outro lado, sendo animadas por objetivos sociais, públicos ou coletivos, não são estatais”.

Isto posto, tem-se que as Organizações Sociais são chamadas também de entidades paraestatais, por atuarem “ao lado” do Estado, ou seja, por desenvolverem atividades de interesse da coletividade e possuírem algum vínculo com a Administração Pública.

Neste ínterim, para Justen Filho (2015):

Organização Social é a titularidade jurídica atribuída pelo Poder Público, desde que atendidos os requisitos legais, às pessoas jurídicas de direito privado, organizadas sob a forma de fundação ou associações sem fins lucrativos, alheias à estrutura da Administração Pública, cujas atividades sejam dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à saúde, ou seja, serviços de relevância social. Trata-se, pois, de uma qualidade jurídica especial, adquirida perante reconhecimento do Poder Público.

A regulamentação jurídica deste instituto se dá por meio da Lei 9.637, de 15 de maio de 1998, e em seu art. 2º figuram alguns requisitos para que as entidades privadas alcancem tal status. Se a entidade cumprir com estes e alguns outros requisitos alcança benefícios como dotações orçamentárias, isenções fiscais, além da possibilidade de utilizar prédios públicos para desempenhar as atividades. Por tal motivo, constata-se o grande interesse das instituições privadas de firmar essa parceria com o Estado.

Segundo o art. 5º da lei supracitada, a contratação estatal com as mencionadas entidades efetiva-se por meio de Contrato de Gestão, no qual se discriminam as atribuições, responsabilidades e obrigações mútuas de ambas as partes, e que constitui o principal diferencial da organização social dentro do Terceiro Setor, não sendo extensível às demais pessoas jurídicas privadas.

Mister destacar que a realização do processo licitatório, com vistas a seleção da opção mais vantajosa para Administração, garantindo a aplicação do princípio da isonomia no tratamento dos licitantes, inibe a criação de entidades cuja finalidade precípua seja a de se adequar ao título de Organização Social, conferindo maior transparência ao processo, em respeito aos princípios que regem a Administração Pública, mormente os da publicidade e moralidade.

Verifica-se, portanto, que a realização de licitação, com todas suas exigências e especificidades, ainda que implicasse em certa mora, traria maior segurança jurídica ao processo de contratação, por garantir a aplicação de tais princípios e inibir fraudes durante a escolha dos contratados, garantindo assim, o respeito devido ao princípio da isonomia, bem como aos demais princípios básicos e correlatos ao procedimento.

Em vista disso, nota-se que a dispensa de licitação está eivada de possível desrespeito a Princípio Constitucional, fato gerador de uma série de discussões nos planos doutrinário e jurisprudencial.

Consoante o entendimento de Mello (2009, p.239):

A ausência de licitação obviamente é uma exceção que só pode ter lugar nos casos em que razões de indiscutível tomo a justifiquem, até porque, como é óbvio, a ser de outra sorte, agravar-se-ia o referido princípio constitucional da isonomia. Por isto mesmo é inconstitucional a disposição do art. 24, XXIV, da Lei de Licitações (Lei 8.666, de 21.6.93) ao liberar de licitação os contratos entre o Estado e as organizações sociais, pois tal contrato é o que ensancha a livre atribuição deste qualificativo a entidades privadas, com as correlatas vantagens; inclusive a de receber bens públicos em permissão de uso sem prévia licitação.

Na próxima seção será abordada a questão do controle dos Contratos de Gestão das Organizações Sociais em Saúde em Pernambuco e, posteriormente, o artigo retornará à discussão da possível inconstitucionalidade.

2. O Controle dado às Organizações Sociais no Estado de Pernambuco: irregularidades pertinentes ao sistema

Sabe-se que as vantagens conferidas às entidades que recebem o título de Organização Social são expressivas e podem fazer com que muitas instituições privadas sejam criadas somente com esta finalidade, não possuindo, na prática, os requisitos necessários para o oferecimento de serviços de qualidade à comunidade. Destarte, o controle do desempenho de tais entidades é de extrema importância dentre as modalidades de controle estabelecidas para a Administração Pública.

O modo como se dá o controle de tais organizações ainda constitui discussão doutrinária e jurisprudencial, embora muitos aspectos desse tema já estejam pacificados. O primeiro questionamento, diz respeito à interferência do Tribunal de Contas na fiscalização do contrato de gestão firmado entre as referidas Organizações e a Administração Pública.

Como mencionado, a Lei 9.637/98 estabelece que o Tribunal de Contas deverá ser acionado somente quando houver expressa ilegalidade constatada na fiscalização desempenhada pelo órgão com atuação na área específica, tendo aquele, portanto, atuação subsidiária no controle das referidas Organizações.

Não obstante, observa-se que a atribuição conferida pela Carta Constitucional de 1988, em seu art. 71, inciso II, estabelece, *in verbis*:

Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:
[...] II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, **incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal**, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público (grifos nossos)

Verifica-se, pois, que foi gerada dúvida no plano jurídico acerca da possibilidade de intervenção direta ou subsidiária da Corte de Contas, uma vez que tal inciso estabelece o controle extensivo a Pessoas Jurídicas de Direito Privado que sejam mantidas pela União.

Alguns autores como Zymler (2005, p. 306) e Aguiar (2008, p. 42) entendem que a expressão “demais responsáveis” presente na parte inicial do inciso II do art. 71, acima referido, deve ser interpretada como uma alusão aos dirigentes de entidades privadas que possuem vínculos jurídicos com o Poder Público, a exemplo das Organizações Sociais, e que também se sujeitariam ao julgamento de suas prestações de contas pelos Tribunais de Contas. Propondo assim uma interpretação conjunta do dispositivo aludido com o parágrafo único do art. 70 (TCE/PE, Vasconcelos Junior, 2011).

Com efeito, observa-se que tal questão encontra-se pacificada, posto que, o próprio Tribunal emite relatórios e pareceres sobre a situação das Organizações, consubstanciando, inclusive, sua atuação na prerrogativa estabelecida pelo artigo retro mencionado.

O posicionamento a favor da atuação Da Corte de Contas em função da previsão constitucional também é corroborado por entendimento do STF, senão veja-se:

O Tribunal julgou parcialmente procedente pedido formulado em ação direta ajuizada em face de dispositivos da Constituição do Estado de Sergipe que dispõem sobre as competências do Tribunal de Contas estadual (...). Considerou que o inciso V do art. 47, **ao conferir competência privativa à Assembleia Legislativa para julgar as contas do Poder Legislativo, usurpou a atribuição típica do Tribunal de Contas para julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, prevista no inciso II do art. 71 da Carta Magna.** (BRASIL, STF, 2016) (grifos nossos).

Desta feita, observa-se que a possível antinomia em relação aos dispositivos não se verifica em concreto, sendo utilizada a prerrogativa constitucional de atuação do TCU associada ao disposto na Lei 9.637/98, com o objetivo de que haja a fiscalização necessária dos recursos públicos empreendidos na esfera privada para realização de serviços voltados à comunidade. (TCU, Decisão 592, 1998)

Neste diapasão, o Tribunal de Contas do estado de Pernambuco emitiu a Resolução TC nº 0020/2005 que dispõe sobre a regulamentação da fiscalização relativa às Organizações Sociais e as OSCIPS no Estado. O documento mencionado preleciona que o controle relativo aos contratos de gestão deverá ser feito quando do julgamento da prestação de contas da entidade ou do órgão supervisor da OS ou OSCIP. Desta feita, optou por exercer um controle indireto das Organizações Sociais estaduais. (PERNAMBUCO, TC/PE, 2005).

No que tange às Organizações Sociais de Saúde, utilizadas como caso de estudo para o presente trabalho, tem-se que no estado a fiscalização é incumbência da Secretaria de Saúde, sem prejuízo de atuação de outros órgãos públicos, como preleciona o art. 15 da Lei estadual 15.210/2013 (Lei que trata das Organizações Sociais de Saúde no estado): “Art. 15. A execução dos contratos de gestão de que cuida esta Lei será acompanhada, fiscalizada e supervisionada pela Secretaria de Saúde, sem prejuízo da ação institucional dos demais órgãos de controle interno e externo do Estado”.

Verifica-se, portanto, que cabe ao órgão com atribuição específica para supervisionar, sendo este no estado de Pernambuco o órgão deliberativo da Organização, havendo atuação subsidiária do Tribunal de Contas, caso haja irregularidades. Desempenham o papel de fiscalizadores ainda, a Assembleia Legislativa do estado e o Ministério Público.

A Assembleia Legislativa tem atuação expressiva, por meio de sua Comissão de Saúde, que procura investigar e melhorar a forma de controle atualmente adotada, a exemplo da edição

do Projeto de Lei 1582/2017, que já aprovado, ajustou a Lei Estadual 15.210/2013, implementando novas modalidades de investimentos, além de estabelecer regras para o acompanhamento, avaliação e fiscalização dos Contratos de Gestão. (PERNAMBUCO, ALEPE, 2017)

Já o Ministério Público de Pernambuco atua por meio de Comissões especiais (CAOP's) constituídas para auxiliar o trabalho dos promotores e procuradores, havendo uma comissão específica quanto à atuação de fundações e entidades de interesse social (PERNAMBUCO, MPPE, 2017).

Cumprir observar, que mesmo existindo modalidades distintas de controle em Pernambuco, em relação às Organizações Sociais, a estrutura legal apresentada ao longo deste tópico, permite supor que existam falhas.

O próprio órgão deliberativo deverá fiscalizar o cumprimento das metas estabelecidas no contrato de gestão. Neste caso, a Secretaria de Saúde, que é a contratante dos serviços da entidade, é o primeiro órgão a realizar a fiscalização. Ainda que as contas sejam submetidas posteriormente ao Tribunal de Contas do Estado, observa-se que há margem para insegurança jurídica.

3. Uma Análise Sobre os Contratos de Gestão do IMIP- Hospitalar.

No estado de Pernambuco, a contratação com Organizações Sociais na área de Saúde começou a ser efetivada no ano de 2009, com o contrato de gestão do Hospital Miguel Arraes, celebrado entre a Administração e a Fundação Martiniano Fernandes – IMIP Hospitalar.

Sabe-se que a opção por contratar tais entidades faz parte de uma escolha administrativa, quando do exercício de seu poder discricionário, contudo, é inegável que tal decisão é dotada de aspectos políticos, visto que a contratação com tais entidades demonstra interesse da gestão na instituição de um novo modelo, caracterizado pelo gerencialismo, diferenciado do que costuma ser adotado. Além destes, também são considerados aspectos econômicos, uma vez que as Organizações Sociais estão submetidas a estímulos do mercado.

Desta feita, tem-se, por um lado, uma maior desburocratização na prestação de serviços, inclusive, pela abrangência da dispensa de licitação aos contratos de prestação de serviços realizados pelas O.S's, e de outro, a possível indicação de uma falta de autonomia das organizações estatais quanto à administração de seus recursos e pessoal.

A Organização Social IMIP hospitalar possui contratos de grande vulto com a Administração Pública Pernambucana. São utilizados neste estudo os contratos de gestão de três grandes hospitais: o Hospital Metropolitano Norte - Miguel Arraes de Alencar, o Hospital

Metropolitano Sul - Dom Hélder Câmara e o Hospital Metropolitano Oeste - Pelópidas da Silveira. (PERNAMBUCO, Secretaria de Saúde, 2017).

Da análise do controle dos Contratos de Gestão referentes a estes hospitais, observa-se que em todos eles encontra-se expressa a determinação de que a fiscalização será feita por meio do órgão com atuação específica, sendo neste caso, a Secretaria de Saúde do estado de Pernambuco, com atuação subsidiária do Tribunal de Contas, ou Ministério Público se averiguada alguma irregularidade no primeiro órgão. Nesta senda, imperioso destacar o excerto do Contrato de Gestão nº 001/2009, que permeia o funcionamento do Hospital Metropolitano Norte Miguel Arraes de Alencar, neste estado:

[...] O órgão competente da CONTRATANTE responsável pelo acompanhamento, fiscalização e avaliação deste Contrato de Gestão enviará relatório técnico sobre os resultados alcançados pela CONTRATADA quanto às metas pactuadas, quanto à economicidade das ações realizadas e à otimização do padrão de qualidade na execução dos serviços e no atendimento ao usuário. (PERNAMBUCO, CG 001/2009, p. 10)

Do mesmo modo, o Contrato de Gestão nº 004/2011 que trata da contratação da mesma entidade, mas para gestão dos serviços do Hospital Metropolitano Oeste Pelópidas da Silveira, explicita:

[...] Os responsáveis pela fiscalização deste Contrato, ao tomarem conhecimento de qualquer irregularidade na utilização de recursos ou bens de origem pública, darão imediata ciência ao Tribunal de Contas do Estado e ao Ministério Público Estadual, para as providências cabíveis, sob pena de responsabilidade solidária. (PERNAMBUCO, CG 004/2011, p. 12)

Observa-se então, que a disposição contratual se coaduna integralmente com o que é disposto pela Lei estadual que trata de tais entidades, mencionada supra. No entanto, a possibilidade real de intervenção de interesses pessoais no processo, faz com que, tanto a disposição legal quanto a contratual, sejam dotadas de fragilidade, visto que a atuação de órgãos de controle é proposta de maneira residual, sendo devida somente após a fiscalização do órgão com atribuição específica, cuja imparcialidade é plenamente questionável, uma vez que este mesmo órgão demonstrou interesse em contratar a entidade, sem que houvesse, ainda, procedimento licitatório.

Como prova das lacunas deixadas pela lei quanto ao controle exercido em relação a contratação com a referida entidade, os Contratos de Gestão supramencionados, têm sua execução sendo alvo de um Inquérito Civil instaurado pelo Ministério Público Federal no estado de Pernambuco, para apurar denúncias anônimas acerca da má utilização dos recursos públicos Federais e sobre a má qualidade da disponibilização dos serviços por meio da referida Organização Social nos hospitais Miguel Arraes de Alencar, Dom Hélder Câmara e Pelópidas da Silveira (BRASIL, MPF, 2017).

Outrossim, a Assembleia Legislativa de Pernambuco, editou o Projeto de Lei 1582/2017, que entre outras coisas, objetivou a modificação do acompanhamento, da avaliação e da fiscalização dos contratos de gestão. Houve emendas ao projeto, dentre elas, uma sugeria modificação na composição da Comissão Mista de Avaliação, para que esta passasse a ser composta da seguinte maneira: um representante da Secretaria de Saúde, um da Secretaria de Planejamento e Gestão, um da Secretaria de Administração, um do Conselho Estadual de Saúde e um do Ministério Público.

O formato aprovado pelo colegiado, no entanto, contempla apenas três membros da pasta de Saúde, um da área de Planejamento e um da Secretaria de Administração. (PERNAMBUCO, ALEPE, 2017)

Apesar da rejeição da referida emenda ao projeto, observa-se que a iniciativa de alteração da Lei em comento, traz a demonstração de duas vertentes: a existência de falhas a serem sanadas no processo de controle do modo como se configura atualmente, mas também, o exercício efetivo da fiscalização por parte do Órgão, ainda que insipiente, para combater tais falhas.

A inserção direta de membros dos Órgãos de controle externo, a exemplo do Ministério Público, para avaliação do desempenho do que fora pactuado no Contrato de Gestão, coibiria a prática de atos de improbidade, trazendo, assim, maior segurança jurídica ao processo de controle.

3.1 Análise dos Contratos de Gestão da O.S IMIP – Hospitalar à Luz do Julgado pelo STF na ADI 1923

Os Contratos de Gestão celebrados pela Secretaria de Saúde do estado de Pernambuco com a Organização Social IMIP- Hospitalar para o funcionamento dos três principais hospitais da região metropolitana do Recife, possuem praticamente as mesmas cláusulas no que diz respeito ao funcionamento, tratando da questão dos repasses de recursos federais, bem como no que concerne ao controle aplicado a estes contratos. Este último, como aludido, ocorre por parte da fiscalização do órgão com atribuição específica, e, havendo irregularidades, por parte dos órgãos de controle externo com atuação no estado.

Neste diapasão, é imperioso destacar a relação salvaguardada entre os contratos e o que é entendido pelo Superior Tribunal Federal, quando do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1923-5, proposta em 1998, pelo Partido dos Trabalhadores e pelo Partido Democrático Trabalhista. (BRASIL, STF, 2014)

Inicialmente, faz-se necessário relatar que a referida ADI foi julgada somente no ano de 2015, sendo todas as contratações aqui observadas anteriores ao posicionamento da Corte

Suprema no que tange à possibilidade de dispensa de licitação na contratação com Organizações Sociais, tema objeto do presente trabalho.

A licitação, como já referido, é procedimento que tem como objeto imediato a seleção da proposta mais vantajosa para Administração Pública para possibilitar o seu objeto mediato, que é a contratação em si mesma. Desta feita, verifica-se que devem ser observados, além dos Princípios da Administração Pública previstos constitucionalmente, princípios básicos inerentes à realização do certame, a exemplo do Princípio da Isonomia, que guarda íntima relação com o Princípio da Impessoalidade (CARVALHO FILHO, 2015)

Isto posto, verifica-se que, há na doutrina e jurisprudência pátrias, discussão acerca da possível inconstitucionalidade na dispensa de licitação relativa à contratação do Poder Público com as entidades qualificadas como Organizações Sociais, por violarem a efetiva aplicação de princípios constitucionais, como fora referido na primeira seção deste trabalho.

Neste ínterim, merece ser ressaltado o posicionamento que defende a inconstitucionalidade da dispensa licitatória em comento, emitido pelo ex Ministro Eros Grau, relator, em sede de acórdão, em uma das primeiras sessões do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.923:

Dir-se-á, pois, que uma discriminação será arbitrária quando não seja possível encontrar, para a diferenciação legal, alguma razão adequada que surja da natureza das coisas ou que, de alguma forma, seja concretamente compreensível. Pois exatamente isso se dá na hipótese da Lei 9.637/98: não há razão nenhuma a justificar a celebração de contrato de gestão com as organizações sociais, bem assim a destinação de recursos orçamentários e de bens públicos móveis e imóveis a elas, tudo com dispensa de licitação. Mais grave ainda a afrontosa agressão ao princípio da licitação quando se considere que é facultada ao Poder Executivo a cessão especial de servidor para as organizações sociais, com ônus para a origem. Inconstitucionalidade chapada, como diria o Ministro Pertence, inconstitucionalidade que se manifesta também no preceito veiculado pelo inciso XXIV do artigo 24 da Lei n. 8.666/93 com a redação que lhe foi conferida pelo artigo 1º da Lei n. 9.648, de 27 de maio de 1998. (BRASIL, STF, 2007)

No entanto, o julgamento da referida ADI resultou em decisão que determina ser legal a contratação com dispensa de licitação, desde que observados os princípios estabelecidos no art. 37 da Constituição Federal de 1988, como observa-se do excerto de tal aresto:

[...]

O afastamento do certame licitatório não exige, porém, o administrador público da observância dos princípios constitucionais, de modo que a contratação direta deve observar critérios objetivos e impessoais, com publicidade de forma a permitir o acesso a todos os interessados.

15. As organizações sociais, por integrarem o Terceiro Setor, não fazem parte do conceito constitucional de Administração Pública, razão pela qual não se submetem, em suas contratações com terceiros, ao dever de licitar, o que consistiria em quebra da lógica de flexibilidade do setor privado, finalidade por detrás de todo o marco regulatório instituído pela Lei. Por receberem recursos públicos, bens públicos e servidores públicos, porém, seu regime jurídico tem de ser minimamente informado pela incidência do núcleo essencial dos princípios da Administração Pública (CF, art.

37, caput), dentre os quais se destaca o princípio da impessoalidade, de modo que suas contratações devem observar o disposto em regulamento próprio (Lei nº 9.637/98, art. 4º, VIII), fixando regras objetivas e impessoais para o dispêndio de recursos públicos. (BRASIL, STF, 2015). (grifos nossos)

Ademais, o entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, equiparou o Contrato de Gestão estabelecido pelas Organizações Sociais a um convênio, como depreende-se do voto do Ministro Ayres Britto, proferido enquanto relator da referida ADI:

[...] 12. A figura do contrato de gestão configura hipótese de convênio, por consubstanciar a conjugação de esforços com plena harmonia entre as posições subjetivas, que buscam um negócio verdadeiramente associativo, e não comutativo, para o atingimento de um objetivo comum aos interessados: a realização de serviços de saúde, desporto e lazer, meio ambiente e ciência e tecnologia, razão pela qual se encontram fora do âmbito de incidência do art. 37, XXI, da CF. (BRASIL, STF, 2015)

No qual discorre, ainda:

[...] 13. Diante, porém, de um cenário de escassez de bens, recursos e servidores públicos, no qual o contrato de gestão firmado com uma entidade privada termina por excluir, por consequência, a mesma pretensão veiculada pelos demais particulares em idêntica situação, todos almejando a posição subjetiva de parceiro privado, impõe-se que o Poder Público conduza a celebração do contrato de gestão por um procedimento público impessoal e pautado por critérios objetivos, por força da incidência direta dos princípios constitucionais da impessoalidade, da publicidade e da eficiência na Administração Pública (CF, art. 37, caput). (BRASIL, STF, 2015)

Di Pietro (2006, p. 177), conceitua o convênio como “um dos instrumentos de que o Poder Público se utiliza para associar-se quer com outras entidades públicas quer com entidades privadas”, aduzindo, ainda, que “[...] o principal elemento que se costuma apontar para distinguir o contrato e o convênio é o concernente aos interesses que, no contrato, são opostos e contraditórios, enquanto no convênio são recíprocos”.

Na mesma perspectiva, Marinela (2016, p. 644) disserta:

O Convênio representa um acordo firmado por entidades políticas, de qualquer espécie, ou entre essas entidades e os particulares para a realização de objetivos de caráter comum, buscando sempre interesses recíprocos, convergentes. Difere do contrato administrativo, tendo em vista que, neste, os interesses perseguidos são divergentes.

Nesta senda, à luz do que foi disposto na referida ADI, e em virtude do que preleciona a doutrina, observa-se que há, do ponto de vista jurídico, uma adequação do referido instrumento de contratação à relação de parceria estabelecida entre o órgão público e as entidades, qualificadas como Organizações Sociais, visto que, quando realizado o Contrato de Gestão, são avençadas obrigações, para ambas as partes, cujo escopo é simbiótico: a prestação de serviços que atendam aos interesses da coletividade.

Contudo, da referida decisão derivam-se muitos questionamentos.

Antes de adentrar no mérito da decisão promulgada pela Suprema Corte, é imperioso salientar a edição da Lei 13.209/14, Marco Regulatório das parcerias entre a Administração Pública e as entidades da sociedade civil, que buscou ajustar as relações existentes em nível de

contratação entre o Poder Público e ONG's e OSCIPS, para conferir ao processo maior segurança jurídica.

Editada um ano antes do julgamento da ADI utilizada para o presente estudo, a Lei supracitada sublimou de seu rol de entidades as Organizações Sociais, fato que não apresenta, para Oliveira (2015, p. 307):

[...] justificativa razoável para excluir da incidência do novo regime das parcerias os contratos de gestão celebrados com Organizações Sociais (OS), sem excluir também os termos de parceria com as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIPs). De lado algumas diferenças pontuais, as referidas entidades possuem características gerais semelhantes, consideradas entidades privadas sem fins lucrativos que desempenham atividades de caráter social, por meio de vínculos jurídicos com o Poder Público (contrato de gestão e termo de parceria, respectivamente). (grifos nossos)

Assim sendo, constata-se a existência de um comportamento comum ao Legislativo e ao Judiciário, de traçar um padrão que busca adequar os conceitos presentes no ordenamento jurídico ao modelo gerencialista. Modelo este, proposto pelo Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, de 1995, que priorizou o princípio da eficiência, e que foi conduzido diante dos seguintes objetivos, segundo o Ex Ministro Bresser Pereira, à época a frente do MARE - Ministério da Administração e Reforma do Estado:

O Objetivo da Reforma da Gestão Pública de 1995 é contribuir para a formação no Brasil de um aparelho de Estado forte e eficiente. Ela compreende três dimensões: a) uma dimensão institucional-legal, **voltada à descentralização da estrutura organizacional do aparelho do Estado através da criação de novos formatos organizacionais, como as agências executivas, regulatórias, e as organizações sociais;** [...] (grifos nossos)

No que tange às Organizações Sociais, a proposta traz, de fato, grande contribuição para a Administração Pública, mas, em virtude da existência de lacunas deixadas pelos dispositivos referentes ao tema na legislação infraconstitucional, existe a possibilidade de uma maior ocorrência de atos ímprobos quando do momento da contratação.

É certo, outrossim, que o voto do condutor do acórdão mencionado, Ministro Luiz Fux, exprime tal adequação ao gerencialismo, visto que, entre outras coisas, pugna pela discricionariedade conferida à Administração Pública, para selecionar a proporção entre o que será descentralizado ou não, conforme observa-se do seguinte excerto:

Disso se extrai que cabe aos agentes democraticamente eleitos a definição da proporção entre a atuação direta e a indireta, desde que, por qualquer modo, o resultado constitucionalmente fixado – a prestação dos serviços sociais – seja alcançado. Daí porque não há inconstitucionalidade na opção, manifestada pela Lei das OS's, publicada em março de 1998, e posteriormente reiterada com a edição, em maio de 1999, da Lei nº 9.790/99, que trata das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, pelo foco no fomento para o atingimento de determinados deveres estatais. (BRASIL, STF, 2015) (grifos nossos)

Fato este que se aplicado ao extremo, vai de encontro ao próprio texto legal, disposto na Seção V da lei 9.637/98, que compreende os arts. 11 a 15, da qual se infere que a atividade de

fomento, busca incentivar a atividade a ser desenvolvida pelas entidades de maneira que esta se realize de forma complementar. Neste sentido, corroboram Regules e Higa (2015):

Em outras palavras, ao se admitir, repise-se, que compete aos agentes democraticamente eleitos a definição da proporção entre a atuação direta e a indireta, fundamentalmente pelo critério do resultado, estaria a se aceitar, por exemplo, a prestação de serviços públicos de saúde e educação diretamente pelo Estado numa proporção de 10%, reservando 90% para a execução indireta, por meio das organizações sociais, mediante atividade de fomento, desde que atendidos os resultados almejados. Ao se elevar ao extremo referido critério, revelar-se-á uma subversão da lógica constitucional da atuação complementar da sociedade civil nestes campos. (grifos nossos)

Isto posto, constata-se que, atualmente, a contratação com as Organizações Sociais, de fato, possui constitucionalidade, desde que realizada enquanto atividade de fomento por parte do Estado, concepção que resta prejudicada nos dias atuais, em virtude do crescente número de atuação de Organizações Sociais, mormente na área de Saúde.

É inegável que a crescente atuação das entidades referidas, nesta área, ao proporcionar à população serviços de qualidade, auxilia a Administração Pública, protagonizando um modelo de gestão mais eficiente e menos burocrático, como já aludido na seção anterior. Todavia, não se pode olvidar que a escolha das entidades, inclusive no que diz respeito a qualificação destas como Organizações sociais, é feita pelo Governo, que toma uma decisão de conferir certas vantagens, típicas de instituições privadas a entidades que funcionarão como integrantes do próprio aparelho estatal.

Ainda no que tange aos pontos controversos presentes no acórdão ora tratado, percebe-se que a equiparação do Contrato de Gestão a um Convênio reputa-se inapropriada, ainda que adequada aos serviços de saúde e ao texto constitucional. Na lição de Di Pietro (2006, p. 180):

[..]

Quando prestada pelo particular, o estado pode fomentar, pela outorga de auxílios ou subvenções, que se formaliza mediante convênio. O serviço prestado pelo particular não perde a natureza de serviço privado para transformar-se em serviço público; ele continua sendo prestado como serviço privado, porém sujeito a controle e fiscalização do Poder Público, não só com base no Poder de Polícia que se exerce normalmente sobre todas as atividades na área da saúde, mas também sobre a utilização dos recursos públicos, que deverá ser feita e acordo com as normas ajustadas no convênio. (grifos nossos)

No entanto, no caso específico das Organizações Sociais, em virtude da transferência de bens e dotação orçamentária, bem como a cessão de servidores, nota-se que deveria haver uma maior incidência do Regime jurídico de direito público, tal como prelecionam Regules e Higa (2015):

Considerando as peculiaridades que envolvem a relação de parceria entre Poder Público e Organizações Sociais (a saber: representantes do Poder Público no Conselho de Administração; cessão especial de servidores com ônus para origem, destinação de créditos orçamentários e cessão de bens públicos etc.), poderíamos afirmar que ainda assim as Organizações Sociais, tal como as demais organizações da sociedade civil destinatárias da atividade administrativa de

fomento, estão sujeitas ao regime de direito privado, com normas derogatórias de direito público em equivalente intensidade? Cremos que não. Nestes casos, o regime de direito público passa a incidir de maneira mais robusta, ainda que o regime jurídico misto seja o norte da relação de parceria. (grifos nossos)

Desta feita, observa-se que, em que pese o entendimento jurisprudencial supracitado, os riscos de tal prática para a transparência na gestão pública e utilização adequada de seus recursos financeiros são iminentes e constituem grande preocupação, posto que não proporciona forma mais transparente e isonômica de contratar com o Poder Público.

Da análise dos contratos de gestão 001/2009, 004/2011 e 006/2010, referentes aos hospitais supracitados, verifica-se que não houve, em nenhum deles a alusão ao procedimento por meio do qual realizou-se a escolha da entidade e quais os critérios utilizados, demonstrando, assim, que na prática, a dispensa de procedimento licitatório não garante a aplicabilidade concreta dos Princípios Constitucionais que regem a Administração Pública, como o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade em comento indica que seja realizado.

Deste modo, diante do cenário de repasse de recursos vultuosos por parte do governo federal para o funcionamento de tais instituições, nota-se a possibilidade de criação de instituições que visem unicamente ao lucro derivado da prestação dos serviços de saúde, o que é expressamente vedado pela Lei 9.637/98, em seu art. 2º, inciso I, alínea “b”, configurando, inclusive, requisito para o alcance de tal qualificação:

Art. 2º São requisitos específicos para que as entidades privadas referidas no artigo anterior habilitem-se à qualificação como organização social:

I - comprovar o registro de seu ato constitutivo, dispondo sobre:

[...]

b) finalidade não-lucrativa, com a obrigatoriedade de investimento de seus excedentes financeiros no desenvolvimento das próprias atividades;

Corroborando tal entendimento, Regules e Higa (2015), aduzem:

A par da seriedade do trabalho desenvolvido pela maioria das organizações da sociedade civil, com projetos sociais que prestigiam valores caros à coletividade, não há dúvidas de que as inúmeras fragilidades e deficiências contidas nas diversas leis esparsas que disciplinam a matéria têm corroído, de forma danosa, e colocado em risco essa legítima parceria entre o Estado e as organizações da sociedade civil. Isso porque tais vícios têm permitido, por exemplo, a criação de “pseudoentidades”, formalmente enquadradas como integrantes do terceiro setor, com a finalidade exclusiva de firmar relações de cooperação com o Estado e, após obtenção dos recursos públicos, destinam-os para os fins mais diversos e distantes das suas primitivas finalidades.

Ante o exposto, verifica-se a necessidade de implementação de meios de controle que visem a fiscalizar de maneira mais efetiva os contratos realizados entre o Poder Público e as Organizações Sociais em Pernambuco. Em que pese a atuação do Ministério Público, notadamente do Ministério Público Federal nos casos analisados por este trabalho, e da Assembleia Legislativa estadual, muitos esforços ainda devem ser empreendidos a fim de que o panorama da contratação direta, bem como a fiscalização do desempenho das entidades, possa proporcionar segurança jurídica aos Contratos de Gestão.

Conclusão

Ao longo do presente trabalho, buscou-se elucidar os pontos incongruentes existentes nos votos proferidos em sede de acórdão da ADI 1923, elucidando a relação existente entre o que por eles foi disposto e a aplicação prática, analisando para tanto, os Contratos de Gestão da OS IMIP HOSPITALAR, por ser a entidade que possui as contratações de maior vulto na área de Saúde no estado de Pernambuco.

Cumpra salientar que a visão aqui delineada não se propõe a corroborar integralmente os argumentos trazidos na petição inicial que acompanha a Ação Direta de Inconstitucionalidade em comento, visto que, com o decorrer dos anos e a crescente descentralização das atividades já relacionadas pelas Organizações Sociais, percebeu-se que, de fato, à luz do que traz o Ordenamento Jurídico, a delegação da prestação de serviços a tais entidades não implica em renúncia dos deveres e prestações estatais.

Destarte, admite-se que a atividade legislativa não está adstrita totalmente a modelos que não foram exauridos totalmente pelo legislador constituinte, respeitando-se a possibilidade prevista inclusive pela Constituição, de implantação de novos modelos de gestão, de acordo com as necessidades previstas pelo legislador, legítimo representante democrático, de modo a estabelecer o que melhor se adequar a realidade hodierna.

Contudo, uma coleção de lacunas deixadas pelos dispositivos que regulam a relação prevista entre as Organizações Sociais e o Estado, tanto em nível federal quanto estadual, permitem a compreensão de que há um caminho longo a ser trilhado para a construção de um processo que possa ser dotado de maior segurança jurídica.

A participação dos Órgãos de Controle Externo, com vistas a intensificar o controle do desempenho do Contrato de Gestão, inibiria a interferência dos possíveis interesses derivados de relações interpessoais e influências do mercado e das decisões políticas na fiscalização de tais Contratos, coibindo, por conseguinte, de maneira muito mais eficiente, por serem detectados no início do processo, má utilização do dinheiro público e atos de improbidade.

No que concerne à contratação direta, que apesar de declarada constitucional, pode ser direcionada de acordo com os interesses particulares do administrador e não de modo a defender a supremacia do Interesse Público, pode ser represada, também, por meio de um controle mais rígido dos órgãos com atribuição para tanto, já no momento da contratação, uma vez que a determinação de que somente os Princípios Constitucionais sejam observados no processo, acaba por acarretar em uma maior insegurança jurídica à relação existente entre OS e Poder Público.

Referências

BRASIL. **Constituição da República Federativa de 1988.**

_____. Supremo Tribunal Federal. **Informativo nº 84.** ADI 3.077. 2016

_____. _____. **ADI n. 1.923-5.** Medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, 1º de Agosto de 2007. Disponível em <<http://www.stf.gov.br>> Acesso em: 27 de julho de 2017.

_____. TCU. **Relatório de Auditoria Operacional,** TC -018.739, 2012.

CARVALHO FILHO, José do Santos. **Manual de Direito Administrativo.** 28 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas.** 5 ed. São Paulo: Atlas, 2006.

_____. **Direito Administrativo.** 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos.** São Paulo: Dialética, 2005.

LEITE, Adriana Maria Gomes Nascimento; **Organizações sociais de saúde e controle externo: uma análise a partir do Tribunal de Contas de Pernambuco.** 2014. 158 f. Dissertação. (Mestrado Profissional em Saúde Pública) - Centro de Pesquisas Aggeu Magalhães, Fundação Oswaldo Cruz, Recife, PE, 2014.

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo.** 10 ed. São Paulo. Saraiva, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação Pública e Contrato Administrativo.** 3 ed. Belo Horizonte. Fórum, 2013.

PERNAMBUCO. Lei Estadual nº 15.210/2013, Dezembro de 2013.

REGULES, Luís Eduardo Patrone; HIGA, Alberto Shinji. **Supremo definiu elementos indispensáveis para legalidade das OSs.** Conjur, 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-jun-23/stf-definiu-elementos-indispensaveis-legalidade-oss>>. Acesso em: 20/10/2017.

REVISTA TCE-PE. VASCONCELOS JUNIOR, Glauco Pimentel. **A Fiscalização Das Organizações Sociais e das Oscips Pelos Tribunais De Contas.** Recife, v. 18, n. 18, jun 2011.

ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. **Terceiro Setor.** 2 ed. São Paulo, Malheiros, 2003.

CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA DE AGENTES PÚBLICOS E SUA PRETENSA ILEGALIDADE: uma análise crítica da adoção do vínculo precário na área da Educação em Caruaru-PE

Wedja Carla de Souza¹
Prof. Msc. Roberta Cruz da Silva²

Resumo

Os serviços públicos, em razão de sua importância, devem ser prestados por pessoas capacitadas e, em por isso, a Constituição Federal de 1988 assegura o acesso a cargos, funções e empregos públicos na forma da lei. Referido acesso efetiva-se, em regra, pela aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, mas há também a previsão da contratação de temporários, que ocorre por seleção simplificada e visa atender a situações que demandam agilidade ou temporariedade na contratação, sempre em atenção ao preceito constitucional da necessidade temporária de excepcional interesse público. Porém, em muitos casos, observa-se contratações ilegais em detrimento do interesse administrativo. Pretende-se, por meio de um estudo de caso, analisar a (i)legalidade/(in)constitucionalidade da contratação de temporários ocorrida no prazo de vigência do Concurso Público para o provimento de cargos de professores nível I e II, com edital lançado no ano de 2009 em Caruaru-PE que se encontra judicializado por meio do Mandado de Segurança nº 0011429-48.2011.8.17.0480, em trâmite na 1ª Câmara Regional de Caruaru, em fase recursal. Mediante uma abordagem qualitativa e valendo-se do método hipotético-dedutivo, analisa-se o comportamento e atuações das partes, dos Magistrados e dos auxiliares da justiça, a fim de verificar legalidade/constitucionalidade da contratação de temporários ocorrida dentro do prazo de vigência do concurso público de 2009 e discutidos por meio de Mandado de Segurança, assim como verifica-se o posicionamento predominante nos Tribunais superiores pátrios (STJ, STF) e as possíveis divergências. Restou-se demonstrado a prática indiscriminada da administração municipal, à época, em renovar os contratos precários, causando prejuízos aos classificados no concurso, de forma específica, e ao interesse público, de forma geral. Isto posto, a contratação temporária, como exceção constitucional, não foi observada no caso concreto, gerando a criação de vagas dentro do âmbito municipal e principalmente transformando a expectativa de direito dos classificados no concurso em direito líquido e certo. Em razão disso, os dispositivos fiscalizadores e coercitivos estatais devem agir a fim de coibir tal prática que configura ato de improbidade administrativa. **Palavras-chave:** Administração Pública; Caruaru; Professores; Contratos Temporários ilegais; Improbidade.

Introdução

A contratação de pessoal pela Administração Pública deve ocorrer em atenção ao interesse público e requer do administrador conhecimento e submissão aos preceitos constitucionais e legais vigentes. Primeiro, é relevante destacar que a regra de acesso a cargos, funções e empregos públicos é por meio de concurso público de provas ou de provas e títulos.

¹ Bacharelada em Direito pelo Centro Universitário Tabosa de Almeida - ASCES-UNITA; Integrante do Grupo de Pesquisa “Cidadania e Segurança Pública na Sociedade do/de risco”.

² Orientadora. Bacharela e Mestre em Direito, pela Universidade Federal da Paraíba(UFPB). Professora de Direito Administrativo e de Prática Constitucional-Administrativa da Faculdade ASCES-UNITA; da Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP), e das Pós-graduações da Faculdade ASCES, da ESMATRA/PE e do Complexo de Ensino Renato Saraiva (CERS-Recife). Advogada.

Previsão positivada no art. 37, inciso II da Constituição Federal de 1988 em consonância com os princípios da isonomia, moralidade, impessoalidade, eficiência, entre outros.

Por outro lado, existem situações que demandam uma contratação mais ágil e em atenção ao princípio da supremacia do interesse público, a Constituição em vigor possibilitou, por meio do art. 37, inciso IX, à Administração Pública contratar temporariamente através de seleção simplificada e sob o regime especial de trabalho, desde que devidamente motivada.

Ocorre que, faticamente, há um contingente elevado de contratações temporárias pelo Poder Público, deixando o preceito constitucional como exceção. É fundamental analisar a adoção dessa forma de contratação precária a fim de identificar a regularidade ou não do instituto, assim como verificar seus efeitos diante do caso concreto. Destaca-se os possíveis prejuízos sociais com não concretização da eficiência na prestação do serviço público, que decorre da falta de garantia acerca das capacidades técnicas dos temporários, em virtude da simplicidade da seleção e da não observância das etapas constantes no concurso público.

A partir de entendimentos jurisprudências e doutrinários sobre o tema busca-se definir os requisitos que configuram a “necessidade temporária de excepcional interesse público” e discutir a aplicação desses requisitos em um caso concreto, o qual foi judicializado por meio de Mandado de Segurança e refere-se à alegação de direito líquido e certo de candidatos classificados em concurso público para professor do Município de Caruaru-PE. Nessa situação, durante a vigência do referido certame houve a recontração de 925 temporários para a mesma função dos candidatos. Desse modo, alegaram preterição e requereram a anulação desta renovação e a convocação dos classificados seguindo a ordem de preferência.

A forma de abordagem será de caráter qualitativo em razão das análises e conexões realizadas entre os conceitos e limites definidos pela jurisprudência e doutrina com o estudo de caso, a fim de verificar legalidade/constitucionalidade da contratação de temporários ocorrida no dentro do prazo de vigência do concurso público de 2009. Assim como, visa-se compreender a sistemática dos contratos temporários na Administração Pública e verificar sua aplicação e eficiência no Município de Caruaru, além do estudo de prováveis irregularidades advindas de atos inconstitucionais, como a não observância da excentricidade do dispositivo em estudo.

O trabalho é dividido em três seções, além desta introdução. A primeira seção aborda os conceitos e fundamentos do concurso público como regra constitucional para o ingresso de servidores. Como também, da justificativa e embasamento legal da exceção, ou seja, do contrato precário. Ademais, apresenta-se a preocupação dos doutrinadores acerca do uso indiscriminado deste instituto jurídico, em especial no âmbito municipal, corroborado com o posicionamento dos Tribunais Superiores que exercem o controle externo dos atos administrativos.

Na segunda seção detalha-se o caso em estudo, demonstrando-se as principais alegações e decisões do Mandado de Segurança (TJPE, 2011), assim como o posicionamento das partes e do Ministério Público como fiscal da ordem jurídica. Por fim, a terceira seção analisa se os contratos temporários realizados na vigência do certame em questão atende as prescrições e limites constitucionais e legais, além das divergências jurisprudenciais sobre o tema e a possibilidade de controle por meio de caracterização de ato de improbidade administrativa.

Propõe-se, então, um estudo de caso em contraponto com discussões doutrinárias e jurisprudenciais, além de oferecer um posicionamento perante o pleito judicializado que se encontra pendente de julgamento, em fase recursal.

1. A contratação temporária para funções públicas à luz do ordenamento jurídico pátrio

Os serviços públicos, pela sua importância, devem ser prestados por pessoas capacitadas e contratadas especificamente para determinado fim. Em razão disso, a Constituição Federal de 1988 assegura o acesso a cargos, funções e empregos públicos na forma da lei. O referido acesso efetiva-se, em geral, pela aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, que se encontra positivado no art. 37, inciso II da Carta Magna de 1988.

Essa é a regra da contratação pela Administração Pública e, antes de adentrar na exceção, faz-se necessário conceituá-la e definir suas bases e fundamentos legais. De acordo com Carvalho Filho (2015, p. 651):

Concurso Público é o procedimento administrativo que tem por fim aferir as aptidões pessoais e selecionar os melhores candidatos ao provimento de cargos e funções públicas. Na aferição pessoal, o Estado verifica a capacidade intelectual, física e psíquica de interessados em ocupar funções públicas e no aspecto seletivo são escolhidos aqueles que ultrapassam as barreiras opostas no procedimento, obedecidas sempre à ordem de classificação. Cuida-se, na verdade, do mais idôneo meio de recrutamento de servidores públicos.

Ademais, o concurso público tem como razão de ser a guarda dos princípios constitucionais da isonomia, moralidade, impessoalidade e probidade administrativa, além da supremacia do interesse público e constitui, desse modo, meio idôneo com duas finalidades, nas lições de Rocha (2006, p.53),

a) Garantir aos cidadãos o acesso a cargos e funções públicas à luz do princípio da igualdade de oportunidades, selecionando os que demonstrarem maior merecimento; e b) garantir que apenas serão contratados candidatos que preencham as necessidades da Administração, selecionando-se entre os que melhor poderão exercer as funções relativas ao cargo.

Contudo, ainda que o concurso público constitua meio apropriado para a seleção de servidores, é necessário, em situações excepcionais, meios mais ágeis que satisfaçam a

necessidade pública de modo efetivo. Em razão disso, a Constituição Federal de 1988 dispôs acerca das exceções, como se verifica *in verbis*:

Art. 37. 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 e, também, ao seguinte:

[...] IX - a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público;

Assim, essa forma de contratação simplificada, quando utilizada adequadamente, constitui um instrumento essencial para a Administração Pública. Entretanto, é necessário que se esteja diante de situações em que a demora e formalidade do concurso colocaria em risco o resultado da contratação ou o interesse público.

Com a mesma preocupação assinala Ferreira, citado por Mujalli (1997, p. 208), “Esta exceção é muito perigosa, pois na verdade é uma válvula de escape para fugir a obrigatoriedade dos concursos públicos e do sistema de mérito. É uma porta de abertura para o apadrinhamento.”

A Constituição Federal de 1988 demonstrou no inciso supracitado a excepcionalidade e excentricidade dessa forma de contratação ao designar seu fundamento “necessidade temporária de excepcional interesse público”. A abrangência e o sentido dessa expressão foram muitas vezes levadas ao crivo do Judiciário, o qual sedimentou o entendimento por meio de Recurso Extraordinário com repercussão geral julgado pelo Supremo Tribunal Federal – STF (BRASIL, 2014).

Nesse julgamento demonstra-se, de forma clara, o entendimento da Corte Suprema, que, de acordo com o voto do relator, cinco são os requisitos para a contratação temporária no âmbito da Administração pública, quais sejam: a) Os casos excepcionais estejam previstos em lei; b) O prazo de contratação seja predeterminado; c) A necessidade seja temporária; d) O interesse público seja excepcional; e) A necessidade de contratação seja indispensável.

Partindo da imprescindibilidade de observar esses requisitos para a validade da contratação pelo ente público é relevante destacar alguns pontos: primeiro, que essa necessidade de previsão legislativa específica vem resguardar e garantir que cada ente atenda às suas peculiaridades e singularidades. Dessa forma, ensina Silva Junior (2009, p.117):

A Lei de Contratações Temporárias no município deve ser elaborada visando atender as necessidades específicas da localidade, estabelecendo critérios que possam ao mesmo tempo enquadrar-se na excepcionalidade, objetivar atender o interesse público e fixar prazos de contratação para caracterizar-se o prazo determinado. Mas a autonomia Municipal para legislar não se restringe apenas nesses aspectos do permissivo constitucional. O município não está obrigado em hipótese alguma, a seguir os critérios de direitos, deveres, formas de rescisão, aplicação de contagem de tempo e vários outros, como dito alhures, fixados na norma federal. O que temos visto,

na grande maioria dos municípios, principalmente os menores, é uma verdadeira reprodução da legislação federal de contratação temporária. [...] É por isso que temos chamado a atenção constantemente, para a importância de se legislar com sintonia aos anseios locais, o que na prática não vem acontecendo.

Ademais, para não conferir ampla margem de discricionariedade na produção dessa norma vedou-se a utilização desse instrumento simplificado de contratação para os serviços ordinários estatais, que possuem caráter permanente, desde que estejam sob as contingências normais da Administração. Esse último aspecto é essencial para a legalidade ou não da contratação, visto ser do entendimento do Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2004) a possibilidade de contratação simplificada para funções permanentes diante de necessidade temporária, o que ocorre, por exemplo, no caso de contratação de professor substituto em decorrência de férias do professor titular (MAGALHÃES, 2005, p. 176).

Nessa acepção, advém o segundo e terceiro requisitos citados. Em relação à estipulação do prazo, Rocha (BASTOS, 2014, p. 76 *apud* ROCHA, 1999, p. 243-244) esclarece que:

O tempo máximo de duração do contrato deve ser previsto, ou tem de ser expressa, pelo menos, a situação cuja pendência permite ou impõe a sua continuação. Não pode haver a indeterminação e a indeterminabilidade da situação que implica manutenção durante um período temporal do contrato, transformando-se em ordinário o que é, pela sua natureza, extraordinário e transitório.

Ademais, em relação à permanência da função, asseveram Braga e Nelson (2016, p. 3), primeiramente afirmando que os contratos temporários não prescindem de concurso em razão de não ocuparem cargos no serviço público, mas funções. Ressaltando ainda que:

[...] Dessa forma, a contratação de servidores temporários não deve estar relacionada a atividades essenciais do Estado e que não necessitam de uma continuidade, vez que realizada a atividade, finaliza-se o contrato.

Assim, o servidor temporário é um prestador de serviço, tendo sua relação com o poder público disciplinada por um contrato de prestação de serviço, sendo-lhe assegurados alguns direitos previstos na Lei 8.112/1990, conforme art. 11 da Lei 8.745/1993.

Outro ponto a ser destacado refere-se ao interesse público que constitui o aspecto norteador de todos os atos da Administração Pública. Contudo, para que esse interesse público legitime a contratação de temporários é essencial sua excepcionalidade e generalidade. Que pode ocorrer em duas situações, como apresentadas por Rocha (BASTOS, 2014, p. 82 *apud* ROCHA, 1999, p. 244):

Pode-se ter situação em que o interesse seja excepcional no sentido de fugir ao ordinário. São hipóteses nas quais se tem uma condição social a demandar uma prestação excepcional, inédita, normalmente imprevisível. Por exemplo, é o que ocorre numa contingência epidêmica, na qual a necessidade de médicos em determinada região, especialistas na moléstia contra a qual se há de travar o combate, faz com que se contratem tantos deles para fazer face à circunstância.

Pode-se ter, contudo, situação em que o interesse seja regular, a situação comum, mas advém uma circunstância que impõe uma contratação temporária. É o que se dá quando há vacância de cargo de magistério antes de novo concurso para prover o cargo vago ou quando se tem o afastamento temporário do titular do cargo em razão de

doença ou licença para estudo etc., o magistério tem de ser desempenhado, o aluno tem direito a ter aula, e o Estado tem o dever constitucional de assegurar a presença do professor em sala. Há, então, a excepcionalidade do interesse público determinante da contratação.

Por conseguinte, ainda que o legislador ordinário tenha colocado a contratação simplificada de servidores pela Administração Pública como exceção, e o Judiciário tenha se posicionado em relação aos limites e aplicações dessa norma, é uma preocupação da doutrina a burla a esse sistema e sua utilização de forma indiscriminada. Dessa forma Motta (2006) alerta para o uso dessas contratações que, conforme o autor, são frutos da falta de planejamento e de zelo com o interesse público.

Em relação a essas distorções e ilegalidades retratadas identifica-se que ocorrem, principalmente, pela não observância dos requisitos de temporariedade, prazo determinado das contratações, além da ocorrência de renovações indiscriminadas.

Nesse contexto observa-se a imprescindibilidade de aperfeiçoamento e controle dos contratos destinados a contratação de servidores temporários nos moldes do art. 37, XI da Constituição Federal, conjuntamente com a observância do ordenamento jurídico por parte dos administradores a fim de resguardar direitos constitucionais e o bem coletivo. Por fim, as divergências e definições suscitadas servem de base para a análise e compreensão de como essa exceção constitucional foi aplicada no Município de Caruaru, a partir de um caso judicializado.

2.A judicialização do caso dos professores de Caruaru

A situação analisada no presente estudo advém do Concurso Público relativo ao provimento de 600 vagas para cargos de professor níveis superior e médio no âmbito do Poder Executivo do Município de Caruaru-PE, cujo edital foi publicado em outubro de 2009 e lista de aprovados divulgada em 28 de abril de 2010 (IPAD, 2009). Ocorre que, em 2011, dentro do prazo de validade do Concurso, que era inicialmente de 02 anos, mas foi prorrogado por igual período, a Administração Pública Municipal renovou 925 contratos temporários para funções semelhantes as dispostas no Edital do Concurso.

Nessa situação, 94 candidatos que se encontravam dentro e fora do número das vagas previstas impetraram Mandado de Segurança (PERNAMBUCO, TJPE, 2011) autuado na Vara da Fazenda Pública da Comarca de Caruaru. Entre as alegações iniciais está a de que essa renovação caracteriza a existência de vagas e como consequência houve a preterição dos aprovados no Concurso.

Referido Mandado de Segurança tramitou por quase 4 anos até a prolação da sentença, nesse período o feito foi redistribuído para a Segunda Vara da Fazenda Pública, foram prolatadas 4 (quatro) decisões interlocutórias e ingressaram no processo como litisconsortes mais 96 candidatos aprovados no certame. Faz-se necessário, para o entendimento da problemática existente, o detalhamento de alguns pontos (PERNAMBUCO, TJPE, 2011).

Primeiro, na inicial, os autores afirmam que a necessidade da Secretaria de Educação Municipal relativa as vagas de Professor nível I e II é muito superior as previstas no Edital do Concurso e que houve um mal dimensionamento deste. Partem da premissa que mesmo o Município tendo nomeado 100 candidatos para o exercício de suas funções ainda renovou 925 contratos temporários e traz aos autos a informação que alguns destes contratos já se perpetuavam por mais de 6 anos; aduzem, ainda, que o instrumento constitucional foi desvirtuado e transformou-se, no caso, em contratos por tempo indeterminado, o que é vedado pelo ordenamento jurídico vigente (PERNAMBUCO, TJPE, 2011).

A liminar requerida foi inicialmente negada, tendo o Magistrado embasado sua decisão no poder discricionário da Administração Pública, visto o certame encontrar-se dentro do prazo de validade, ou seja, entendeu que a renovação dos contratos temporários não caracterizaria, em tese, que o Município não iria realizar as contratações dos aprovados, mas que poderia realizá-las em período posterior e oportuno. Houve interposição de Agravo de Instrumento que foi negado seguimento em decisão terminativa do Relator (PERNAMBUCO, TJPE, 2011).

A Prefeitura de Caruaru por meio de sua Procuradoria alegou, em sede de contestação, a inadequação da via eleita afirmando inexistir direito líquido e certo para fundamentar o Mandado de Segurança, como também aduziu que o certame encontrava-se dentro do prazo de validade, ou seja, ficava a critério da Administração decidir o momento mais adequado para contratar. Diante da defesa houve nova decisão interlocutória no sentido de concessão, em juízo de retratação, da antecipação de tutela requerida pelos autores (PERNAMBUCO, TJPE, 2011)

Tal decisão determinou que o Município realizasse o necessário para nomear os Impetrantes, além de ordenar a citação dos candidatos classificados em colocações melhores para ingressarem no feito como litisconsortes necessários. O Agravo de Instrumento interposto pelo Município em face dessa decisão foi negado seguimento em virtude de defeito processual por manifesta inadmissibilidade (PERNAMBUCO, TJPE, 2011).

Durante esse período houve o ingresso de vários litisconsortes, além do Sindicato dos Servidores Públicos Municipais das Prefeituras, Câmaras, Autarquias e Fundações de Caruaru e Região Agreste Central de PE – SISMUC Regional – a fim de assegurar os direitos da classe e pareceres do Ministério Público na função de fiscal do Ordenamento Jurídico. Como também,

foi juntada a defesa do então Prefeito e do Secretário do Município de Caruaru que compunham o polo passivo da demanda (PERNAMBUCO, TJPE, 2011).

A quarta decisão interlocutória ocorreu após a redistribuição do processo para a 2ª Vara da Fazenda Pública, o que ocasionou o recebimento e julgamento do feito por outro Magistrado. Em sua manifestação chamou o feito à ordem em razão do que denominou “tumulto” processual e determinou: a) a notificação dos Impetrados para que prestassem informação sobre as habilitações dos litisconsortes; b) que a secretaria certificasse a ocorrência do chamamento dos candidatos melhores classificados nos moldes da decisão anterior; c) a citação das autoridades coatoras para que a multa pelo descumprimento da decisão que deferiu a antecipação de tutela lhe seja imputada pessoalmente; d) além de oficial os órgãos responsáveis de investigar possível ato de improbidade administrativa e intervenção municipal. Porém, em sede de Agravo de Instrumento, interposto pelos Impetrados, referida decisão foi revogada, sendo mantida apenas a primeira decisão que indeferiu a tutela provisória (PERNAMBUCO, TJPE, 2011).

Ademais, cabe mencionar que os pareceres ministeriais foram no sentido de não concessão da segurança pleiteada por entenderem que não houve prova pré-constituída da preterição dos candidatos, ora impetrantes, além de que a contratação temporária de servidores encontra respaldo na Carta Magna vigente e não constitui, ante a ausência de prova em contrário, a existência de vagas efetivas (PERNAMBUCO, TJPE, 2011).

Antes da prolação da sentença, o Magistrado *a quo* notificou a Procuradoria municipal para se manifestar acerca de possível perda de objeto caso tenha havido mais contratações durante o período de trâmite processual. Assim, constatou-se que a maioria dos impetrantes não foram nomeados. Em razão de todo o exposto, passou-se a análise do mérito no sentido de acolher, em parte, os pedidos autorais ao conceder a segurança postulada e determinar que V.Exa. Prefeito do Município de Caruaru, à época, nomeasse os impetrantes, obedecendo à ordem de classificação e os cargos aos quais foram classificados no certame, sob pena de multa diária em caso de descumprimento. Bem como, que efetuasse o desligamento dos professores contratados temporariamente para os cargos que serão ocupados pelos efetivos de forma a respeitar a Lei de Responsabilidade Fiscal (LC nº101/2000) (PERNAMBUCO, TJPE, 2011).

Por fim, em relação aos candidatos que integraram a lide posteriormente como litisconsortes, o feito foi extinto sem resolução do mérito, entendendo o Magistrado que lhes faltava pressupostos processuais de constituição e desenvolvimento regular do mérito (PERNAMBUCO, TJPE, 2011).

Ambas as partes interpuseram recurso de Apelação, nos quais os pontos debatidos são, em síntese, a possibilidade de ingresso de litisconsorte após o despacho inicial de citação, visto

o Mandado de Segurança possuir tramitação e procedimentos próprios; segundo, se há direito líquido e certo à nomeação caso o candidato esteja classificado além das vagas previstas no Edital, porém verifica-se a existência de sucessivas contratações por procedimento simplificado para as mesmas funções e, por fim, a caracterização de vagas quando a contratação de temporários não observa os requisitos legais (PERNAMBUCO, TJPE, 2011).

Diante dessas considerações houve uma primeira sessão de julgamento na Câmara Regional de Caruaru, na qual o Desembargador relator acolheu a Apelação dos impetrantes e negou provimento à Apelação do Município de Caruaru interposta juntamente com o respectivo Prefeito. Todavia, esse posicionamento não prevaleceu na Turma que, por dois votos contrários, entenderam que o julgamento sem resolução do mérito em relação aos litisconsortes não deveria ser modificado e que a Apelação da municipalidade deveria ser provida a fim de não ser concedida a segurança do Mandato (PERNAMBUCO, TJPE, 2011).

Nesse sentido, e em atenção ao art. 942 do CPC/2015, que estabelece que em julgamentos não unânimes deve-se dar prosseguimento em outra sessão com a presença de outros julgadores, realizada em setembro de 2017, ocasião em que houve sustentação oral por parte da procuradora dos impetrantes e após discussão da matéria foi provido o apelo dos litisconsortes, porém, em relação ao mérito, não se encontra decidido visto um dos Desembargadores convocados ter pedido vista do processo.

Isto posto, utiliza-se as decisões e posicionamentos até então existentes no processo em estudo para embasar e direcionar o presente trabalho no tópico subsequente.

3.A situação da contratação temporária no município de Caruaru-PE: possível comportamento ilegal?

Utiliza-se como parâmetro norteador da análise dos contratos temporários os cinco pressupostos de legalidade aplicados pelo STF (BRASIL, 2014) e elencados na primeira seção, os quais vale a pena transcrever: a) Os casos excepcionais estejam previstos em lei; b) O prazo de contratação seja predeterminado; c) A necessidade seja temporária; d) O interesse público seja excepcional; e) A necessidade de contratação seja indispensável.

Inicialmente infere-se a necessidade de legislação especial e previsão dos casos que comportam a contratação simplificada. Referido requisito decorre da natureza da previsão Constitucional que é doutrinariamente classificada como norma de eficácia limitada, conforme explanado por Bulos (2014, p.1028).

Nesse contexto, a contratação de temporários é tratada no âmbito do Município de Caruaru pela Lei nº 3.946/99. A qual, em apenas oito artigos, autoriza a admissão de pessoal

para o atendimento a necessidade temporária de excepcional interesse público nos termos da Constituição Federal em vigor e prevê as hipóteses de: emergência ou calamidade pública; surtos endêmicos; substituições ocasionais em serviços de educação, saúde e limpeza urbana; vigilância e inspeção sanitária; para substituições ocasionais e quando se configure riscos à sociedade pela descontinuidade na prestação do serviço público.

Prevê, ainda, o prazo máximo de 4 anos, podendo ser renovado dentro desse período previsto, além da apreciação/controle destes contratos pelo Tribunal de Contas do Estado. Como não foram previstos de forma mais detalhada os requisitos que autorizam a contratação de forma simplificada de professores podemos nos valer subsidiariamente da legislação estadual e federal sobre o tema, qual seja a Lei nº 14.547/11 no âmbito estadual e a Lei nº 8.745/93 na esfera federal.

A supracitada lei estadual, seguindo o modelo da legislação federal, elenca em seu art. 2º o que se considera necessidade temporária de excepcional interesse público e, relacionando esse dispositivo ao caso tratado no projeto, observa-se que é possível a contratação de professores de forma temporária desde que seja substituto, visitante ou professor e pesquisador visitante estrangeiro. A partir disso é possível analisar se os contratos precários realizados no período em estudo estão em harmonia com o ordenamento jurídico.

Nesse sentido, a contratação de professores por tempo determinado se subordina a substituições ocasionais, imprescindíveis para resguardar o interesse público diante do serviço educacional prestado. Mas, diante do caso, percebe-se uma afronta a todas as referidas prescrições legislativas, visto que as diversas recontrações perpetuam a ocupação de funções desconexas com a quantidade de vagas existentes. Ou seja, não há o devido dimensionamento da necessidade municipal por professores e posterior criação de vagas, assim como não se observa a vedação temporal existente.

O segundo e terceiro requisitos referem-se, respectivamente, ao prazo predeterminado e a adequação à necessidade temporária para as contratações que devem ser observadas caso a caso, sendo mais relevante para o estudo a existência ou não de recontrações indiscriminadas e as situações em que ocorreram. Em relação ao objeto em estudo depreende-se do processo certidões nas quais a prefeitura declara existir vínculos temporários de professores sucessivamente renovados que superam o prazo de 6 anos, isso na época em que foram juntadas ao processo (PERNAMBUCO, TJPE, 2011). Ademais, em uma simples pesquisa no portal da transparência municipal constata-se que muitos desses contratos continuam vigentes, ou seja, ultrapassam 10 anos (CARUARU, PORTAL DA TRANSPARÊNCIA, 2017). Como

considerar que contratos para a função de professor por um período tão longo não pressupõe a existência de vaga nos quadros da administração pública?

Os dois últimos requisitos também não foram observados em razão da já citada ausência de temporariedade e/ou urgência na contratação. Pois é de interesse público o preenchimento dos cargos/funções de professores, porém em virtude da permanente necessidade da prestação do serviço educacional não se pode valer-se da exceção constitucional.

Nota-se que a celebração e prorrogação de contratos precários diante da necessidade permanente de servidores juntamente com a não observância de concurso vigente caracteriza a ilegalidade do provimento. Logo, a renovação dos 925 professores que ensinam o Mandado de Segurança não deve ser tolerada. Ressalta-se que muitos dos impetrantes e litisconsortes encontram-se contratados “temporariamente” e exercem a função na qual foram classificados no concurso (PERNAMBUCO, TJPE, 2011), ou seja, é evidente a pretensão de suprimir o direito à estabilidade dos candidatos como concluído por Magalhães (2005, p.247).

Além de que, a utilização indiscriminada e sem embasamento legal dos contratos temporários no Município de Caruaru é uma preocupação dos órgãos de controle que investigam as irregularidades. O Tribunal de Contas estadual (PERNAMBUCO, 2016), por exemplo, julgou ilegais 5.251 contratações precárias realizadas pela Prefeitura no exercício de 2015. No mesmo sentido houve uma investigação por parte do Ministério Público Estadual (PERNAMBUCO, 2017) a fim de apurar o excesso de contratos temporários e sua manutenção no ano de 2017, as quais somam 5.846 servidores, destes mais de 1.200 são professores.

Percebe-se, em razão do elevado quantitativo de contratos desta natureza, que a utilização do preceito constitucional deixou de ser exceção e pode resultar em diversos atos contrários ao interesse público, além de afrontar os princípios norteadores no Direito Administrativo, em especial a moralidade e eficiência. Dessa forma, restando-se demonstrada a ilegalidade da contratação é importante destacar o entendimento, ainda não pacificado, dos Tribunais Superiores acerca da configuração ou não de preterição de vagas nestes casos.

Nos julgamentos do STJ percebe-se duas posições distintas, a primeira que reconhece o direito líquido e certo dos aprovados em concurso que demonstram estar sendo preteridos por servidores temporários. Como exemplo colaciona-se a ementa do Agravo Regimental no Recurso em Mandado de Segurança nº 42.717 de Pernambuco:

[...]4. O STJ adota o entendimento de que a mera expectativa de nomeação dos candidatos aprovados em concurso público (fora do número de vagas) convola-se em direito líquido e certo quando, dentro do prazo de validade do certame, há contratação de pessoal de forma precária para o preenchimento de vagas existentes, com preterição daqueles que, aprovados, estariam aptos a ocupar o mesmo cargo ou função.

5. Nesse mesmo sentido, o parecer do Parquet estadual, quando afirma que deve ser concedida a segurança, ante a comprovação de contratação temporária de Professor de Português, inclusive da própria impetrante, na respectiva localidade, durante o prazo de validade do certame.

6. Nessa circunstância, a toda evidência, não restam dúvidas de que, dentro do prazo de validade do concurso, a manutenção de contratos temporários para suprir a demanda por Professores de Português pela Administração Pública, na respectiva localidade, demonstra a necessidade premente de contratação de pessoal, de forma precária, para o desempenho da atividade, o que, diante da nova orientação da Suprema Corte, faz surgir o direito subjetivo do candidato aprovado no certame ainda válido à nomeação.[...] (BRASIL. STJ. 2015. AgRg no Recurso de Mandado de Segurança nº 42.717 – PE. Relator: Min. Hernan Benjamim. Publicação DJe: 31/03/2015).

Percebe-se uma constância desse entendimento na Segunda Turma do STJ. Mas, como já referido, há outro posicionamento na Primeira Turma aduzindo que mesmo ocorrendo contratações simplificadas ilegais dentro do prazo do concurso não caracteriza preterição de vagas. Exemplifica-se com a ementa *infra*:

[...]1. A admissão de temporários, fundada no art. 37, IX, da Constituição Federal, atende necessidades transitórias da Administração e não concorre com a nomeação de efetivos, estes recrutados mediante concurso público (Art. 37, II e III da CF), para suprir necessidades permanentes do serviço. São institutos diversos, com fundamentos fáticos e jurídicos que não se confundem.

2. A simples existência de temporários nos quadros estatais, independentemente do número, não pode ser tida, só por si, como caracterizadora da preterição dos candidatos aprovados para provimento de cargos efetivos. Precedentes.

3. A prorrogação dos contratos temporários para além dos limites temporais legalmente fixados, embora ilegal, não modifica sua natureza transitória, para transformá-los em vínculos efetivos.[...] (BRASIL. STJ. 2017. Ag Int no Recurso em Mandado de Segurança 52.113 – ES. Relator: Min. Sérgio Kukina. Publicado DJe: 28/03/2017).

No tocante a esse aspecto o STF se posicionou, em poucas ocasiões, no mesmo sentido da Segunda Turma do STJ, vejamos:

[...] 1. É pacífico nesta Corte o entendimento de que a contratação de empregados temporários gera, aos aprovados em concurso público, direito subjetivo à nomeação, desde que comprovada a necessidade de contratação de pessoal. 2. No caso dos autos, tendo a agravada sido aprovada em 2º lugar no concurso, que visava ao provimento de 1 (uma) vaga para o cargo de professor, e considerando que, após a realização de concurso para contratação de professor em caráter temporário, a própria agravada foi contratada, resta evidente o direito líquido e certo da parte à nomeação. [...] (BRASIL. STF. 2014. Agr Reg no Recurso Extraordinário nº 733.030 – MA. Relator: Min. Teori Zavascki. Publicação DJe: 18/02/2014).

Com efeito, em que pese a divergência jurisprudencial é essencial observar cada caso e definir limites para os administradores a fim de preservar a harmonia e aplicação do ordenamento jurídico. Diante de contratações que se demonstram desarrazoadas e ilegais, é plausível que se considere os direitos daqueles que prestaram concurso público, assim como, caso não haja vagas formais, mas esteja caracterizada a necessidade permanente de pessoal para

assegurar a prestação do serviço, considera-se admissível a nomeação dos classificados fora do número de vagas previstas no edital.

Se por um lado resta-se caracterizado um ato ilegal perpetrado pela Administração Pública municipal que causou prejuízos aos professores parte do litígio, por outro há o dano causado ao interesse público e à toda coletividade. Nesse sentido a reparação do dano e possível caracterização de improbidade administrativa devem ser analisados. A lei nº 8.429/92 regulamenta as sanções cabíveis e prevê quatro hipóteses de caracterização da improbidade.

Diante do exposto, pode-se inferir a subsunção do fato narrado com o disposto no art. 11, inciso V da lei supracitada, que retrata o ato de improbidade atentatório aos princípios administrativos, em especial, quando frustra a licitude de concurso público. A ação aplicada em face de ato de improbidade administrativa é de iniciativa do Ministério Público ou de pessoa jurídica interessada, conforme o artigo 17. Portanto, nessa situação os legitimados devem investigar o ato e proceder, caso julguem necessário, com a responsabilização dos sujeitos que contribuíram para a ilegalidade. Assim como, é essencial o controle realizado pelos cidadãos utilizando-se da Ação Popular e dessa forma pretende-se evitar que as situações narradas se repitam e que o interesse e a moralidade administrativa sejam preservados.

Conclusão

De acordo com o exposto depreende-se que a contratação de servidores temporários é essencial para a Administração Pública agir diante de situações de urgência e/ou temporariedade. Contudo, não pode servir de instrumento para burlar a regra constitucional do concurso público. Pois, em muitos casos, a contratação simplificada é utilizada pelos administradores a fim de não efetivar direitos dos servidores públicos, como, por exemplo, o da efetividade.

Nessa acepção, é fundamental a análise da adoção da contratação precária como exceção à regra do concurso público a partir de uma situação de conflito. Situação que fora encontrada no Município de Caruaru – PE, o qual realizou um concurso em 2009 e, durante o prazo de vigência do certame, contratou professores sob o regime especial - temporários. O presente caso é enfrentado judicialmente por meio de Mandado de Segurança sob o número 0011429-48.2011.8.17.0480, em fase recursal (PERNAMBUCO, TJPE, 2011).

Dentre os aspectos examinados em referido processo, encontra-se, como exposto, a relação entre a aparência de transitoriedade em razão do prazo determinado nesses contratos, a renovação recorrente, a existência de atividades inerentes a cargos permanentes, no caso

professores nível I e II, e até que ponto as contratações a título precário correspondem efetivamente a cargos permanentes, que deveriam ser preenchidos por concurso público.

Isto posto, considerando os requisitos deste tipo de contratação fornecidos pelo STF em julgamento de RE com repercussão geral, pode-se inferir uma clara afronta à excentricidade do instituto que fora utilizado de forma indiscriminada e sem embasamento nas causas legais. Há lei municipal que regulamenta a matéria, todavia, não detalha os casos de contratação de professores como o faz a legislação estadual e federal no mesmo sentido. Assim, em uma análise sistêmica do instituto percebeu-se a inconstitucionalidade/ilegalidade na adoção reiterada dessa forma de contratação pelo Município em estudo.

Diante do caso percebe-se, ainda, que a renovação de alguns contratos por tempo superior a 10 anos para a função de professor, sem que haja nenhuma situação excepcional que a justifique, por si só já desconfigura a contratação temporária e resulta em prejuízos para os classificados no certame, ou seja, os impetrantes do Mandado de Segurança, além do interesse público em geral por constituir uma afronta à moralidade administrativa.

Para reprimir tais atos pode-se valer da lei de improbidade administrativa, que, em seu art. 11, descreve condutas que atentam contra os princípios administrativos, tal qual no caso em questão. Assim, como fiscal do ordenamento jurídico e órgão essencial à função jurisdicional do Estado, o Ministério Público, não pode ficar inerte diante dessa situação e sendo um dos legitimados para propor ação de improbidade deve investigar esses contratos e responsabilizar os causadores do dano à coletividade. Não se pode esquecer do controle realizado pelos cidadãos que possuem na Ação Popular um instrumento para coibir referidas práticas.

Referências

BASTOS, Aline Maria Silva. **Regime Disciplinar do Servidor Público Temporário**. 2014. 267 f. Tese (Doutorado) - Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. Disponível em: <https://repositorio.ul.pt/bitstream/_td_Aline_Bastos.pdf>. Acesso em: 14 jun. 2017.

BRAGA, Cristina Alves da Silva. NELSON, Rocco Antônio Rangel Rosso. **Dos contratos temporários ilegais e a constituição de direitos trabalhistas**. Revista dos Tribunais, São Paulo. Vol. 974/2016. p. 263-285. DRT/2016/24524.

BRASIL. **Código de Processo Civil – Lei nº 13.105/2015**. Brasília, DF, 16 de mar. de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 04 out. 2017.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**: atualizada até a Emenda Constitucional nº 91. Brasília, DF, 05 de out. de 1988. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 04 mar. 2017.

_____. **Lei Complementar nº 101/2000** – Lei de Responsabilidade Fiscal. Brasília, DF, 04 de mai. de 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp101.htm>. Acesso em: 13 jun. 2017.

_____. **Lei nº 8.429/1992**-Lei de improbidade administrativa. Brasília, DF- 02 de jun. de 1992. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/L8429.htm>>. Acesso em: 28 out. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Agr. Reg. no RE nº 733.030 – MA**. Relator: Ministro Teori Zavascki. Brasília, 18 de fev. de 2014. Publicação: DJe de 05/03/2014.

_____. _____. **Recurso Extraordinário nº 658.026 - MG**. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília, 09 de abril de 2014. Publicação: DJe de 31/10/2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Agr. Int. no Recurso em MS nº 52.113 – ES**. Relator: Ministro Sérgio Kukina. Brasília, 21 de mar. de 2017. Publicação: DJe de 28/03/2017.

_____. _____. **Agravo Regimental no Recurso em Mandado de Segurança nº 42.717 – PE**. Relator: Ministro Herman Benjamin. Brasília, 24 de mar. de 2015. Publicação: DJe de 31/03/2015.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CARUARU. Câmara Municipal. **Lei Municipal nº 3.946**. Caruaru, PE, 27 de out. de 1999.

_____. **Portal da Transparência**. Gestão de pessoas. Disponível em: <http://cloud.publica.inf.br/clientes/caruaru_pm/portaltransparencia/?p=5&inicio=01/01/2017&fim=31/12/2017>. Acesso em: 25 de abr. 2017.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

IPAD, Concursos Públicos e Seleções. **Prefeitura de Caruaru**. Disponível em: <<http://www.ipad.com.br/caruaru2009/>>. Acesso em: 13 jun. 2017.

MAGALHÃES, Gustavo Alexandre. **Contratação temporária por excepcional interesse público: aspectos polêmicos**. São Paulo: LTr, 2005.

MOTTA, Fabrício. **A contratação de pessoal por prazo determinado pela administração pública vista pelo Supremo Tribunal Federal**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 11, n. 972, 28 fev. 2006. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/8045>>. Acesso em: 5 maio 2017.

MUJALLI, Walter Brasil. **Administração Pública: servidor público, serviço público**. Volume I. Campinas: Bookseller, 1997.

PERNAMBUCO. Assembleia Legislativa. **Lei nº 14.547**. Recife, PE, 21 de dezembro de 2011. Disponível em: <<http://legis.alepe.pe.gov.br/arquivoTexto.aspx?tiponorma=1&numero=14547&compleco mpl=0&ano=2011&tipo=&url=>>. Acesso em: 14 jun. 2017.

_____. Ministério Público de Pernambuco. **MPPE quer rescisão de mais 5 mil contratos temporários da Prefeitura de Caruaru**. Recife – PE, 11 de janeiro de 2017. Disponível em: <<http://www.mppe.mp.br/mppe/ultimas-noticias-noticias/politica-mppe-quer-rescisao-de-mais-de-5-mil-contratos-temporarios-da-prefeitura-de-caruaru>>. Acesso em: 10 ago. 2017.

_____. Tribunal de Contas de Pernambuco. **TCE aponta irregularidades em contratações da Prefeitura de Caruaru**. Recife – PE, 20 de janeiro de 2016. Disponível em: <<http://www.tce.pe.gov.br/internet/index.php/lista-noticias/137-janeiro/2089-tce-aponta-irregularidades-em-mais-de-5-mil-contratacoes-temporarias-feitas-pela-prefeitura-de-caruaru>>. Acesso em: 10 ago. 2017.

_____. Tribunal de Justiça de Pernambuco. **Mandado de Segurança nº 0011429-48.2011.8.17.0480**. Impetrante: Adalberto Manoel Americo de Araujo e outros. Impetrados: Município de Caruaru, Prefeito do Município de Caruaru e outros. Em trâmite.

ROCHA, Francisco Lobello de Oliveira. **Regime jurídico dos concursos públicos**. São Paulo, Dialética: 2006.

SILVA JÚNIOR, Arnaldo. **Dos Servidores Públicos Municipais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

DA (IN) CONSTITUCIONALIDADE DO DESMEMBRAMENTO DA SANÇÃO APLICADA NO CASO DO *IMPEACHMENT* DA EX-PRESIDENTE DILMA ROUSSEFF

Adriane de Siqueira Amorim¹
Prof. Msc. Roberta Cruz da Silva²
Prof. Msc. José Armando Andrade³

Resumo

O presente trabalho analisa o desmembramento da sanção aplicada no processo de *impeachment* da ex-presidente da República Federativa do Brasil, Dilma Vana Rousseff. Possui como objetivo precípuo as repercussões jurídicas relativas às sanções aplicadas, decorrentes do julgamento. Quanto à metodologia, foi aplicado o método indutivo e a forma qualitativa, pois parte do caso específico e comprovado – o *impeachment* da ex-presidente – para obter conclusões gerais e universais, em razão das peculiaridades do caso em estudo. A ex-presidente sob a acusação da prática das chamadas “pedaladas fiscais” e da ilegalidade de decretos, condutas estas, atentatórias à honra, decoro e dignidade do cargo ao qual foi eleita, que tipificam crimes de responsabilidade, e com o julgamento procedente realizado pelo Senado Federal, foi destituída definitivamente do cargo público em 31 (trinta e um) de agosto de 2016 (dois mil e dezesseis). Entretanto, de forma contrária ao art.52 da Constituição Federal de 1988 a ex-presidente não teve os direitos políticos suspensos, podendo, a qualquer tempo concorrer a cargos públicos. Ao realizar um estudo hermenêutico acerca do caso, verifica-se que o método aplicado para justificar referida decisão foi o da hermenêutica material, onde o julgador não se encontra limitado à aplicação literal da Constituição Federal de 1988 e das demais leis infraconstitucionais, decidindo de acordo com o fato apreciado e seus respectivos valores sociais. A decisão homologada pelo Legislativo, na sua função judiciária, motiva precedentes para casos futuros análogos, quando tiver como fundamentação condutas ditas contrárias à boa gestão governamental, ao planejamento orçamentário e o dever de transparência nas contas públicas. Deveres estes, impostos pela legislação e confiados quando eleita democraticamente. Logo, a referida decisão mostra-se inteiramente inconstitucional.

Palavras- Chave: *Impeachment*; Dilma Rousseff; Inabilitação; Precedentes.

Introdução

No regime presidencialista, o Presidente da República pode ser responsabilizado politicamente e juridicamente por atos que atentem contra a Constituição Federal de 1988 e as demais leis infraconstitucionais, tipificados como, crimes de responsabilidade e crimes comuns, tendo como punição o afastamento, impedimento e a inabilitação por oito anos para exercer função pública. Se houver praticado crimes de responsabilidade, a Casa competente para

¹Graduanda do 9º período de Direito pelo Centro Universitário Tabosa de Almeida- ASCES/UNITA.

²Bacharela e Mestre em Direito, pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB). Professora de Direito Administrativo e de Prática Constitucional-Administrativa do Centro Universitário Tabosa de Almeida (ASCES/UNITA); da Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP), e das pós-graduações da ASCES/UNITA; da ESMATRA/PE e do Complexo de Ensino Renato Saraiva (CERS/Recife). Advogada.

³Licenciado em Letras pela FAFICA – Caruaru, Mestre em Linguística pela UFPE; Professor de Português Jurídico, Hermenêutica Jurídica e Filosofia do Bacharelado em Direito da Ascens-Unita.

processar e julgar será o Senado Federal, caso contrário, seja o cometimento de crimes comuns será processado e julgado pelo Supremo Tribunal Federal (STF).

A importância do tema tratado neste artigo se deve ao momento político atual vivenciado no Brasil, marcado por profundas crises econômicas, políticas, jurídicas e, sobretudo, ética. Diante da crise política que assola o país, traz à tona, mais uma vez, o processo *impeachment*.

Em 31(trinta e um) de agosto de 2016 (dois mil e dezesseis), a então presidente Dilma Rousseff foi destituída definitivamente do cargo pela prática das chamadas “pedaladas fiscais” e ilegalidades de decretos tornando evidente, o cometimento de crime de responsabilidade. Inclusive este julgamento é marcado pela sua característica peculiar, onde não ficou inabilitada para exercer função pública.

O estudo será desenvolvido em três tópicos com natureza bibliográfica, por meios de doutrinas, artigos científicos, legislações e a sentença do *impeachment* de Dilma Rousseff desenvolvida pelo Senado Federal.

Quanto à metodologia, aplicou-se o método qualitativo e indutivo, uma vez que partirá da análise particular e comprovada da problemática- o afastamento e impedimento da presidente da República- e em decorrência desta, a imprescindibilidade da inabilitação para exercer função pública, pela suspensão dos direitos políticos, com a finalidade de obter uma conclusão universal e geral para os futuros casos de impedimento.

A primeira seção apresenta o conceito, as condutas que tipificam os crimes de responsabilidades e o procedimento adotado no *impeachment*.

Já a segunda seção aborda o *impeachment* sob uma perspectiva hermenêutica, quais as modalidades hermenêuticas, os métodos de interpretação.

A terceira seção examina a possibilidade de a *ratiodecidenti* da destituição do cargo e a manutenção dos direitos políticos, originar precedentes para casos futuros com situações semelhantes.

Portanto, o presente trabalho possui o intuito de questionar se o desmembramento da sanção aplicada no caso da ex-presidente proferido por Ricardo Lewandowski foi compatível com a Constituição Federal de 1988 e as demais leis infraconstitucionais, levando em consideração as condutas praticadas pela ex-presidente Dilma Rousseff, as quais conduziram ao seu afastamento e impedimento do cargo. Além disso, este trabalho objetiva a elucidação dos efeitos desta problemática no mundo jurídico-político.

E em seguida serão apresentadas as considerações finais.

1. Previsão Jurídico-Normativo do Instituto *Impeachment*

Para que se discuta o desmembramento da sanção aplicada à ex-presidente Dilma Rousseff, é indispensável analisar o conceito de *Impeachment* apresentado por Bruno Galindo (2016, p.19), que leciona que a essência do instituto no constitucionalismo norte-americano no século XVIII, e nada mais é do que uma forma de destituir e afastar o detentor do poder político, cumulada com a pena de inabilitação para o exercício de função pública pelo prazo de oito anos, por meio de um processo político específico, em decorrência da prática de crimes comuns e crimes de responsabilidade.

Para compreender sobre o processo de *impeachment*, é imprescindível considerar o estudo feito por Marcelo Galuppo (2016, p.38) quanto à natureza dúplice e o procedimento do instituto, que por ter tantas feições políticas na sua essência, causa controvérsias quanto à sua natureza jurídica, sendo impossível dissociá-la dos critérios jurídicos, pois o seu processamento e julgamento recorrem de preceitos puramente legais, tendo como fundamento o Art.52, I⁴, Art.86 § 1 e §2⁵ e o Art.102, I, b⁶ da Constituição Federal de 1988 que determinam as seguintes fases:

a) primeira cabe à Câmara dos Deputados ao analisar a denúncia, que pode ser feita por qualquer cidadão brasileiro desde que munido de provas plausíveis, fazer um juízo de admissibilidade, valorando segundo critérios de oportunidade e conveniência se os riscos produzidos pela destituição do cargo são mais danosos para o interesse público do que conduta praticada. Ao analisar esses pontos pode autorizar ou não a abertura do processo. Após decidir pela abertura do processo, passa-se para:

b) a segunda fase, que se tratar de crimes comuns, será processada e julgada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) e em se tratando de crimes de responsabilidade a competência será do Senado Federal. Após a instauração do processo o Presidente fica suspenso de suas atribuições, contados a partir da peculiaridade de cada crime, é o que determina o art. 86 §1º da CF/88. Seguindo todos os requisitos inerentes ao processo, a Casa apropriada deve concluir seu

⁴Art. 51. **Compete privativamente à Câmara dos Deputados:**

I-Autorizar por dois terços dos seus membros, a instauração de processo contra o presidente da República e Vice-presidente.

⁵Art. 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.** (grifos da autora)

⁶ 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;

processamento e julgamento no prazo de 180 (cento e oitenta dias) conforme o art.86,§ 2^o da CF/88, contados a partir do recebimento da denúncia, sob pena de nulidade, passível de controle judicial, é o que esclarece Marcelo Galluppo (2016, p.97).

No caso da ex-presidente Dilma Rousseff, foi composta a comissão especial (2016) pelos deputados Rogério Rosso (PSD-DF) e Jovair Arantes (PTB-GO) eleitos presidente e relator, respectivamente. No dia 17 de abril, o plenário da câmara dos Deputados autorizou a abertura do processo contra a ex-presidente, com 367 votos a favor, 137 votos contra e 7 abstenções. Com o recebimento da denúncia, ao fazer o juízo de admissibilidade, a referida Casa verificou que a conduta praticada era mais danosa do que a permanência no cargo. Nos documentos que foram apresentados ao Congresso Nacional, existiam indícios de autoria e materialidade das chamadas “pedaladas fiscais” e na ilegalidade de decretos sobre créditos suplementares (art. 167, inciso V^o da CF/88), sem autorização do Congresso Nacional ao qual devia estrita obediência, configurando supostamente crimes de responsabilidade (lei nº 1079/1950, art.10, itens 4,5,6)⁹.

Ribeiro (*apud*, GALINDO, 2016, p. 83) abordando o tema afirma:

As chamadas **pedaladas fiscais** nada mais são do que o apelido dado ao sistemático atraso nos repasses de recursos do Tesouro Nacional para que o Banco do Brasil e a Caixa Econômica Federal paguem benefícios sociais como o Bolsa-Família, Minha Casa Minha Vida, seguro desemprego, crédito agrícola etc. Com as instituições financeiras pagas em dia os benefícios, o atraso no repasse dos recursos públicos gera contratualmente o pagamento de juros pelo governo aos bancos públicos. De fato, a conduta, que visa a dar aura de equilíbrio às contas públicas em momento de parto de caixa, não é boa prática de Finanças Públicas.

Para compreender e analisar a possível ilegalidade dos decretos é indispensável o estudo feito acerca do tema, por José Maurício Contin (2016), em que a lei de Diretrizes Orçamentárias (Lei nº 13080/2015) definiu que a meta do *superávit* primário era de R\$ 66 bilhões. Porém, o

⁷Art 86 CF/88:

§ 1º o Presidente da República 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 (grifos da autora).

⁸ Art. 167. **São vedados:**

V - a abertura de crédito suplementar ou especial sem prévia autorização legislativa e sem indicação dos recursos correspondentes.

⁹**Art.10. São crimes de responsabilidade contra a lei orçamentária:**

4- Infringi, patentemente, e de qualquer modo, dispositivo da lei orçamentária;(grifos da autora)

5- deixar de ordenar a redução do montante da dívida consolidada, nos prazos estabelecidos em lei, quando o montante ultrapassar o valor resultante da aplicação do limite máximo fixado pelo Senado Federal; (grifos da autora)

6- ordenar ou autorizar a abertura de crédito em desacordo com os limites estabelecidos pelo Senado Federal, sem fundamento na lei orçamentária ou na de crédito adicional ou com inobservância de prescrição legal;(grifos da autora).

governo, por não conseguir alcançar determinada meta e com a elevação de despesas propôs, a alteração da referida lei (art.2¹⁰), que agora determinava que o *superávit* fosse de R\$ 49 bilhões. Portanto, embora editados sem observar os requisitos legais à época de sua publicação, no final do exercício passam a estar de acordo com as metas posteriormente fixadas. Ao realizar tais manobras teria sido burlada a Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei nº 101/2000) (art.1, §1)¹¹, por ignorar a transparência aos gastos públicos. Percebe-se então que, a sua única finalidade governamental era afastar a ilegalidade dos decretos.

O rito procedimental do impedimento é especificado por Pedro Canário (2016), indicando que a sessão iniciou-se na Câmara dos Deputados, no dia 9 de agosto de 2016, e foi encerrada na madrugada do dia 10 de agosto, com 59 votos favoráveis e 21 contrários, autorizando-se a abertura do processo de *impeachment* e, posteriormente, afastando Dilma Rousseff do mandato presidencial, por cento e oitenta dias até o julgamento final, pelo Senado Federal. Durante o período, assumiu interinamente, o vice-presidente, Michel Temer.

Em seguida, o Senado Federal colheu provas, fez as perícias necessárias e permitidas em lei, ouviu testemunhas de acusação e defesa elaborando assim sua decisão final. No dia 31 de agosto de 2016, após seis dias de julgamento, o Senado Federal decidiu definitivamente a cassação do mandato presidencial, por 61 votos favoráveis e 20 contrários. O processo encerrou-se em 31 de agosto de 2016, contando ao todo 273 dias. (BRASIL, SENADO FEDERAL, 2016, pp. 6-7).

Fernando Gonzaga e Renato Nascimento (2016) explanam que o julgamento foi feito pelo presidente do Supremo Tribunal Federal (STF), o ministro Ricardo Lewandowski, ao conduzir o processo, acolheu um requerimento de destaque por votação em separado apresentado pela bancada

¹⁰Art. 2º A aprovação do Projeto de Lei Orçamentária de 2015 e a execução da referida Lei deverão ser compatíveis com a obtenção de resultado primário deficitário, para o setor público consolidado não financeiro, de R\$ 48.908.400.000,00 (quarenta e oito bilhões, novecentos e oito milhões e quatrocentos mil reais), sendo déficit primário de R\$ 51.824.400.000,00 (cinquenta e um bilhões, oitocentos e vinte e quatro milhões e quatrocentos mil reais) para os Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social e de R\$ 0,00 (zero real) para o Programa de Dispêndios Globais, conforme demonstrado no Anexo de Metas Fiscais constante do Anexo IV. (Redação dada pela Lei nº 13.199, de 2015)

¹¹Art.1º Esta Lei Complementar estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal, com amparo no Capítulo II do Título VI da Constituição.

§ 1º A responsabilidade na gestão fiscal pressupõe a **ação planejada e transparente**, em que se previnem riscos e corrigem desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas, mediante o cumprimento de metas de resultados entre receitas e despesas e a obediência a limites e condições no que tange a renúncia de receita, geração de despesas com pessoal, da seguridade social e outras, dívidas consolidada e mobiliária, operações de crédito, inclusive por antecipação de receita, concessão de garantia e inscrição em Restos a Pagar.

do PT, tendo com base os artigos 312¹² e os seguintes do Regimento Interno do Senado Federal, esses que tratam do procedimento a ser adotado. Sendo assim, dividiu-o em duas sessões:

- a) a primeira que tratou exclusivamente sobre a perda do mandato, ao passo que;
- b) a segunda analisou apenas a manutenção dos direitos políticos, devendo ficar inelegível por oito anos para exercer toda e qualquer função pública eletiva ou de nomeação. Pelo quórum exigido pela Constituição Federal, de dois terços, não foi possível a sua inabilitação, pois apenas 42 senadores votaram favoravelmente para tanto, eram imprescindíveis 54 votos favoráveis.

Ocorre que o Texto Constitucional em vigor, em seu art.52, determina:

Compete privativamente ao Senado Federal:

I - processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade, bem como os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles;

II- 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;

[...]

Parágrafo único. Nos casos previstos nos incisos I e II, funcionará como Presidente o do Supremo Tribunal Federal, **limitando-se a condenação**, que somente será proferida **por dois terços dos votos do Senado Federal à perda do cargo, com inabilitação, por oito anos, para o exercício de função pública, sem prejuízo das demais sanções judiciais cabíveis.** (grifos da autora)

Verifica-se que a competência do Senado Federal, no que se refere à condenação está absolutamente limitada à Carta Magna. Contudo, ao ter feito um Destaque para Votação em Separado (DVS), é possível identificar que o processamento atribuído foi de maneira antagônica, sobre o que afirma Roberto Wanderley Nogueira (2016) “O propósito de fazer pouco caso da Constituição Federal e, portanto, induzir a impunidade, é a raiz de todas as mazelas do Brasil”.

Seguindo, ainda, a dogmática- constitucional, a Lei de Responsabilidade (Lei nº 1079/50) expressa em seus artigos:

Art. 33. No caso de condenação, o Senado por iniciativa do presidente fixará o **prazo de inabilitação do condenado para o exercício de qualquer função pública**; e no caso de haver crime comum deliberará ainda sobre se o Presidente o deverá submeter à justiça ordinária, independentemente da ação de qualquer interessado.

Art. 34. **Proferida a sentença condenatória**, o acusado estará, ipso facto **destituído do cargo**. (grifos da autora).

¹²Art. 312. O destaque de partes de qualquer proposição, bem como de emenda do grupo a que pertencer, pode ser concedido, mediante deliberação do Plenário, a requerimento de qualquer Senador, para:

I - constituir projeto autônomo, salvo quando a disposição a destacar seja de projeto da Câmara;

II - **votação em separado**;

III - aprovação ou rejeição.(grifos da autora)

O Brasil adota o Estado Democrático de Direito, conforme preleciona Marcelo Galuppo (2016, p. 21) que representa o governo da lei e submissão ao direito positivo, no qual o poder do representante do povo deve ser plenamente regrado e limitado pela lei, com base no princípio da legalidade, expresso no art. 37¹³ da CF/88. Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2014, pp. 65-68) disserta sobre o princípio da supremacia do interesse público e afirma que todas as normas de direito público têm a função específica de resguardar o interesse público, pois, a defesa do bem-comum, seria o próprio fim estatal. Desta maneira, a conduta do agente público deve ser unicamente a prevalência da coisa pública, satisfazendo assim a vontade do povo, que representa o motivo pelo qual foi eleito.

Diante das razões expostas, que levaram à destituição do cargo da ex-presidente, ao ter praticado as “pedaladas fiscais” e a ilegalidade nos decretos, porventura, deduz-se que em diversos momentos, durante a gestão presidencial, Dilma Rousseff agiu sem honestidade, celeridade e economicidade.

Possivelmente houve no processo de impedimento uma contradição lógico-jurídica, pois existe um silogismo jurídico, a subsunção do fato –*impeachment*- à norma - cassação do condenado pela prática de atos infracionais e atentatórios à Lei Maior, e juntamente a inabilitação por oito anos para exercer função pública-.

No próximo tópico, serão apresentadas as técnicas hermenêuticas que se relacionam à questão ora debatida.

2 O *Impeachment* sob uma Abordagem Hermenêutica

Para compreender a contradição lógico-jurídica proferida pelo ministro Ricardo Lewandowski, Dimitri Dimolus (2013, p.122) define o “silogismo” com uma palavra de origem grega, derivada de um raciocínio geral, que permite deduzir uma conclusão a partir de determinadas premissas. *A priori*, é fundamentada pela subsunção, que torna possível conhecer se determinada norma jurídica deve ser aplicável a certa situação.

Valendo-se do caso examinado, pode-se analisar os seguintes pontos:

- 1) Aquele que comete crimes de responsabilidade deve ser destituído do cargo e conseqüentemente inabilitado para exercer função política durante os oito anos seguintes ao cometimento do crime, (norma);
- 2) Dilma Rousseff era detentora do poder político;

¹³Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da **legalidade**, impessoalidade, **moralidade**, publicidade e eficiência [...] (grifos da autora).

3) Restou constatado que Dilma Rousseff praticou crimes de responsabilidade.

Para a devida aplicação da norma jurídica, há necessidade de uma atividade intelectual para lhe atribuir sentido, significado e autonomia ao método e ao objeto. Barroso (2015, p. 304) salienta que essa atividade se dá por meio da hermenêutica jurídica, que procura legitimar, racionalizar e controlar a interpretação jurídica, a fim de assimilar a conduta humana e a realização de resultados devidos.

Por seu turno, Fábio Alexandre Coelho (2013, pp. 18-19) classifica a hermenêutica em:

- a) Formal, quando a técnica e os mecanismos utilizados para interpretar a lei decorrem de preceitos puramente legais, a subsunção do fato (premissa menor) à norma jurídica (premissa maior), colocando o intérprete e aplicador (juiz) em posição secundária, por está condicionado a identificar a vontade legal. Preservando assim, o princípio da Separação dos Poderes;
- b) Material, considera a interpretação de lei acerca da tridimensionalidade¹⁴ do Direito, em que o espírito da lei decorre do fato e dos valores atribuídos em sociedade, dando ao intérprete uma margem de discricionariedade para adequar à norma jurídica aplicável e a realidade econômica, política e social.

Com base nos estudos de Friedrich Carl Von Savigny (*apud* COELHO, p.25) a doutrina elenca quatro tipos de interpretação: gramatical, histórica, teleológica e lógico-sistemática.

Por ser um país de tradição eminentemente romano-germânica, a principal fonte de interpretação no Brasil são as normas jurídicas escritas, ou seja, o direito positivado. Neste aspecto, enquadra-se então a interpretação gramatical, por buscar o sentido literal da norma jurídica, apresenta Ricardo Soares, 2013, p. 31.

O método gramatical é essencial e indispensável para compreender o caráter dogmático da lei, exceto se houver o abandono da norma jurídica, pois requer a análise das palavras e expressões empregadas, para estabelecer quais as possibilidades de interpretação extraídas do texto apreciado.

João Baptista Herkenhooff (*apud* COELHO, 2014, p.26) tece considerações relevantes sobre este tema, aduzindo que o método “estabelece o sentido objetivo da lei com base em sua letra, no valor das palavras, no exame da linguagem dos textos, na consideração dos significados técnicos dos termos”.

Segundo o entendimento de Chiara da Silva (2014), o método histórico leva o intérprete a compreender o momento em que determinada lei sobreveio e os fatores que a deram origem, para ser introduzida no ordenamento jurídico vigente e atingir os resultados pretendidos pelo legislador.

¹⁴Tridimensionalidade do direito é as dimensões do estudo do direito sob três primas: considera o direito como reflexo de um ambiente cultural de determinado lugar (o fato), a relevância que determinado fato produz no mundo jurídico (o valor) e as soluções dos problemas devem ser condizentes como o ordenamento jurídico vigente (a norma);(DIMOULUS,2012,pp. 44-48).

Portanto, requer que seja levado em consideração os ideais e sentimentos do tempo de efetuação de lei.

No que tange ao método teleológico, Arley de Sousa e Erick Pereira (2015) exibem que, este método procura identificar a causa, o motivo e a legítima finalidade para edição da norma jurídica, tendo como base que o Direito existe para tutelar interesses difusos e coletivos. Com a edição da Lei de Responsabilidade (Lei nº 1.079/1950), é notório que a intenção do legislador é punir aqueles que desfrutaram e se beneficiaram ilicitamente das regalias advindas da atuação em nome do Poder Público.

Por fim, o método lógico-sistemático, estudado por Tércio Sampaio Ferraz Júnior (2012, pp. 256- 260) define o ordenamento jurídico como um todo, ou seja, que as normas jurídicas são compatíveis entre si, a fim de evitar contradições e alcançar o equilíbrio de interesses e valores cogitados, decorrentes de raciocínios lógicos da atuação humana para que se tenha uma interpretação adequada, coincidindo-se com Princípio da Unidade Normativa defendido por Gisela Ramos (2012, p.133).

Neste panorama, a Constituição Federal de 1988 encontra-se no topo da pirâmide de Kans Kelsen, por ser o fundamento das demais normas. Ao interpretar a referida lei que trata do instituto *impeachment*, é necessário que se faça um estudo e uma aplicação lógico-formal da vontade do legislador, de forma a se chegar ao resultado por ele pretendido. Ou seja, quem detém o poder político e pratica condutas tipificadas na lei, agindo de má-fé, deve ter seu mandato cassado e ser impedido de exercer direitos políticos durante 08 (oito) anos.

Diante dos pontos apresentados, pela interpretação literal do estabelecido na Constituição Federal de 1988, a então presidente deveria ter seu mandato presidencial cassado, concomitantemente à perda de seus direitos políticos, restando inabilitada para exercer cargo público durante o período estipulado na Carta Constitucional (08 anos).

Frente a tal panorama, será tratado no tópico III a possível consequência oriunda da decisão, adotada neste momento histórico, pelo ministro Ricardo Lewandowski ao concluir o processo de *impeachment*.

3 *Impeachment* e Precedentes em Relação ao Desmembramento da Sanção

O ministro, Ricardo Lewandowski, que conduziu o processo de *impeachment* da ex-presidente Dilma Rousseff ao dividi-lo em duas sessões, culminando a perda do mandato presidencial, entretanto, não designou a perda dos direitos políticos para exercer função pública. Ao proceder deste modo, torna bastante curioso, evidenciar, se essa decisão origina precedentes para casos futuros com fundamentação semelhante.

O art. 926¹⁵ do CPC trata dos precedentes como se fosse sinônimo de jurisprudência e de súmula, sendo, de máxima tal expor as diferenças existentes entre elas. Embora, neste caso em estudo não se trate de uma decisão judicial. A informação foi trazida apenas para elucidação.

Na acepção de Luiz Marinoni, Sérgio Arenhart e Daniel Mitidero (2015, pp. 609-613) conceituam, jurisprudência como a prática reiterada de decisões judiciais no mesmo sentido acerca de uma mesma matéria, proferida pelas Cortes para solução do caso concreto, gerando a uniformidade do direito. Ao passo que, súmula é a materialização da jurisprudência, o Tribunal ao reconhecer determinado entendimento majoritário tem o dever de criar um enunciado, sendo reconhecida como guia para administrar a justiça bem como para a sociedade civil.

Desde meados de 1960, de acordo com Eduardo Talamini (2016) já existia o chamado hoje de “precedente”, porém, sem essa nomenclatura formal. Considerando os entendimentos do Supremo Tribunal Federal (STF) em controle de constitucionalidade com eficácia *erga omnes* e força vinculante. Porém, com a entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil (lei nº 13.105/2015), essa nomenclatura foi concretizada.

Na lição de Daniel Amorim Assunção Neves (2016, p. 1297) precedente é:

Qualquer julgamento que venha a ser utilizado como fundamento de um outro julgamento que venha a ser posteriormente proferido. Dessa forma, sempre que um órgão jurisdicional se valer de uma decisão previamente proferida para fundamentar sua decisão, empregando-a como base de tal julgamento, a decisão anteriormente prolatada será considerada um precedente.

Faz-se necessário, explicar que no caso ora analisado a Constituição Federal de 1988, em seu art.52, impõe ao Órgão Legislativo, o Senado Federal, papel exclusivamente de julgador no processo de *impeachment*. Este que, convocou para si a guarda e defesa da Carta Magna com a principal finalidade de eliminar as irregularidades, abusos ou omissões cometidos pelo dirigente público. E ainda, em caráter temporário impedir que o mesmo possa reinvestir do cargo.

Em tema de precedente vale salientar que, conforme Daniel Amorim Assunção Neves (2016, p. 1298) que não é toda decisão proferida pelo tribunal que será um precedente. Uma decisão que não transcender o caso concreto nunca será utilizada como razão de decidir outro

¹⁵ Art.926 CPC. Os tribunais **devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.** (grifos da autora)

§ 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante.

§ 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.

juízo. Como também, uma decisão que se vale de um precedente como razão de decidir naturalmente. Bem como, as decisões que se limitam a aplicar a lei ao caso concreto.

Fredie Didier, Paula Braga e Rafael Oliveira (2016, p. 455) analisam que o precedente é composto pelas “a) circunstâncias de fato que embasam a controvérsia, b) tese ou princípio jurídico assentado na motivação (*ratio decidendi*) do provimento decisório; c) argumentação jurídica em torno da questão.”

Explicitam, além disso, (2016, pp.465-466) que *ratio decidendi* é o fundamento normativo, a essência da decisão, sem a qual seria impossível e inexecutável ao magistrado fundamentar o caso concreto e exarar uma regra específica, a sentença. Que encontra base no dispositivo legal e dele deriva é o que dispõe o art.97, IX ¹⁶da CF/88. A partir dela é que decorrerá os efeitos do precedente.

Para Luiz Guilherme Marinoni (2013, pp. 219-230) a *ratio decidendi* não se confunde com o dispositivo e nem com a fundamentação, mas sim, é constituído a partir de ambos. Com isso, o significado de um precedente está na sua fundamentação, e que, por isso, não basta verificar somente o dispositivo. A decisão deve ser respeitada pelo jurisdicionados como também pelos magistrados.

Para garantir segurança jurídica, estabilidade ao jurisdicionado e o tratamento igualitário nas decisões judiciais Fredie Didier, Paula Braga e Rafael Oliveira (2016, pp. 481-483) com base no art.5, XXXVI¹⁷, da CF/88 asseguram que, situações consolidadas no passado devem ser respeitadas no presente e no futuro.

Entende que o indivíduo termina por pautar sua conduta em um comportamento adotado por outro, no caso em exame seria o comportamento do Estado, manifestado no plenário do Senado Federal, como fundamento de tal conduta. Em razão de o legislador brasileiro assegurar certa previsibilidade quanto à atuação do Estado-juiz.

No caso do *impeachment* da ex-presidente Dilma Rousseff que manteve os seus direitos políticos é possível o julgamento ser usado como precedente?

¹⁶Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

[...]

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;

¹⁷**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:

[...]

XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;

Ao ficar habilitada para exercer função pública após o processo de *impeachment*, sendo apenas afastada, podendo, a qualquer momento concorrer a novas eleições, comprova e convence ainda mais, que os julgamentos supervenientes dos chefes do Poder Executivo pautados pela ausência de transparência, moralidade e probidade para com a coletividade terão como objeto principal de defesa o julgamento que beneficiou a ex-presidente.

Considerações Finais

Diante de todo exposto, pode-se constatar que o ministro Ricardo Lewandowski, ao presidir o processo de *impeachment*, e aplicar as sanções previstas na Lei Maior, de maneira parcial, conforme decisão no plenário do Senado Federal adotou comportamento paradoxal. A ex-presidente Dilma Rousseff após ser condenada por crime de responsabilidade foi apenas afastada e impedida de permanecer no cargo de Presidente da República, não tendo os seus direitos políticos suspensos.

O crime de responsabilidade embora com multiplicação diversa – afastamento, impedimento e suspensão dos direitos políticos por 08 (oito) anos- caracteriza-se como infração político-administrativa, que dá ensejo a uma única sanção, decorrente de um único crime.

Ao ter realizado o Destaque para Votação em Separado (DVS), em relação à Constituição Federal, retirando o texto da lei e interpretando-a separadamente e, ademais decidindo em sentido contrário, pois o seu art. 52, parágrafo único, estabelece claramente e taxativamente que a condenação e inabilitação, são mera decorrência lógica e sanções cumulativas, sendo assim, indissociáveis.

Verifica-se que o meio para se chegar à decisão tomada foi o da hermenêutica material, essa que não se limita ao sentido literal da lei. Considerando o espírito da lei como decorrência do fato e dos valores atribuídos em sociedade. Logo, o Senado Federal ao firmar-se pela inabilitação para exercer função pública, utilizou a discricionariedade para adequar a norma jurídica ao caso concreto.

Ao julgar o processo de *impeachment* da ex-presidente Dilma Rousseff, o Senado Federal ao decidir pela aplicação apenas parcial da sanção, ocasionou precedentes para casos futuros análogos. Ou seja, aqueles julgamentos que tiverem como órgão julgador um Tribunal Político, e a *ratio decidendi* forem à prática atentatória a probidade administrativa, a transparência orçamentária e as finanças públicas. Condutas estas, plenamente, diversas da honra, decoro e dignidade inerentes ao cargo.

Destarte, qualquer membro do Poder Executivo que tiver sua denúncia admitida e o julgamento procedente, por crimes de responsabilidade – ao ser usado como precedente a decisão da ex-presidente - o sentenciado, sob a perspectiva de sua causa estar harmonizada com

decisão anterior e assegurada a Justiça, pelo tratamento igualitário em demandas semelhantes. Diante de certa previsibilidade, compreende que será impedido de permanecer no cargo, mas por não ter seus direitos políticos suspensos poderá concorrer às eleições e se obter a maioria dos votos retornará ao cargo de Presidente da República. Embora a *ratio decidendi* desfrutada nesse caso concreto, detém aptidão universal e generalizada.

A aplicação somente de umas das sanções previstas no texto constitucional, configura um ato oposto ao espírito da Constituição Federal de 1988, essa, que tem poder vinculante frente ao Poder Público. Ao estabelecer as duas modalidades de sanção, visa salvaguardar o patrimônio público de políticos ímprobos.

Portanto, a decisão do *impeachment* de Dilma Rousseff é dotada de inconstitucionalidade material, onde os vícios dizem respeito ao próprio conteúdo e o aspecto substancial do ato – *impeachment*. Traduz-se, um confronto entre a norma explícita da Constituição Federal de 1988 e a conduta adotada pelo órgão julgador, o Legislativo. Como já supracitado, afirma-se, que a inabilitação é um mero acessório do impedimento do cargo.

Referências

Livros

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 5 ed. São Paulo: Saraiva. 2015.

COELHO, Fábio Alexandre. **Curso Rápido de Hermenêutica Jurídica**. São Paulo. Edipro. 2014

DIDIER, Fredie Júnior; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de Direito Processual Civil**. 11 ed. v.2 Salvador: Juspodivm. 2016.

DIMOULIS, Dimitri. **Manual de Introdução ao Estudo do Direito**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2013.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27 ed. São Paulo: Atlas. 2014.

FERRAZ, Tércio Sampaio Júnior. **Introdução ao Estudo do Direito**. 6 ed. São Paulo: Atlas. 2012.

GALINDO, Bruno. **Impeachment: à luz do constitucionalismo contemporâneo**. Curitiba: Juruá. 2016.

GALUPPO, Marcelo Campos. **Impeachment: o que é, como se processa e por que se faz**. 2 ed. Belo Horizonte: D'Plácido. 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais. v.2. 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2013.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 8 ed. Salvador: Juspodivm. 2016.

RAMOS, Gisela Gondin. **Princípios Jurídicos**. Belo Horizonte: Fórum. 2012.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Hermenêutica Jurídica**. São Paulo: Saraiva. 2013.

Artigos

CANÁRIO, Pedro. **Conheça o rito do *impeachment* discutido no Senado; defesa tem pouco espaço**. Consultor Jurídico Online. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-abr-17/rito-discussao-senado-preve-defesa-dilma-afastamento>>. Acesso em: 20 de mar de 2017.

CONTIN, José Maurício. **Agressões ao Direito Financeiro dão razões para o *impeachment***. Consultor Jurídico Online. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-abr-05/contas- vista-agressoes-direito-financeiro-dao-razoas-impeachment>>. Acesso em: 26 de mar de 2017.

CONSULTOR JURÍDICO. **20 Deputados da comissão que analisará *impeachment* são do meio jurídico**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-mar-17/20-deputados- comissao-impeachment-sao-meio-juridico>> Acesso em: 09 de maio de 2017.

JAYME, Fernando Gonzaga; PENA, Renato Nascimento. **Fatiamento do *impeachment* causa sua nulidade e STF deveria refazê-lo**. Consultor Jurídico Online. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-set-17/fatiamento-impeachment-causa-nulidade-stf- deveria-refaze-lo>>. Acesso em: 20 de março de 2017.

NOGUEIRA, Roberto Wanderley. **Penas previstas em caso de *impeachment* não podem ser desmembradas**. Consultor Jurídico Online. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016- ago-31/roberto-nogueira-penas-impeachment-nao-podem-desmembradas>>. Acesso em: 20 de março de 2017.

SILVIA, Chiara Michelle Ramos Moura da. **Noções Introdutórias de Hermenêutica Jurídica Clássica**. Ambíto Jurídico Online. Disponível em: <http://www.ambito- juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14930>. Acesso em: 26 de abril de 2017.

SOUSA, Arley Andrade de; PEREIRA, Erick Wilson. **A Hermenêutica Constitucional Como Instrumento Importante, Mas Não Suficiente Para Efetivação do Sentimento de Constituição**. Conpedi. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/publicacoes/c178h0tg/5911f6p7/Ex4u3VCfnV12xbA5.pdf>. Acesso em: 28 de abril de 2017.

TALAMINI, Eduardo. **O que são os "precedentes vinculantes" no CPC/15**. Ambíto Jurídico Online. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI236392,31047- O+que+sao+os+precedentes+vinculantes+no+CPC15>>. Acesso em: 30 de abril 2017.

Normas

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília. DF. Senado, 1988.

_____. **Lei nº 1.079**, 10 de abril de 1950, Lei de Responsabilidade.

_____. **Lei nº 101**, 4 de maio de 2000, Lei de Responsabilidade Fiscal.

_____. **Lei nº 13.105**, 16 de março de 2015, Novo Código de Processo Civil.

_____. **Resolução nº 93 de 1970**, Regimento Interno do Senado Federal.

Sentença

BRASIL. SENADO FEDERAL. Brasília, **Sentença de *Impeachment* contra Dilma Rousseff**. Relator: Ricardo Lewandowski, 31 de agosto de 2016. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2016/12/28/impeachment-de-dilma-rousseff-marca-ano-de-2016-no-congresso-e-no-brasil>>. Acesso em: 25 de março de 2017.

NECESSIDADE E POSSIBILIDADE DA ARBITRAGEM NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS DE INFRAESTRUTURA

Maria Juliana Bezerra Fiori ¹
Prof. Msc. Roberta Cruz da Silva ²

Resumo

A arbitragem é um instituto antigo no ordenamento jurídico, mas que vem ganhando respaldo e aplicabilidade nas últimas décadas do século XX, principalmente devido ao crescimento global e a flexibilização do modelo de gestão do Estado nos anos 1990, no contexto da Reforma Administrativa, como forma de garantir segurança jurídica e celeridade na resolução de possíveis conflitos nos contratos administrativos, atraindo mais investimentos do setor privado. Entretanto por muito tempo se discutia a admissibilidade da adoção da arbitragem pela Administração Pública por não estar expressa na Lei 9.307/1996. Tal discussão foi superada após a alteração pela Lei 13.129/2015. Este trabalho tem como objetivo principal examinar as reais necessidades e possibilidades do uso do método arbitral pela seara pública. Pretende-se demonstrar peculiaridades do método arbitral à luz dos princípios administrativos, despontar os argumentos utilizados antes da lei pela jurisprudência e a evolução legislativa que fundamentou a emprego da arbitragem pelo ente público antes do atual marco legal.

Palavras-chave: Arbitragem – Contratos Administrativos - Eficiência – Interesse Público.

¹ Graduanda em Direito, 7º período, Centro Universitário Tabosa de Almeida – ASCES/UNITA. Estagiária no Núcleo de Práticas Jurídicas ASCES/UNITA. E-mail: julianafigliore19@gmail.com

² Bacharela e Mestre em Direito, pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB). Professora de Direito Administrativo e de Prática Constitucional-Administrativa do Centro Universitário Tabosa de Almeida (ASCES/UNITA); da Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP), e das pós-graduações da ASCES/UNITA; Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP); da ESMATRA/PE e do Complexo de Ensino Renato Saraiva (CERS/Recife). Advogada.

Introdução

A arbitragem é uma técnica heterocompositiva de resolução de controvérsias extrajudicial, versando sobre direitos disponíveis, em que a decisão arbitral tem poder de sentença, pela qual não comporta os recursos como na esfera judicial, salvo exceções de acordo com a Lei Federal 13.129/2015, o árbitro é eleito por comum acordo entre as partes, tendo por característica a segurança jurídica e a celeridade processual.

O presente artigo visa explorar a utilização desse método pelo órgão público, nos contratos administrativos de infraestrutura, de acordo com pesquisa realizada pelo CNJ em 2011 o Estado é o maior litigante no sistema de justiça, ultrapassando a margem de 100 milhões de processos em tramitação no Brasil, mostrando a necessidade de se buscar outros meios de viabilizarem o acesso à justiça.

A partir dessas premissas cumpre verificar as possibilidades e as necessidades da utilização da arbitragem nos contratos administrativos, as discussões em torno do instituto, sua utilização, que se exige uma mudança de paradigma do Poder Judiciário, sendo necessária uma grande alteração no comportamento de toda sociedade, especificamente dos juristas e da Administração Pública que por sua vez está estarecida no contexto da litigiosidade processual.

Para elaboração do presente artigo foi utilizado o método indutivo, por meio de observação direta extensiva de análise do conteúdo do texto de Lei de arbitragem a Lei 9.307/1996 que foi alterada pela Lei 13.129/2015, os princípios norteadores da Administração Pública, em especial o princípio da legalidade, indisponibilidade do interesse público e da publicidade, foi realizada uma revisão bibliográfica dos artigos científicos na base de dados da Revista dos Tribunais do repositório da ASCES UNITA utilizando os descritores de arbitragem na administração pública do período de 2013 a 2017, e o NCPC para demonstrar as necessidades e possibilidades do emprego do método arbitral nos contratos da administração pública.

Percebe-se que os meios adequados de resolução de conflitos em especial a arbitragem que ganharam respaldos no novo CPC e na alteração da lei de Arbitragem a Lei 13.129/2015, completou a lacuna existente na Lei 9.307/1996 possibilitando e estimulando a utilização da arbitragem pelo Poder Público se valendo desses meios para diminuir o volume de demandas repetitivas do Judiciário, diminuindo recursos públicos e promovendo uma maior segurança jurídica nas cláusulas de convenção de arbitragens nos contratos da Administração Pública.

1. O marco legal da Lei de Arbitragem

A economia brasileira vem crescendo bastante nos últimos anos, principalmente em decorrência de investimentos do mercado internacional em vários setores, principalmente nos de energia e infraestrutura para acompanhar o crescimento das últimas décadas. Grandes empresas privadas investem fortemente nestes e em outros segmentos, contudo nos últimos anos não só o Brasil, mas o mundo vem enfrentando uma das maiores crises políticas e econômicas da história, que atinge bruscamente a manutenção exclusiva por parte do setor público, necessitando deste modo de investimentos de empresas privadas.

Segundo Tiburcio e Pires:

Isso se agrava, ainda, com as prerrogativas, processuais e extraprocessuais, de que gozam as entidades públicas brasileiras e que contribuem para a imagem de que as demandas contra a Fazenda Pública, até o remoto pagamento dos precatórios, são verdadeiras vias-crúcis, sem prazo esperado de conclusão. Esse cenário, por natural, repercute nas contratações: mesmo quem decide participar de uma licitação, optando por correr esses riscos, os embute nos preços oferecidos, que se elevam, em prejuízo do erário. Resultado: no conjunto da obra, o sistema processual brasileiro e o excesso de litigância do Poder Público andam na contramão dos princípios da eficiência administrativa e da economicidade. (2016, p. 1)

Após a lei de arbitragem 13.129/2015 que alterou a lei 9.307/1996 regularizando a utilização do instituto pela administração pública, trazendo um grande estímulo para os contratos firmados com a administração pública, além de acabar com muitos questionamentos que se tinha com relação à ilicitude da utilização da arbitragem pela administração pública, claramente expressa na Lei de Arbitragem (2015) “A administração Pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis” (art. 1.º, § 1.º).

O legislador deixou claro que é possível a utilização do meio adequado de resolução de conflito por meio da arbitragem, afastando qualquer incerteza com relação à sua legitimidade nos acordos, constituída por cláusula arbitral, tais como concessões de serviços públicos, parcerias público-privadas, ou contratos administrativos de acordo com a lei de licitações 8.666/1993 de forma positiva a novos investimentos, pois a cláusula arbitral traz segurança jurídica para esses investidores nos contratos com a Administração Pública, conflitos que podiam surgir nestas relações jurídicas utilizaram um meio adequado de resolução de conflito de forma célere e imparcial, com prazos e procedimentos flexíveis de acordo com a necessidade do caso concreto, que é o inverso das causas ligadas no judiciário, Tiburcio; Pires (2016, p. 1) destacam que: “O próprio legislador, no contexto da abertura dos

serviços públicos à iniciativa privada, passou a contemplar a arbitragem de forma explícita, o que, sem dúvida, contribuiu para a adesão de investidores privados”.

Atualmente a Administração Pública é apontada como uma das maiores responsáveis pelo excesso de processos no país, dados divulgados em 2011 pelo CNJ mostra a Administração Pública direta e indireta como os maiores litigantes do país, cerca de 51% de processos dividido nas três esferas federativas, cenário crítico do judiciário devido a grande quantidade de processos que quando julgado por diversas vezes além da morosidade dessas resoluções, ainda enfrentam infundáveis recursos, o que dificulta o investimento de parceiros privados e novos investimentos no setor público (TIBURCIO; PIRES, 2016, p. 1).

São cada vez mais raros contratos sem a utilização de cláusula arbitral, justamente por proporcionar segurança jurídica e uma certeza de solução mais célere nos possíveis desacordos que surgirem entre as partes contratantes.

2. A importância dos contratos para a Administração Pública

Com o avanço da tecnologia e da globalização econômica nas últimas décadas, fez-se necessário um maior investimento pelo Estado em infraestrutura, energia e programas sociais, seja por força do desenvolvimento internacional, que fez com que o Estado buscasse nos contratos com PPPs um auxílio de investimentos nesses seguimentos de modo a estabelecer uma aproximação do público com privado, a procura de parceiras Público-Privada, possibilitando que essas empresas alcancem a sua finalidade: o lucro. Em contrapartida auxiliam o estado realizando grandes investimentos e gerando uma maior eficácia do serviço prestado, atendendo o interesse da sociedade e estabelecendo uma cooperação entre o ente público e o privado.

Segundo Lemes:

Posso dizer que a arbitragem está sendo prevista nos contratos administrativos com a Administração Pública. Pode-se dizer que hoje, diferentemente do passado, nós temos muitos casos de arbitragem envolvendo a entidades estatais. Existe uma razão para isso. A principal é o fomento dos órgãos de financiamento internacional que determinam que os contratos tenham cláusula de arbitragem. Evidentemente, objetivam os reflexos econômicos disso, porque tendo cláusula de arbitragem, tem também a especialidade do Tribunal Arbitral que constrói uma simetria de informações, com a possibilidade de ter uma sentença mais rápida do que no Judiciário. (2015, p. 11)

De forma que venha suprir lacunas existentes nestes acordos, os chamados contratos incompletos, que são aqueles incapazes de explicar todas as obrigações e elasticidades que tende a surgir no campo contratual, de forma que venha a dirimir conflitos entre as partes e resolver questões futuras.

A arbitragem é o método de resolução de conflito que mais cresce no mundo, todo esse crescimento econômico impõe a utilização de meios adequados de resolução de controvérsias de forma célere e eficiente diminuindo os riscos que comportam os contratos.

3. O regime anterior da Lei 9.307/1996 e evolução legislativa

A lei 13.129/2015 realizou reformas indispensáveis à lei de Arbitragem (Lei 9.307/1996), principalmente com relação à lacuna que envolvia a Administração Pública, que durante décadas foi debatido sobre a submissão do Estado (direta ou indiretamente). A arbitragem que durante décadas permaneceu em desuso, por vários motivos dentre eles o tratamento dado pelo legislativo, o Código de Processo Civil de 1939, que estabelecia em seus art. 1.031 a 1.046, regras sobre arbitragem ("juízo arbitral"), mas nada diziam sobre arbitrabilidade, nem objetiva, tampouco subjetiva.

Segundo Carmona:

Basicamente, eram dois os grandes obstáculos que a lei brasileira criava para a utilização da arbitragem: em primeiro, o legislador simplesmente ignorava a cláusula compromissória (o CC/1916 e o CPC/1973 não exibiam qualquer dispositivo a esse respeito); ao depois, o diploma processual, seguindo a tradição de nosso direito, exigia a homologação judicial do laudo arbitral. (2004, p. 22).

Mesmo estando prevista no código brasileiro, a arbitragem continuou sem ser utilizada, principalmente como meio alternativo de resolução de controvérsia, de forma que se fosse utilizada corretamente não demandaria a quantidade de processo pela Administração Pública como atualmente, algumas leis foram usadas pela doutrina para abarcar a utilização da arbitragem, ao tratar sobre o tema os autores.

Tiburcio; Pires argumentam que:

A primeira sustentava que qualquer entidade da Administração poderia firmar convenções arbitrais por força do art. 54, *caput*, da Lei 8.666/1993,9 que determina a aplicação supletiva, aos contratos regidos por ela, dos princípios da teoria geral dos contratos e das disposições de direito privado;

A segunda defendia que, da previsão de arbitragem por uma série de leis pontuais relacionadas à Administração Pública - como a Lei de Concessões (Lei 8.987/1995, art. 23-A) -, se poderia extrair uma autorização genérica para a adoção da arbitragem em qualquer circunstância;

Enquanto a terceira, tratando apenas das sociedades de economia mista e empresas públicas exploradoras de atividade econômica, afirmava que tais entidades seriam plenamente aptas a se submeter à arbitragem, por força do art. 173, § 1.º, da CF/1988 (LGL\1988\3), (2016, p. 2).

Ainda neste contexto no que se refere à legislação foi sendo ampliada trazendo novas hipóteses no que concerne o uso da arbitragem pela Administração Pública, como por exemplo: a Lei n.º 9.472/1997: disciplinou a prestação do serviço de telecomunicações por particulares,

permitindo que os contratos de concessão contivessem cláusula prevendo “o foro e o modo para solução extrajudicial das divergências contratuais” (art. 93, inciso X).

A Lei n.º 9.478/1997 preocupa-se com a exploração e produção de óleo e gás após o fim do monopólio estatal, aceitando que nos contratos de concessão por ela disciplinados fossem estabelecidas “regras sobre solução de controvérsias, relacionadas com o contrato e sua execução, inclusive a conciliação e a arbitragem” (art. 43, inciso X).

Já a Lei n.º 10.233/2001 trata do transporte aquaviário e terrestre, admitindo a inclusão no contrato de concessão de “regras sobre solução de controvérsias relacionadas com o contrato e sua execução, inclusive a conciliação e a arbitragem” (art. 35, inciso XVI).

Na Lei n.º 11.079/2004 que trata do contrato de parceria público-privada, prevendo “o emprego de formas privadas de resolução de disputas, inclusive a arbitragem” (art. 11, inciso III).

Essa evolução legislativa se explica em parte devido a transformação do próprio direito administrativo, pela EC 19/98 conhecida como reforma administrativa (que ainda encontra-se em discussão), mas que teve como marco a redução do intervencionismo estatal, ao tratar sobre o tema, Timm, Silva e Richter argumentam que:

A formatação com a qual o Estado passa a atuar nesse cenário econômico e social exige uma nova forma de compreensão do Direito Administrativo. A morosidade do Poder Judiciário, sua “politização” e a falta de conhecimento técnico para apreciar determinadas questões, por exemplo, incentivam a utilização de métodos alternativos para solução de conflitos, inclusive para questões ligadas à Administração Pública. Acredita-se que a partir desse novo modelo jurídico, o Poder Público não seja mais visto como um inimigo da iniciativa privada, ou mesmo uma parte contratante superior. É mais do que tempo de o Estado descer do seu pedestal e virar um colaborador do seu contratante, gerando ganhos para ambas as partes maior eficiência à sociedade. (2016, p. 3)

O Estado deixa de prestar serviços públicos de modo direto, permitindo que empresas privadas prestassem alguns serviços como telecomunicações, conservação de rodovias, energia elétrica, transporte aquaviário, rodoviário, gás e petróleo de forma que foi necessário uma flexibilização nos contratos firmados pelo ente público, de modo que fosse atrativo e seguro para o setor privado aplicar investimentos, neste contexto à arbitragem foi reinserida no direito administrativo para trazer mais fomento para os investimentos da iniciativa privada.

Muitas críticas sugeriram após a flexibilização do Estado e a utilização do instituto da arbitragem, o que provocou uma resistência por parte da doutrina do direito administrativo e por grande parte dos juristas, argumenta Cristina Mastrobuono que atua no Núcleo de Estudos de Parcerias Público-Privadas na PGE/SP e na Comissão de Acompanhamento de Contratos de PPPs:

Quando o Estado utiliza a arbitragem ele não vira setor privado. Ele continua Estado, tendo que prestar contas a outros órgãos governamentais e à sociedade. Por isso não sabemos o quão benéfico é apontar uma câmara responsável por julgar um litígio que pode demorar 30 anos para acontecer — estamos falando de contratos longos e importantes. Não sabemos qual será o estado dessa instituição lá na frente, então essa é uma forma de nos defender. (2015, p. 1).

O texto assinala um dos vários pensamentos preconceituosos com relação à arbitragem, à cultura dos operadores do direito e na literatura jurídica nacional que aponta que os não concordavam com a reforma do Estado Brasileiro viram a arbitragem como uma estratégia de um movimento de privatização que era por eles indesejado.

Segundo Timm, Silva e Richter:

Contudo, se a prática social exige cooperação entre o público e o privado, boa parte da nossa legislação, doutrina, jurisprudência e, sobretudo, a cultura dos nossos legisladores e juristas, ainda estão atreladas a um Direito Administrativo conservador e pouco flexível do século XIX de matriz francesa. Este esquema mental não é afeito a atos de colaboração e igualdade (pelo menos do ponto de vista formal) entre o público e o privado e enxerga com desconfiança o espaço do mercado. (2016, p. 3-4)

O fato da edição da Lei 9.307/1996 ter coincidido com a Reforma da Administração Pública, em 1998, não poder passar por represálias deixando de ser aplicado um método eficaz podendo ser auxiliar da Administração Pública, que tem interesse de soluções ágeis nos litígios em que é parte, além de ter as melhores decisões no que tange as especialidades dos árbitros de forma a obter decisões mais vantajosas para ambas as partes, de modo que não se pode impedir ao ente público de se valer do procedimento arbitral.

4. Evolução jurisprudencial

As jurisprudências começam a surgir em 1973 com o “Caso Lage”, primeira questão a ser discutida sobre arbitrabilidade envolvendo entes da Administração Pública, O processo em questão decorreu de incorporação pela União (Dec.-lei 4.648/1942) de bens e direitos das Organizações Lage e do espólio de Henrique Lage, sob alegação de interesse da defesa nacional.

Após avaliação dos bens, determinou-se sua venda para pagamento de débitos para com a União, devendo o saldo ser restituído à família (antigos proprietários). A qual propôs a criação de um juízo arbitral, para processar a avaliação e o conseqüente encontro de contas, o que foi aceito pela União. Foi proferido laudo, fixando-se indenização a ser paga pela União.

Após aceitar a decisão dos árbitros, a União posteriormente buscou contestar a arbitragem, sob o fundamento de que o juízo arbitral instaurado para decidir questão envolvendo o Estado seria inconstitucional.

Conforme o Caso Lage:

Na Carta de 1937, então vigente ao tempo da expedição do increpado Dl. 9.521, não existia qualquer disposição que vedasse, de modo expresso, ou mesmo implícito, a instituição de um juiz arbitral nos moldes estabelecidos pelo referido diploma e cuja decisão fosse irrecorrível e exequível, independentemente do *exequatur* judicial, pela sua homologação. Igualmente, a Constituição vigente não contém qualquer disposição que vede a criação desse instituto, tradicional no direito brasileiro, desde as antigas Ordenações. Castro Nunes, em notável parecer junto à f. 145, refutou, cabalmente, todas as objeções levantadas contra a sua irrecusável constitucionalidade. (BRASIL, STF, 1973)

Mesmo sendo julgado em 1973, mesmo antes da Constituição de 1988 e da lei 9.307/1996 o Caso Lage é o que tem maior relevância e precedente na jurisprudencial a respeito da relevância da arbitragem pelo Estado, sendo apreciada pelo STF, e tendo como parte a União Federal, pessoa jurídica de direito público integrante da Administração Pública Direta. Trata-se de uma disputa a respeito da constitucionalidade do Decreto-lei n.º 9.521/1946, por meio do qual instituiu-se juízo arbitral para definir, dentre outras questões acessórias, o valor da indenização, *in casu*, devida pela União ao Espólio de Henrique Lage, que tivera parte expressiva de seu patrimônio expropriada no interesse da defesa nacional. Constituído o Tribunal Arbitral, o processo foi concluído em menos de 18 meses.

A União, todavia, alterando drasticamente o entendimento que adotara ao editar o Decreto-lei n.º 9.521/1946, recusou-se a dar cumprimento ao laudo, alegando, dentre outras razões, a inconstitucionalidade do juízo arbitral (por ela instituído). A rejeição ao laudo pela a União deu início a um longo litígio, que iniciou em 1955 e terminou 18 anos depois pelo STF, que decidiu, à unanimidade de votos, a legalidade do Juízo Arbitral, que o nosso Direito sempre admitiu e consagrou até mesmo nas causas contra a Fazenda.

5. Atual disciplina normativa – Lei 13.129/2015

A edição da Lei 13.129/2015 preencheu lacunas e a veio resolver questões controvertidas da lei pela sociedade jurista, privada e do próprio setor público de forma a trazer expressamente a admissão de a Administração Pública submeter-se ao procedimento arbitral nos litígios em que for parte.

Neste panorama de reformas o Novo Código de Processo Civil trás de forma explicita meios alternativos de resolução de controvérsias, inclusive a arbitragem em seus dispositivos, com um elevado congestionamento de demandas no Judiciário, sobretudo pós Constituição Federal de 1988, passou-se a prestigiar os chamados outros meios de solução de conflitos, como a arbitragem, a conciliação e a mediação. Mecanismos alternativos prestigiados no novo Código de Processo Civil:

§ 1º do artigo 3º: “É permitida a arbitragem, na forma da lei”

§ 2º do artigo 3º: “O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos”.

Artigo 174: “A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios criarão câmaras de mediação e conciliação, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo, tais como:

I - dirimir conflitos envolvendo órgãos e entidades da administração pública; II - avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da administração pública [...]”.

Salomão manifesta-se neste sentido:

Nessa linha, o novo Código de Processo Civil, que entrou em vigor no início deste ano, valoriza esses e outros avançados mecanismos que precisam ser difundidos pela sociedade, pois previnem e promovem, a um só tempo, a eficaz pacificação social e carregam perspectiva de racionalidade para a jurisdição estatal, hoje assoberbada pela expressiva quantidade de processos (quase 30 milhões de novos casos por ano, com taxa de congestionamento superior a 70%), (2016, p. 1).

O código inova com o princípio da cooperação exigindo um maior esforço entre as partes na pretensão de obter em tempo razoável a resolução de mérito justa e efetiva, avanços e ferramentas a serem difundidas por toda sociedade que se encontra estarecida com a grande morosidade dos processos no judiciário um verdadeiro caos, nesta perspectiva o novo CPC trás os meios adequados de controvérsias para auxiliar o estado autorizando e instigando a utilização do método arbitral pelo Poder Público.

6. Arbitragem e o princípio da legalidade

O princípio da legalidade é um dos princípios mais importantes da Administração Pública isso porque representa a subordinação do Estado à vontade do povo, representado por seus representantes, que por sua vez criam as leis e a administração pública só pode praticar condutas que estejam em lei.

O princípio da legalidade é a base do Estado Democrático de Direito e garante que todos os conflitos sejam resolvidos pela lei. Para Celso Antônio Bandeira de Mello, “enquanto o princípio da supremacia do interesse público é da essência de qualquer Estado, o da legalidade é específico do Estado de Direito”. Este princípio é a direção básica do papel dos agentes da administração. Isso remete que toda e qualquer atividade administrativa deve ser autorizada por lei, caso contrário, a atividade é ilícita.

Segundo Mello:

O princípio da legalidade é o fruto da submissão do Estado à lei. É, em suma, a consagração da ideia de que a Administração Pública só pode ser exercida na conformidade da lei e que, de conseguinte, a atividade administrativa é atividade sublegal, infralegal, consistente na expedição de comandos complementares à lei. (2009, p. 103).

O que muito se discutia por parte da doutrina antes da Lei 13.129/2015 que alterou a Lei 9.307/1996 é que por não estar expressamente no dispositivo a administração pública não poderia recorrer à arbitragem, como dispõe o art. 1º da Lei n.º 9.307/1996, segundo o qual “as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem”. Essa corrente foi sendo desconstruída à medida que foram surgindo dispositivos normativos que trouxeram expressamente essa possibilidade.

Salgado observa que:

Duas leis expressamente permitem o uso da arbitragem, que são a Lei 8.987/1995 (Lei sobre o Regime de Concessão e Permissão de Serviços Públicos) e a Lei 11.079/2004 (Lei que Institui Normas Gerais para Licitação e Contratação de Parceria Público-Privada). A concessão de serviços públicos consiste numa forma de transferência de titularidade para a prestação do serviço público, denominada delegação. O Poder Concedente faz essa transferência à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para tal, e isso se dá através de um contrato administrativo, precedido de licitação na modalidade concorrência.

Já a parceria público-privada é um acordo firmado entre a Administração Pública e pessoa do setor privado, com o objetivo de implantação ou gestão de serviços públicos, com eventual execução de obras ou fornecimento de bens, mediante financiamento do contratado, contraprestação pecuniária do Poder Público e compartilhamento de risco e ganhos entre os pactuantes. (2013, p. 6)

E para eliminar qualquer questionamento quanto a sua admissibilidade foi reformulada a própria Lei n.º 9.307/1996, acrescentando-se ao art. 1º do texto original o § 1º, assim redigido: [...] “a administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis”. Que permite concluir que neste ponto, a discussão hoje está superada.

Mesmo sendo de forma genérica havia uma permissão do art. 1º da Lei n.º 9.307/1996 que argui ser suficiente para que a Administração Pública pudesse utilizar o procedimento arbitral. Pelo fato dos agentes, que integram a Administração Pública de forma direta e indireta ser “pessoas capazes de contratar”, único requisito subjetivo eleito pelo legislador para definir quem pode ser parte de um processo arbitral, de forma que a alteração trazida pela nova Lei extingue qualquer discussão a esse respeito.

7. Arbitragem e a indisponibilidade do interesse público

Outra relevante discussão que se fazia por parte da doutrina era com relação à disponibilidade do interesse público de acordo com o no art. 1º da Lei n.º 9.307/1996, a arbitragem pode ser utilizada apenas “para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”, o que impede a utilização do procedimento arbitral por parte do ente público, e isso porque o princípio da indisponibilidade do interesse público seria antagônico à ideia de disponibilidade de direitos.

Segundo Mello (2014, p. 56 *apud* Mello, 1967, p. 48).

A indisponibilidade dos interesses públicos significa que sendo interesses qualificados como próprios da coletividade – internos ao setor público – não se encontram à livre disposição de quem quer que seja, por inapropriáveis. O próprio órgão administrativo que os representa não tem disponibilidade sobre eles, no sentido de que lhe incumbe apenas curá-los – o que é também um dever – na estreita conformidade do que predispuer a ‘intentio.

O que não se caracteriza com o uso da arbitragem em suas controvérsias pela Administração Pública, discussão claramente sanável porque ela não está dispondo do interesse público nem mesmo renunciando ao seu atendimento.

O julgamento por um magistrado do Estado nada difere de um árbitro, as atividades são semelhantes, e vale ressaltar que o árbitro é especialista de determinada área, o que faz crer que essas decisões são plenamente satisfatórias as partes, de forma que tal procedimento seja célere, evitando recursos que podem durar anos de forma a produzir serias consequências ao erário, e causando a ineficácia dos atos administrativos.

8. Publicidade na Administração Pública

O princípio da publicidade trazido pela art. 37 da Constituição Federal trata à legitimidade das decisões na esfera pública a averiguação do interesse público, pautada na transparência, salvo nas hipóteses expressas em lei, aferindo que a legalidade não é suficiente, sendo necessária a publicidade das ações governamentais.

Erroneamente era visto na arbitragem um impedimento por se tratar de um procedimento sigiloso, o que não é trazido na lei 9.307/1996 e nem em sua alteração a Lei 13.129/2015, sendo a característica sigilosa uma faculdade das partes no âmbito privado.

Oliveira; Schwarstmann (2015) se manifestam nesse sentido:

Ressalta-se que a participação de um ente público em uma arbitragem limita a capacidade das Partes em optar livremente pelo sigilo nos procedimentos, em razão da sujeição ao princípio da publicidade. Perceba-se que a Constituição Federal assegura o acesso a informações constantes de órgãos públicos brasileiros nos incs. XIV e XXXIII do art. 5.º, 18 devendo a Administração Pública ter a sua atuação norteada pela publicidade (insculpida no art. 37 da CF/1988). 19 Ademais, o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo possibilita a participação e o controle social na Administração Pública direta e indireta previstos no inc. II do § 3.º do art. 37 da CF/1988.20, (2015, p. 4)

Neste sentido, Lemes também argumenta que:

A questão do sigilo na arbitragem é uma questão que está sendo muito enfraquecida em decorrência dos agentes que participam na arbitragem. Obviamente quando você tem órgãos públicos, até por regra de transparência mundial, o sigilo deve ser mitigado. Estudos da OCDE indicam que entre os países membros 15% do PIB desses países envolvem contratos públicos e em países não membros, entre eles o Brasil, esse

percentual é ainda maior. Portanto a exigência de transparência repercute na arbitragem para flexibilizar o sigilo. Vejam que até o regulamento de arbitragem da UNCITRAL foi alterado em abril do ano passado para incluir um dispositivo de transparência. A CCI não tem mais regra de sigilo. O sigilo será concedido em cada caso em particular, por solicitação das partes e deliberação dos árbitros. Isso ocorreu para se adaptar às exigências de arbitragens com entidades estatais. (2015, p. 12)

Porém, no que tange à Administração Pública, a utilização da arbitragem segue as regras do princípio constitucional, se anteriormente a lei 9.307/1996 não trazia expressamente esse conteúdo a Lei n.º 13.129/2015 afasta qualquer discussão quanto à publicidade das decisões proferidas e seu procedimento, assim dispondo no § 3º do art. 2º: [...] “A arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade”, de forma definitiva a esclarecer anteriores discussões a respeito do sigilo na arbitragem.

9. Vantagens do procedimento arbitral em relação ao Poder Judiciário

A rapidez sem dúvida é uma das principais e mais importantes vantagens da arbitragem frente ao poder judiciário, que devido a grande demanda se torna de grande morosidade em seus processos, vale ressaltar que no processo arbitral não há recursos enquanto no processo judicial grande parte de decisões é cabível de recursos o que prolonga por anos a execução da sentença, o que pode ocasionar frustração em ganhar a lide e não ver o cumprimento de sentença se realizar no tempo esperado.

Neste sentido, Viola argumenta que:

A sentença arbitral deve ser proferida dentro de 6 meses, caso não haja previsão de prazo pelas partes (podendo a sentença ser proferida muito antes disso, diferentemente da Justiça Estadual que, no mais célere dos processos, a estimativa de solução é de 03 (três) anos.

O que demonstra claramente a vantagem desse método nos contratos administrativos da Administração Pública que à luz do princípio da eficácia e do maior interesse público tem na arbitragem a possibilidade de dirimir controvérsias com maior celeridade alcançando sua finalidade.

A especialização é outro diferencial da arbitragem, o árbitro na maioria das vezes é especialista na área, as partes quando escolhem a câmara arbitral tem no árbitro o próprio perito dos possíveis processos, que diminui tempo e recursos, espera-se que o árbitro conheça determinada matéria e julgue de forma que produza decisões apropriadas para os casos apresentados. (Viola, 2014)

Com relação aos custos no procedimento arbitral frente ao judiciário, uma das maiores recusas da cláusula arbitral é com relação aos altos valores desse procedimento, mas uma breve

análise em comparativo aos custos da arbitragem e aos do judiciário demonstra que, em relação ao tempo gasto no procedimento arbitral que é em torno de 14 meses, em comparação ao judiciário é muito maior, o procedimento pela via judicial dura em média de três a sete anos no mínimo:

Em pesquisa realizada pelo Comitê Brasileiro de Arbitragem, 60% dos entrevistados ressaltaram como principal desvantagem da arbitragem perante o Judiciário os altos custos da arbitragem, que envolvem: a escolha de uma instituição (câmara arbitral para administrar o caso), árbitros – que não precisam ser juízes ou ter formação jurídica, podem ser especialistas no assunto que o caso envolve – e custos com a apresentação do caso como traduções, impressões, transporte, hospedagem e advogados. (2014).

O argumento é que pela via judicial não se teria os custos citados, porém em diversos casos se faz necessário perito uma vez que o juiz pode não conhecer determinado assunto, os honorários sucumbências e o tempo elevam esses custos.

Neste sentido Migalhas expõe que:

O comparativo realizado pelo advogado para ações de R\$ 100 mil aponta R\$ 13.500,00 de custos administrativos com arbitragem e R\$ 3.076,95 na Justiça comum – sendo 14 meses para solução na justiça privada e sete anos no Judiciário. E o valor nem contempla os valores gastos com acompanhamento mensal de advogados, evidentemente menor na arbitragem, por envolver uma solução mais rápida. Para ações de R\$ 1 milhão, a arbitragem custaria a partir de R\$ 50.480,00 e no Judiciário, R\$ 30.076,95. Já para ações de R\$ 10 milhões, a arbitragem custaria a partir de R\$ 79.460,00 e no Judiciário, R\$ 114.296,95. (2014)

Demonstrando que o procedimento arbitral é mais vantajoso, por ser mais rápido, por ser contemplado por soluções mais satisfatórias quando a decisão é de um especialista da matéria em questão, e quando se trata de tempo quanto mais morosidade numa litigância judicial mais o custo se eleva, no que tange os contratos administrativos essas vantagens são de suma importância por se tratar dos interesses públicos.

Conclusão

De acordo com que foi abordado no presente estudo, foi superado diversos questionamentos e objeções com relação à utilização da arbitragem pela Administração Pública, uma vez que existe expressa previsão legal para o Poder Público usar o procedimento arbitral, claro que mesmo com toda evolução da legislação, da doutrina e da jurisprudência ainda há muito que se aprimorar, o uso cada vez maior desse procedimento pela Administração Pública demanda um maior aprofundamento nos estudos com relação à arbitragem e seus procedimentos pelo ente público.

É cada vez maior a preferência da arbitragem nos contratos no âmbito do direito de infraestrutura o que deve ser aplicado com mais continuidade pela Administração Pública, porque várias são as vantagens da utilização do método arbitral.

A arbitragem atua hoje como um meio adequado de resolução de controvérsia eficaz, até mesmo completando questões de possíveis conflitos de contratos administrativos, de forma que é necessário uma flexibilização pelos juristas, deixando o conservadorismo do direito administrativo do século XIX para se alcançar a real finalidade que é uma maior celeridade nos procedimentos, menores custo ao erário que a morosidade trás com os litígios que perduram por décadas em um judiciário congestionado, que por diversas vezes não alcança o mérito em suas decisões por faltar do magistrado o conhecimento específico que pede a demanda, de modo que à utilização da arbitragem nos contratos administrativos principalmente nos de infraestrutura pode contribuir para tutela do interesse público, garantindo a segurança jurídica em conjunto com a celeridade processual, contribuindo de forma positiva para o ente público, a Lei 13.129/2015 solidifica a possibilidade e demonstra que o legislador encontrou essa real necessidade do método arbitral nos contratos firmado entre a Administração Pública de forma a abolir possíveis dúvidas a respeito da sua aplicação.

O Novo Código de Processo Civil neste contexto também consagra e supri as lacunas que havia com relação à legitimidade da aplicação da arbitragem pelo órgão público, a arbitragem, portanto, representa um método já preferencial nas resoluções de controvérsias no âmbito do direito de infraestrutura que tende a ser crescente na Administração Pública, alguns questionamentos foram superados, porém as discussões a respeito da utilização do método arbitral são vastas, o objetivo não era esgotar o tema, mas contribuir para um debate de alguns dos pontos relevantes em discurso.

Referências

- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 99-103.
- BENETTI TIMM, Luciano; TAVARES DA SILVA, Thiago; DE SOUZA RICHTER, Marcelo. Os contratos administrativos e a arbitragem: aspectos jurídicos e econômicos. **Revista dos Tribunais** , [S.l.], v. 50, p. 255-276, set. 2016.
- BEZERRA SALGADO, Tatiana Cristina. O uso da arbitragem em demandas envolvendo contratos administrativos. **Revista dos Tribunais** , [S.l.], v. 2, p. 6, nov. 2013.
- BRASIL, STF, DJU 15 fev. 1973, AI 52.181/GB, Rel. Min. Bilac Pinto. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/712725/agravo-de-instrumento-ai-52181-gb/inteiro-teor-100429652?ref=juris-tabs#> Acesso em: 20 out. 2017
- CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**. Um comentário à Lei n.º 9.307/1996. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 22.
- ENTREVISTA - PROFESSORA SELMA LEMES: Revista de Arbitragem e Mediação. **Revista dos Tribunais Online** , [S.l.], p. 11-12, jul. 2015.
- _____. Revista de Arbitragem e Mediação. **Revista dos Tribunais Online** , [S.l.], p. 12, jul. 2015.
- JUSTINO DE OLIVEIRA, Gustavo ; BAPTISTA SCHWARSTMANN, Guilherme . Arbitragem público-privada no Brasil: a especialidade do litígio administrativo e as especificidades do procedimento arbitral. **Revista dos Tribunais** , [S.l.], v. 44, p. 4, jan. 2015.
- MARTINES, Fernando . São Paulo padroniza cláusula arbitral em contratos de PPPs e gera polêmica. **Revista Consultor Jurídico** , São Paulo, p. 1, ago. [11/2015]. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-ago-11/sp-padroniza-clausula-arbitral-contratos-gera-polemica>>. Acesso em: 22 out. 2017.
- MELLO, Rafael Munhoz de . Arbitragem e Administração Pública. **Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Estado do Paraná** , Curitiba, p. 56, dez. 2014.
- MIGALHAS. **Advogado compara custos da arbitragem com o Judiciário** . Disponível em: <<https://arbitranet.com.br/vantagens-da-arbitragem-x-poder-judiciario/>>. Acesso em: 01 nov. 2017.
- SALOMÃO, Luis Felipe . Mediação e arbitragem são saída para congestionamento processual. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, p. 1, jun. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-jun-19/salomao-mediacao-arbitragem-sao-saida-alta-litigiosidade>>. Acesso em: 29 out. 2017.
- TIBURCIO, Carmen; MAGALHÃES PIRES, Thiago . Arbitragem envolvendo a administração pública: notas sobre as alterações introduzidas pela Lei 13.129/2005. **Revista dos Tribunais** , [S.l.], v. 254, p. 2, abr. 2016.]

VIOLA, Alexandre . 5 Vantagens da arbitragem sobre o poder judiciário. **Arbitranet** , São Paulo, mar. 2014. Disponível em: <<https://arbitranet.com.br/vantagens-da-arbitragem-x-poder-judiciario/>>. Acesso em: 01 nov. 2017.

A BUROCRATIZAÇÃO DA ADOÇÃO NO CONTEXTO BRASILEIRO

Maria Eduarda Almeida Mergulhão Simões¹

Resumo

No Brasil, verifica-se que o instituto da adoção tem como objetivo central a proteção dos direitos e interesses das crianças e dos adolescentes, garantindo-lhes o desenvolvimento sadio em meio à convivência familiar harmônica. No entanto, a excessiva burocratização do instituto retarda os trâmites do processo, uma vez que o conjunto de leis e as etapas criadas para assegurar a sua proteção tornaram-se um grande obstáculo aos adotantes e adotados. Diante deste panorama, o objetivo central do presente trabalho é avaliar as dificuldades encontradas no processo de adoção que, devido aos excessos burocráticos, torna-se um procedimento mais lento, o que prejudica muitas vezes os principais interessados, dado que tal demora corresponde a uma diminuição das chances da criança ou adolescente vir a ser adotado. Observa-se, assim, uma afronta à finalidade primordial da adoção, que deve ser garantida pelo Estado, na medida em que tal burocratização acaba impedindo o crescimento saudável do adotando em um ambiente familiar. Portanto, através do método dedutivo, são identificados e trabalhados os principais entraves, discutindo-se suas repercussões jurídicas e sua adequação à essência do instituto. Para fins de pesquisa, foram utilizadas a construção normativa e a identificação de iniciativas sobre o tema, visando-se o aperfeiçoamento de conceitos e formas de como funciona o processo da adoção em nosso país. O tipo de pesquisa utilizada foi a pesquisa quantitativa, na qual são instrumentalizados métodos para coleta e pesquisa de dados sobre o tema, com a finalidade de apontar os problemas enfrentados por pessoas que esperam por anos em uma fila de adoção. A partir da identificação destas repercussões e sua incompatibilidade com a roupagem normativo-doutrinária, são identificadas iniciativas práticas, visando-se uma maior eficácia no atendimento de sua finalidade social.

Palavras-Chave: adoção; burocratização; proteção; crianças e adolescentes.

Introdução

A adoção é um instituto que sempre existiu no Brasil, ainda que apenas tenha surgido em sua forma legal alguns séculos mais tarde, no Código Civil de 1916, no qual este ato jurídico tinha como requisitos fundamentais para a adoção que os pretendentes fossem maiores de 50 anos, não tivessem prole legítima ou legitimada, e obrigatoriamente os adotados teriam que ser 18 anos mais novos que os pretendentes.

No contexto em que foi promulgado o Código Civil de 1916 a preocupação sobre os direitos da herança e a diferenciação da condição do filho adotado na sucessão prevalecia sobre a necessidade de proteger e assegurar um lar saudável à criança ou adolescente.

¹ Acadêmica do curso de Direito do Centro Universitário Tabosa de Almeida – ASCES UNITA. Artigo Científico entregue em agosto de 2017, com requisito parcial para obtenção do título de bacharel, sob orientação do Prof^o Karlla Lacerda Rodrigues da Silva. E-mail: mariaeduarda_simoed@hotmail.com.

O instituto da adoção sofreu algumas alterações no decorrer dos anos, tendo sua primeira relevante alteração pela Lei nº 3.133 de 1957, que modificou alguns artigos do Código Civil de 1916, como por exemplo, diminuição da idade dos adotantes de 50 anos para 30 anos, a diferença de idade entre adotante e adotado que passou a ser de 16 anos, além do fato de que o casal só poderia adotar depois de um prazo de 5 anos decorridos do casamento demandando certa estabilidade familiar.

Posteriormente, a Lei nº 4.655 de 1965 foi sancionada, revogando os dispositivos anteriores, tendo como um dos fatos mais marcantes a limitação de idade do adotado em até 7 anos de idade, podendo apenas ter idade superior a esta se já se encontrava sob a guarda dos adotantes na época em que completou tal idade, foi a primeira vez que se encontrou em um dispositivo legal a preocupação com o vínculo existente entre o adotado e a família que já o teria informalmente em seu seio, em termos de legalização.

Em 1979, foi instituído o Código dos Menores (Lei nº 6.697 de 1979) que acabou dividindo a adoção em adoção simples e adoção plena. A primeira era regida pelo Código Civil de 1916 e a adoção plena, regida pelo Código dos Menores.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, criado no ano de 1990, revogou o Código dos Menores, tornando-se o único dispositivo que deferia o instituto da adoção e determinou a idade máxima para o pedido da adoção aos 18 anos de idade entre outros fatores essenciais para a determinação dos adotantes como legalmente capazes de atribuir um lar seguro e saudável ao adotado.

A burocratização do instituto da adoção, no entanto, não se adequou as condições reais da infraestrutura legal oferecida pelo conjunto de leis de proteção aos interesses da criança e adolescente. O excesso de formalidades objetivava garantir uma maior segurança ao Estado sobre a proteção e dignidade dos menores órfãos, e acabou por se tornar um grande obstáculo à adotantes e possíveis adotados por retardar em longos períodos o contato tão essencial a formação do vínculo familiar.

Neste panorama, entende-se que se os pretendentes devidamente cadastrados no Cadastro Nacional de Adoção cumprem todos os requisitos, não haveria desta forma, justificativas para os retardos inestimáveis para efetuar o processo de adoção das crianças aptas a uma reintegração familiar, as quais se encontram diversas vezes instaladas em condições precárias em abrigos, quando poderiam encontrar-se em ambiente familiar.

Em consequência aos excessos burocráticos dos procedimentos que compõem o instituto da adoção, o maior prejudicado é a pessoa da criança ou adolescente que deixado em abrigos por longos períodos escapam às perspectivas de adoção por idade, indo de encontro ao

interesse final do instituto de adoção que seria proporcionar a estas crianças a possibilidade de integrar uma família com dignidade e segurança.

Para fins de pesquisa, serão utilizadas doutrinas com a finalidade de aperfeiçoamento de conceitos e formas de como funciona a adoção em nosso país. Serão utilizados também artigos científicos, revista do Senado, legislações que tratem do tema e artigos disponíveis na internet, como fonte subsidiária de pesquisa.

O tipo de pesquisa será a pesquisa explicativa na qual serão explicadas as razões e os motivos que fazem com que a burocratização da adoção no Brasil seja um empecilho para a celeridade no processo de adoção, utilizando-se também dados concretos com o intuito de aprofundar a realidade dos fatos, caracterizando-se o método empírico de pesquisa.

Diante do que foi visto, o presente trabalho tem como objetivo demonstrar as alterações legais realizadas no instituto de adoção, traçando um comparativo entre a teoria e a prática, evidenciando o lado bom e ruim da burocratização, ratificando que a finalidade da adoção é o melhor interesse da criança ou adolescente.

1. O instituto da adoção e a família no ordenamento jurídico brasileiro

O termo adotar significa “tomar alguém como filho”, traduzindo o acolhimento de crianças e adolescentes por famílias que podem possuir alguma proximidade ou não e que, na experiência jurídica pátria, ocorria sem nenhuma formalização.

O desenho constitucional brasileiro, após o processo de redemocratização, trouxe previsões importantes em relação à proteção da criança e do adolescente, a exemplo da necessidade de se assegurar a convivência familiar. Neste sentido, o caput do art. 227 da Constituição Federal de 1988 estabelece que:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (grifos nossos)

Quando a família não é capaz de cumprir com seu papel legal em relação à criança ou adolescente, torna-se dever do Estado tutelar o menor em situação vulnerável para que todos os seus direitos mais básicos sejam garantidos.

Sendo a convivência familiar digna e saudável, um dever a ser assegurado para a criança e adolescente, é de total responsabilidade do Estado promover meios que promovam a adoção

para que os menores consigam ser inseridos novamente em seio familiar, garantindo-se o bem estar, a proteção e a possibilidade de uma convivência familiar harmônica.

Ocorre que o Estado, atualmente, na contramão do estímulo e encorajamento para a adoção de menores que são abandonados e vivem marginalizados à sociedade, acaba por desestimular os pretendentes através de extenuantes exigências, filas de espera para adoção que poderiam vir a durar mais de cinco anos e um arcabouço burocrático ineficaz que atinge, inegavelmente, a garantia dos direitos fundamentais à criança e ao adolescente estabelecidos na Constituição.

O §5º do art. 227 da Constituição Federal de 1988 dispõe que a adoção será assistida pelo Poder Público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros.

A adoção, processo pelo qual o pretendente busca obter a guarda de um menor que foi desamparado ou negligenciado por seus genitores e familiares, deve ser acompanhado pelo Poder Público, para que sejam assegurados todos os direitos deste, consagrando-se o teor do artigo 227, §6º da Constituição Federal de 1988: “Art. 227, § 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.”

Verifica-se que a Constituição Federal garante aos adotados o direito à igualdade, não os distinguindo dos filhos biológicos, sendo considerados, quando concluído o processo de adoção, filhos para todos os efeitos legais.

Antes da criação do Estatuto da Criança e do Adolescente, em 1979, foi instituído o Código dos Menores que acabou dividindo a adoção em adoção simples e adoção plena. A primeira era regida pelo Código Civil de 1916 e regulamentava a idade do adotado mais velho, que tinha de 18 a 21 anos de idade. No caso da adoção plena, regida pelo Código dos Menores, os adotados deveriam ser menores de 18 anos, além de garantir a formação de um vínculo familiar de maior durabilidade.

Entretanto, de acordo com os artigos 1.618 e 1.619 do Código Civil de 2002, a ação prática de adotar possui diferentes parâmetros quando se trata de maiores e menores de idade:

Art. 1.618. A adoção de crianças e adolescentes será deferida na forma prevista pela Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente.

Art. 1.619. A adoção de maiores de 18 (dezoito) anos dependerá da assistência efetiva do poder público e de sentença constitutiva, aplicando-se, no que couber, as regras gerais da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente.

Portanto, a adoção de menores de idade tem um regulamento específico, a Lei nº 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA), onde são garantidos todos os seus

direitos não cabendo mais ao Código Civil de 2002 disciplinar sobre este tipo de adoção. Já a adoção de maiores de 18 anos cabe apenas ao Código Civil, podendo ser regida subsidiariamente pelo Estatuto da Criança e do Adolescente nos casos que assim forem necessários, tendo em vista que, apesar da maioria e do não enquadramento no regulamento específico, também necessitam ter seus direitos garantidos pelo Estado.

De acordo com Wilson Donizeti Liberati (2003, p.22):

Com a vigência da Lei 8.069/90, a adoção passa a ser considerada de maneira diferente. É erigida à categoria de instituição, tendo como natureza jurídica a constituição de um vínculo irrevogável de paternidade e filiação, através de sentença judicial (art. 47). É através da decisão judicial que o vínculo parental com a família de origem desaparece, surgindo nova filiação (ou novo vínculo), agora de caráter adotivo, acompanhada de todos os direitos pertinentes à filiação de sangue.

Dessa forma, entende-se que, na verificação da omissão do Código Civil em vigor, cabe a aplicação do ECA para suprimento das lacunas na defesa dos direitos dos maiores de idade.

1.1. Instituto da adoção pós Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA)

Como sinalizado, o Estatuto da Criança e do Adolescente, criado no ano de 1990, revogou o Código dos Menores e trouxe inovações quanto à proteção da criança e do adolescente, tornando-se o único dispositivo que deferia o instituto da adoção de menores de idade.

No Código de Menores, expresso pela Lei nº 6.697/79, era regida a adoção simples, na qual o vínculo de paternidade estabelecido era fictício, com efeitos limitados e não havia o desligamento do adotando com sua família de sangue, assim como a adoção plena, onde o menor em situação de abandono era concebido na família adotante como seu filho de sangue, havendo assim o total desligamento da família biológica, restando apenas os impedimentos matrimoniais.

Assim, com a criação do ECA, foi extinto esse desmembramento entre adoção plena e simples, sendo definida apenas a adoção de maior e de menor, conforme verificado no artigo 41 do diploma em comento: “Art. 41. A adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais.”.

Em uma das alterações, o ECA limitou a idade máxima para o pedido da adoção até 18 anos de idade, entre outros fatores essenciais para a determinação dos adotantes como legalmente capazes de atribuir um lar seguro e saudável ao adotado.

A Lei nº 12.010, instituída no ano de 2009, configurou-se como a primeira modificação

realizada no ECA, ressaltando a independência do estado civil para o adotante, o qual obrigatoriamente deve ser maior de 18 anos, sendo desnecessária a manutenção de relacionamento matrimonial com duração superior ou igual a cinco anos, conforme anteriormente previsto.

Tal lei alterou dispositivos do Estatuto da Criança e do Adolescente, revogou todos os artigos do Código Civil de 2002 e da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) referentes ao processo de adoção, prevendo categoricamente que a adoção de menor apenas seria prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente e a adoção dos maiores de 18 anos ocorreria mediante assistência do Poder Público e, de forma subsidiária, pelo ECA.

A alteração no dispositivo na CLT visa equalizar a licença-maternidade concedido à empregada, não produzindo distinções entre filho biológico e filho adotado, sendo assim determinado 120 (cento e vinte) dias para o período de licença-maternidade, independentemente da idade do menor adotado.

A alteração de destaque da Lei 12.010/09 ocorreu no Estatuto da Criança e do Adolescente, onde ficou vedada a adoção por procuração e ficou definida que a adoção é medida excepcional e irrevogável quando não há mais recursos para que o menor seja mantido pelo poder familiar.

Vale ressaltar que a adoção depende do consentimento dos pais ou do representante legal do adotando, sendo este dispensado nos casos de pais desconhecidos ou perda do poder familiar.

Da mesma forma, foi definido que maiores de 18 anos podem adotar independentemente do estado civil, mas a adoção conjunta só pode ocorrer com adotantes casados civilmente ou que mantenham união estável, comprovando a estabilidade familiar.

Com a Lei nº 12.010, também foi alterada a Lei nº 8.560 de 1992, que regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento, tornando a ser dispensável o ajuizamento da ação de investigação de paternidade pelo Ministério Público caso o suposto pai não comparecer ou se recusar à paternidade que lhe foi atribuída, e a criança for encaminhada para adoção independentemente do reconhecimento.

A modificação mais recente ocorreu no ano de 2014, com criação da Lei nº 12.995 que acrescenta o parágrafo 9º ao artigo 47, o qual dispõe que nos casos em que o adotado for criança ou adolescente com deficiência ou doença crônica, os processos de adoção terão prioridade de tramitação.

2. A adoção como meio alternativo para a proteção e assistência da criança e do adolescente

Após a legalização da adoção, o Estado Brasileiro dedicou-se a prestar uma assistência para as crianças abandonadas e negligenciadas pelos pais, garantindo-lhes a proteção dos seus direitos perante a sociedade. Segundo afirma Heloisa Helena Barbosa (2004, p.71), "A adoção constitui uma das formas de colocação de criança ou adolescente em família substituta. Para tanto, devem ser atendidos os requisitos genéricos e específicos."

Com o decorrer do tempo, a adoção tornou-se um instituto de suma importância para o amparo de menores, no qual se tem reconhecido seus direitos, não há distinção entre os filhos biológicos e adotivos, sendo apenas tratados como filhos.

O verbo adotar (do latim *adoptare*) é, nos dicionários, o ato de aceitar, acolher, tomar por filho, perfilhar, legitimar, atribuir (a um filho de outrem) os direitos de filho próprio. A adoção é uma escolha consciente e clara, mediante uma decisão legal, a partir da qual uma criança ou adolescente não gerado biologicamente pelo adotante torna-se irrevogavelmente filho (Estatuto da Criança e do Adolescente — ECA, artigo 48). (REVISTA DO SENADO FEDERAL, 2013, p. 6).

No tocante à proteção e assistência dos menores, a legislação brasileira criou determinados meios alternativos que auxiliam na garantia dos direitos da criança e do adolescente, tornando-se primordial destacar a importância da cautela no dever de agir do Estado, priorizando assim a melhor decisão para o menor em concordância com a eficácia da medida tomada.

O abrigo é decidido pelo juiz, que opta pela suspensão do poder familiar, até que sejam realizadas as mudanças necessárias para o bom convívio entre os familiares. Reforça-se que a suspensão do poder familiar é exceção conforme discorre abaixo o artigo do Código Civil:

Art. 1.637. Se o pai, ou a mãe, abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, até suspendendo o poder familiar, quando convenha.

Caso as mudanças não ocorram, podem ocasionar a perda do poder familiar, autorizando assim a adoção do menor.

Segundo o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em maio de 2011 havia 1.876 abrigos para crianças e adolescentes cadastrados junto ao órgão no país. No entanto, pesquisa da Fundação Oswaldo Cruz realizada em 2010, a pedido do Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, aponta a existência de 2.624 instituições. Legalmente, o abrigo é uma medida de proteção especial "provisória e excepcional" prevista pelo Estatuto da Criança e do Adolescente e aplicada a crianças e adolescentes cujos direitos foram desatendidos ou violados, seja por abandono, seja pelo risco pessoal a que foram expostos pela negligência dos responsáveis. (REVISTA DO SENADO FEDERAL, 2013, p. 43).

A criação do Programa de Acolhimento Familiar, no ano de 2006, é uma das alternativas utilizadas pelo Estado para a proteção das crianças, assim as mesmas são acolhidas e convivem com uma família por determinado período sendo entre 6 meses até o período máximo de 2 anos, o que permite a crianças e adolescentes a convivência com uma família ainda que por certo período, depois disso as crianças são levadas para a adoção ou retornam para suas famílias biológicas. “É uma modalidade também conhecida como guarda subsidiada, pela qual as famílias recebem em casa crianças e adolescentes afastados da família de origem.” (REVISTA DO SENADO, 2013, p. 30).

É válido ressaltar, a guarda subsidiada permite a aproximação da criança a uma família que vai garantir-lhe todo amparo necessário ao seu desenvolvimento durante todo o período determinado para possibilitar o retorno favorável a família biológica ou a preparação para adoção. Todavia não é atribuído a essas famílias a convivência com o menor como se filho fosse.

Essas famílias parceiras do programa que optam por cuidar desses menores não podem ser candidatas à adoção, e percebem uma quantia mensal de um salário mínimo como auxílio financeiro para manter o necessário para o menor.

É relevante salientar que o programa de acolhimento familiar, assim como o acolhimento institucional que é realizado por meio de abrigos e casas-lar e o acolhimento em república para jovens são financiados pelo Ministério do Desenvolvimento Social e Agrário.

O psicólogo Fernando Freire (2003, p. 9) afirma que, no tocante aos meios alternativos de proteção aos menores:

...De todos os sistemas alternativos de proteção às crianças e adolescentes abandonados, a adoção é o único que cumpre com todas as funções que caracterizam uma família, porque permite refazer os vínculos da relação filial...É um sistema que não marginaliza, pelo contrário, integra, fazendo com que a criança possa adquirir o equilíbrio e o amadurecimento que lhe permitirão, quando adulto, assumir suas futuras responsabilidades sociais e familiares, e o pleno exercício de sua cidadania.

Verifica-se que estes mecanismos têm como finalidade a proteção do melhor interesse para a criança ou adolescente, são meios alternativos que retiram as crianças das ruas ou de casas onde são negligenciadas.

2.1. Adoção Nacional perante a legislação brasileira

A omissão do Estado perante as dificuldades da legislação no que tange o processo de adoção fere os direitos dos menores a partir do momento que impossibilita a convivência familiar, contrariando o artigo 5º do Estatuto da Criança e do Adolescente que prevê:

Art. 5º Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais.

Além de divergir com o artigo supracitado, a desatenção do Estado também contraria o art. 6º do ECA, que consiste na proteção dos direitos sociais dos menores que também acabam comprometidos, conforme estabelecido:

Art. 6º Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento.

É incontestável a intenção do Estado, nas medidas de proteção e assistência as crianças e adolescentes, todavia, a ausência na efetivação desses direitos transmite indiferença perante aos menores e os pretendentes.

Ressalta-se neste momento, a inépcia do Estado num processo que deveria ser tratado como prioridade, comprovando a discrepância entre o processo na teoria e na prática.

O procedimento da adoção consiste em múltiplas etapas e exigem tempo, paciência e determinação dos pretendentes, pois além dos trâmites dificultarem o processo, a espera excessiva acarreta desistência em alguns casos.

Em outras palavras, não há como o Estado acelerar, agir com imperícia ou ignorar percalços que existem em qualquer procedimento familiar. Lembra-se aqui que a adoção é irrevogável. Os adotantes serão o seio base, de apoio, educação e acompanhamento que a criança levará para todo o sempre, em sua vida, sob pena de construir, o Estado imperito, uma sociedade desestabilizada, criadora de personalidades fracas e psicopatas.

Assim, a garantia à Convivência Familiar, defendida pela maioria e respeitada doutrina brasileira, como Maria Berenice Dias, Euclides de Oliveira e Zeno Veloso, deve ser garantida, porém, de forma saudável e atestada, sim, pelo Estado que tutela esse adolescente ou criança abandonado (art.227, VI da CF/88). Não sendo a celeridade garantia máxima da Convivência Familiar ou Proteção Integral deste indivíduo em formação. É como bem diz o ditado popular: a pressa é inimiga da perfeição.

Deve, portanto, a adoção ficar a míngua da morosidade do Estado, entupindo os abrigos, as ruas e a marginalidade com crianças esperançosas por um lar, uma família, um apoio? A resposta é não! Quando se afirma que a burocratização da nova lei (quanto aos Cadastros nacionais (art. 50 ECA), ou ao processo de habilitação § 3º art. 50 do ECA, por exemplo), está correta, não está neste espaço, implantando-se o fim ou a ruína do processo de adoção brasileiro, mas sim, a tentativa de salvaguardar o melhor interesse da criança e do adolescente de maneira INTEGRAL!

Em que pese a existência de parcela doutrinária que defende a burocracia excessiva como necessária à segurança jurídica do processo de adoção e ao atendimento do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, preconizado pelo ECA, a experiência prática aponta para uma realidade social distinta.

Tabela 01: Dados estatísticos do Cadastro Nacional de Adoção.

Relatório de Dados Estatísticos do Cadastro Nacional de Adoção – CNJ		
Disponibilidade por Região	Pretendentes	Crianças/ Adolescentes
Região Norte	1.220	213
Região Nordeste	4.247	628
Região Centro-Oeste	2.791	377
Região Sudeste	17.411	2.232
Região Sul	11.691	1.376
Total disponíveis	37.360	4.826

Fonte: Conselho Nacional de Justiça – CNJ.

Conforme demonstrado na tabela acima, a disparidade entre o número total de pretendentes e o de crianças ou adolescentes disponíveis para adoção se torna estarrecedor na medida em que comprova o mínimo auxílio do Estado no devido trâmite legal no que cerne a adoção.

Segundo pesquisas do Conselho Nacional de Justiça, no ano de 2016, Pernambuco ficou entre os cinco estados brasileiros que mais efetivaram adoções, sendo um total de 103 menores adotados somente no estado.

Apesar desse resultado surpreendente, a colaboração com o instituto da adoção ainda é de extrema importância, tendo em vista que de acordo com os dados estatísticos do Cadastro Nacional de Adoção, no ano de 2017, o estado de Pernambuco conta com uma lista de 954 pretendentes e 211 crianças e adolescentes disponíveis à adoção. (Conselho Nacional de Justiça, 2017).

Em 1992, foi criada a Comissão Estadual Judiciária de Adoção Pernambucana (CEJA-PE) com o intuito de auxiliar nos procedimentos de adoção tramitando no Estado; porém, sua criação era vinculada apenas à Corregedoria Geral de Justiça e apenas no ano de 2011, por meio da Resolução nº 305, foi designada ao Tribunal de Justiça a competência para chefiar a Comissão.

Figura 01: Informações sobre a Comissão Estadual Judiciária de Adoção Pernambucana (CEJA-PE)



Fonte: Tribunal de Justiça de Pernambuco – TJPE.

No tocante à adoção, embora ainda insuficiente, é respeitável o trabalho do Tribunal de Justiça de Pernambuco, com a criação de projetos tais como: Pernambuco que acolhe; Prevenção à Institucionalização Prolongada; Família: Um direito de toda criança e Adolescente; entre outros, que tanto auxiliam nos trâmites da adoção como na proteção aos direitos dos menores. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO, 2017).

O projeto Pernambuco que acolhe proporciona aos menores que não poderão ser reintegrados à família biológica e até o momento não têm possibilidade de serem adotados, a oportunidade de aprender a conviver em sociedade com apoio afetivo, material ou profissional da sociedade civil.

No entanto, a Prevenção à Institucionalização Prolongada é voltada para o auxílio nos trâmites do processo, por meio desse projeto são realizados levantamentos periódicos nas Comarcas de Pernambuco, contendo características específicas dos menores, tais como sexo, raça, idade, entre outros. Possibilitando assim, o conhecimento de juízes e promotores sobre a situação dos menores.

O projeto “Família: Um direito de toda criança e adolescente”, trata do desenvolvimento sadio de menores com idades mais elevadas, o qual se tem um acompanhamento integral com a finalidade de:

Assegurar às crianças e aos adolescentes com idade mais elevada que ainda se encontram nas instituições de abrigo, com ações de decretação da perda do poder familiar concluídas, sem nenhuma perspectiva de serem adotadas, em decorrência de suas características, seja por problemas de saúde, seja pela idade, dignidade e cidadania da convivência familiar para que lhes sejam garantidos um desenvolvimento psicossocial sadio. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO, 2017).

No início do ano de 2015 foi elaborada uma campanha em parceria com o Sport Club do Recife, na qual a 2ª Vara da Criança e da Juventude da Capital e o Ministério Público de Pernambuco tendo como finalidade a adoção tardia dos menores.

O programa foi lançado em agosto de 2015, na Arena Pernambuco, num jogo entre Sport e Flamengo. Antes do início da partida, 22 crianças que vivem em abrigos da capital pernambucana entraram em campo de mãos dadas com os jogadores, que exibiram os nomes delas no uniforme. Na abertura do jogo, também foi exibido um vídeo com o depoimento de crianças que esperam ser adotadas e expressaram a vontade de ter uma família. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO, 2015).

A campanha “Adote um pequeno torcedor” obteve grande repercussão e um resultado surpreendente, uma vez que incentivou a adoção de crianças mais velhas, relevando por meio de fotos, vídeos e depoimentos o sentimento e o desejo das crianças em serem adotadas.

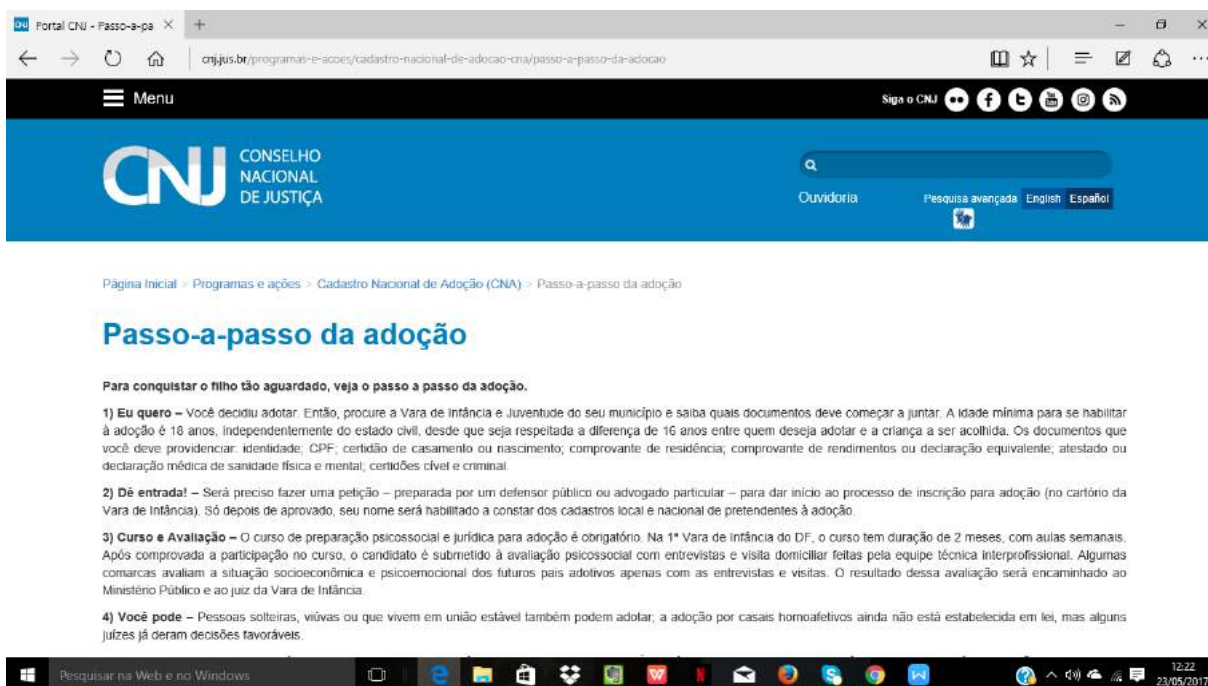
Desde que a campanha foi lançada no jogo de futebol, o magistrado conta que a vara já recebeu diversas ligações de pessoas interessadas em adotar crianças com mais de sete anos, e trabalha para agilizar esses cadastros. O magistrado ressalta que esses candidatos receberão o mesmo tratamento previsto no processo judicial de adoção, como, por exemplo, a capacitação por meio de cursos e avaliação dos profissionais da vara. “Com o avanço da idade a criança exige mais urgência no tratamento pelo Judiciário”, diz o juiz Élio Braz. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2015).

As adversidades ocasionadas nos trâmites do processo de adoção no tocante à legislação brasileira necessitam ser analisadas, uma vez que o preenchimento de todas as lacunas auxiliaria o Estado a retomar o verdadeiro foco da adoção e dedicar-se com o devido apreço e a adequada primazia na defesa dos direitos dos menores.

3. Entraves legais do processo brasileiro de adoção

A adoção procede através do adimplemento de uma sequência de requisitos, definidos desta forma pela Lei 12.010/2009, também chamada de Lei da Adoção, demonstra-se o passo a passo desse procedimento no site do Conselho Nacional de Justiça:

Figura 02: Requisitos para o procedimento da adoção.



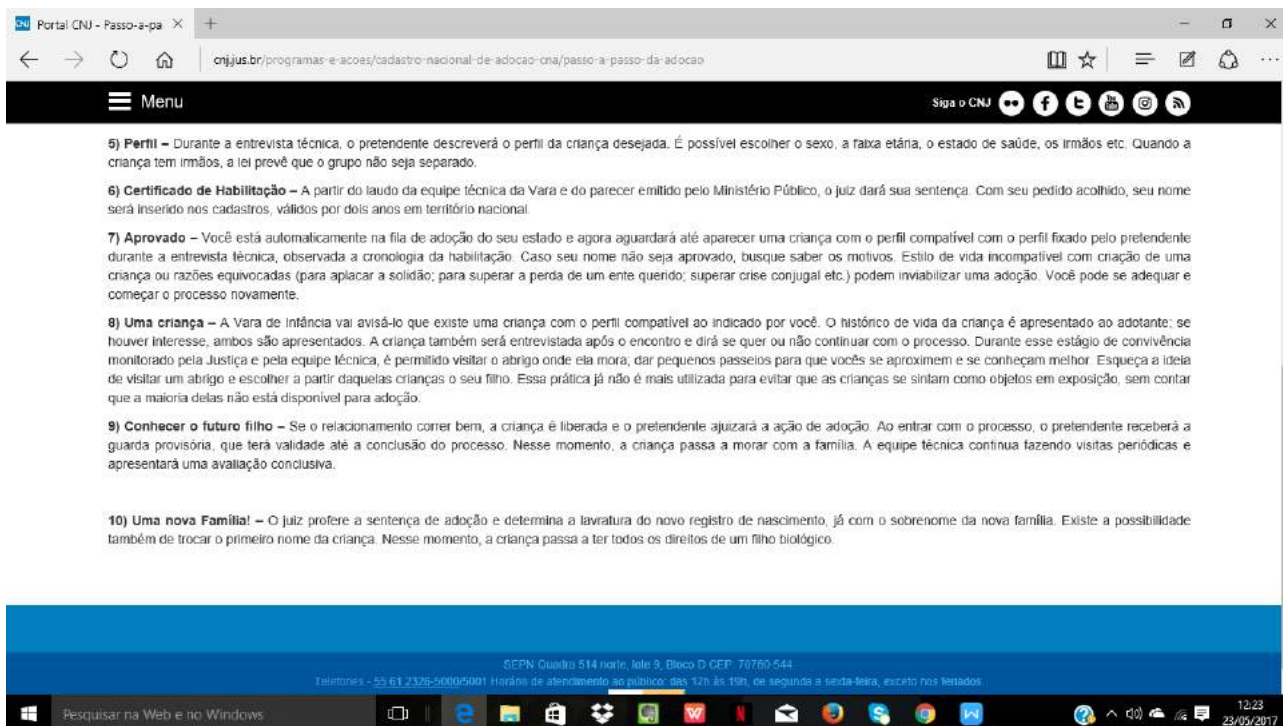
Fonte: Conselho Nacional de Justiça – CNJ.

O 1º passo do procedimento da adoção se inicia quando é entregue a Vara da Infância e da Juventude da cidade ou da comarca, uma petição contendo qualificação completa; dados familiares; cópias autenticadas de certidão de nascimento ou casamento, ou declaração relativa ao período de união estável; cópias da cédula de identidade e inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas; comprovante de renda e domicílio; atestados de sanidade física e mental; certidão de antecedentes criminais; certidão negativa de distribuição cível.

Caso não haja Vara da Infância e da Juventude, é possível que os interessados procurem o fórum da comarca onde possuem domicílio e apresentem tal documentação. Algumas comarcas ainda exigem que a petição seja realizada por pessoa competente, tal como advogado ou defensor público.

Posteriormente ocorre a entrevista preliminar, chamada de estudo psicossocioeducativo, que pode acontecer uma ou mais vezes, diante de um assistente social e possivelmente um psicólogo. Podendo ser desqualificado já no começo do processo, os pretendentes que não oferecerem o mínimo para assegurar os direitos dos menores, assim como motivação legítima, ambiente inadequado, entre outros.

Figura 03: Requisitos para o procedimento da adoção.



Fonte: Conselho Nacional de Justiça – CNJ.

No momento seguinte à aprovação da entrevista, caso todos os documentos estejam corretos, o pretendente inscreve-se no Cadastro Nacional de Adoção.

Apesar de casado e com dois filhos biológicos, que amo muito, o desejo de adotar jamais acabou. Há mais de dois anos, comecei a traçar metas para a realização. Procuramos a vara de Infância da nossa cidade. Depois de colecionarmos a farta documentação exigida, que é exagerada, demos entrada no processo, em 30 de novembro de 2011. Foi quando começou nosso calvário.

Em março de 2012, uma assistente social veio para uma avaliação. Depois de quase quatro horas de conversa, sentimos que ela não aprovava a nossa casa pelo fato de o imóvel possuir dois quartos e 'não ter um exclusivo para a criança, já que a menina que queremos não poderia dividir o quarto com os irmãos, nem seria aconselhável permanecer conosco'. Mesmo assim, não nos deixamos abalar.

Em abril, participamos de palestra sobre adoção e iniciamos uma série de audiências com a psicóloga. O laudo foi entregue mais de 30 dias depois da última sessão. Em julho, o juiz deferiu o pedido, mas somente quase quatro meses depois tivemos conhecimento da sentença. À época, não recebemos nenhuma informação sobre se fomos ou não inseridos no Cadastro Nacional de Adoção. Fomos orientados a não criarmos expectativas, pois a adoção demoraria 'pelo menos cinco anos'.

O sistema está extremamente falho. Enquanto a imprensa alardeia que não há habilitados à adoção, não fala que pessoas realmente interessadas e dispostas a dedicar amor e doação são barradas pelos entraves burocráticos. Não se diz que inúmeras crianças são lançadas em abrigos, em alguns casos nos primeiros dias de vida, abandonadas ou vítimas de maus-tratos, enquanto se passam cinco, seis, sete anos na tentativa de 'consertar' os pais que as colocaram nessa situação. Há uma enorme dificuldade de pretendentes à adoção em ter contato com crianças abrigadas. (FERNANDES, 2013).

Segundo afirma Joaquim Fernandes (2013), seu desejo de adotar sobressaiu às dificuldades encontradas durante todo o processo da adoção, todavia nem todos os candidatos

mantém esse desejo mediante as dificuldades encontradas e a espera na fila de adoção que pode ser considerada como desgastante para ambas as partes.

Considerações Finais

A adoção legal no Brasil por ser um instituto relativamente recente, enfrenta algumas dificuldades no tocante à execução dos procedimentos, portanto surge a necessidade de algumas modificações para facilitar os procedimentos judiciais. As alterações legais do instituto ocorreram mediante a evolução da sociedade, uma tentativa do Estado de se adequar a realidade brasileira, buscando uma maior segurança para o processo e proteção para o menor que tanto espera pela reinserção num ambiente familiar.

O número de crianças disponíveis à adoção e o número de pretendentes torna-se alarmante no momento em que se depara com a desproporcionalidade de aproximadamente 07 (sete) pretendentes para cada criança, causando receios no que diz respeito a eficácia da lei.

Percebe-se, no momento da comparação, que há falhas no procedimento, visto que com essa quantidade de pretendentes não deveria haver crianças disponíveis à adoção nos abrigos, impossibilitando-lhes o direito de um desenvolvimento sadio em um núcleo familiar.

De certa forma, o perfil dos menores desejados pelos pretendentes é o que auxilia na maioria das vezes as longas filas de espera, na medida em que são mais desejadas crianças mais novas e com características específicas, dificultando assim a adoção de crianças que não correspondem a esses perfis. A burocratização do instituto ocorreu para uma maior proteção dos direitos da criança e do adolescente, visto que no decorrer dos anos aumentou a necessidade de amparo ao menor abandonado ou negligenciado pela família biológica.

Neste contexto, é válido ressaltar que as alterações burocráticas não se ajustaram à realidade, uma vez que acaba por dificultar o processo, causando retardos inestimáveis até a conclusão da adoção.

Importa ressaltar a opinião dos candidatos perante o processo, na tentativa de expor as dificuldades para que assim sejam providenciadas medidas que possam solucionar tais problemas, garantindo maior eficácia da lei.

Diante das dificuldades que envolvem o instituto da adoção no cenário brasileiro, torna-se essencial priorizar o bem-estar do menor, tendo em vista, ser este, o objetivo primordial do instituto. Portanto, retardar a garantia dos direitos e melhor interesse da criança e adolescente com diversas etapas, abundante burocracia e longas filas de espera, fere diretamente o que dispõe o art. 227 da Constituição Federal.

Referências

BARBOZA, Heloisa Helena. O Consentimento na Adoção de Criança e de Adolescente. In Revista Forense, Vol. 341, 2004, p. 71.

BRASIL. **Lei nº 3.071-** Código Civil dos Estados Unidos do Brasil, de 1 de janeiro de 1916.

BRASIL. **Lei nº 6.697** -Código dos Menores,de 10 de outubro de 1979.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília: Senado Federal, de 5 de outubro de 1988.

BRASIL. **Lei nº 8.069** - Estatuto da Criança e do Adolescente. de 13 de julho de 1990.

BRASIL. **Lei nº 3.133**, de 8 de maio de 1957.

BRASIL. **Lei nº 4.655**, de 2 de junho de 1965.

BRASIL. **Lei nº 12.010**, de 3 de agosto de 2009.

CADASTRO NACIONAL DA ADOÇÃO. **Relatórios Estatísticos.** Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/cnanovo/pages/publico/index.jsf>>. Acesso em: 08 mai. 2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Passo-a-passo da adoção.** Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/cadastro-nacional-de-adocao-cna/passa-a-passo-da-adocao>>. Acesso em: 22 mai. 2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Campanha da Justiça de Pernambuco e do Sport Clube incentiva adoção tardia.** Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/80352-campanha-da-justica-de-pernambuco-e-do-sport-clube-incentiva-adocao-tardia>>. Acesso em: 15 ago. 2017.

FERNANDES, Joaquim. **Espera e dificuldade.** Brasília: Senado Federal, [2012-2013]. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/adocao/relatos-reais-sobre-adocao/espera-e-dificuldade.aspx>>. Acesso em: 18 ago. 2017.

FREIRE, Fernando. Abandono e Adoção – Contribuições para uma cultura da adoção I (1991) e II (1994). Curitiba. Terre des Hommes,2003.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Adoção Internacional.** Doutrina e jurisprudência. São Paulo. Malheiros Editores Ltda. 2003.

SARATY, Jamille. Lei da adoção: o lado bom da burocracia oficial. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 17, n. 3390, 12 out. 2012. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/22790>>. Acesso em: 29 ago. 2017.

SENADO FEDERAL. **Adoção, Mudar um destino**. Brasília: Senado Federal, 2013. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/NOTICIAS/JORNAL/EMDISCUSSAO/upload/201302%20%20maio/pdf/em%20discussão!_maio_2013_internet.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2017.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO. **Informações Gerais**. Disponível em: <<https://www.tjpe.jus.br/web/ceja/informacoes-gerais.>>. Acesso em: 22 mai. 2017.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO. **Projetos**. Disponível em: <<http://www.tjpe.jus.br/web/ceja/projetos>>. Acesso em: 22 mai. 2017.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO. **Projeto “Adote um Pequeno Torcedor” estimula adoção tardia**. Disponível em: <<http://www.tjpe.jus.br/-/projeto-adote-um-pequeno-torcedor-estimula-adocao-tardia>>. Acesso em: 10 jul. 2017.

A CONSTITUIÇÃO FEDERAL E SUA LAICIDADE EM VIRTUDE DA RADICADA CULTURA OCIDENTAL NO BRASIL

Myllena Lira Silva¹
Whytney Torres Araújo²

Resumo

O presente artigo, terá como ponto introdutório, uma abordagem evolucionista da influência de grupos sociais, especificamente, a religião, nas Constituições Federais, no qual a atual em seu art. 19, inciso I, diz-se que o Brasil é um Estado laico, havendo liberdade religiosa. Todavia, a religião possui influência no País, como exemplo, a vicissitude de instauração de feriados religiosos conferida pela Lei 9.093/95, a não recepção de sangue pelas Testemunhas de Jeová em contraste ao Art. 5º que relata exatamente sobre o direito à vida, entre outros, destacando diversas manifestações da questão de liberdade religiosa. No intuito de analisar e refletir se os indivíduos são iguais como consta, a sua relação histórica e hodierna do Estado e religião, a ocasião em que o Brasil se transformou em um Estado laico e como se apresenta no texto da Constituição vigente. Salienta-se a notoriedade da cultura ocidental enraizada no País, mesmo que no decorrer dos anos ocorreu grandes mudanças culturais, que foi a secularização do Estado, o Brasil teve essa influência, porém de maneira mais branda, ainda possuindo influência da religião, como o caso dos preâmbulos das Constituições ainda invocam a proteção de Deus, em vista de que é um Estado laico. A metodologia utilizada será a pesquisa bibliográfica como fonte de informação, concluindo o presente artigo com uma análise crítica quanto à exposição religiosa ao longo dos anos, no que tange a contemporânea situação do Estado na standardização dos seus direitos, já que as formulações de Direito e religião sempre estiveram associadas. Obtendo resultados de confirmação da influência religiosa e uma desigualdade ocultada para indivíduos religiosos e os que não.

Palavras-chaves: influência, religião, Constituição Federal, laicidade

Introdução

Há décadas, a similitude e também as diferenças entre direito e religião é um assunto bastante abordado. A religião, que pode ser interpretada como um aglomerado de crenças em um determinado Deus ou força supranatural, na busca de respostas para o mundo e para as múltiplas dúvidas sociais e na gênese de sua doutrina, designa valores e princípios que os indivíduos devem seguir e obedecer fidedignamente durante a vida. Induzindo-os a alguns tipos de comportamentos sociais e interdições no intuito de que se encontre uma conduta boa na busca incessante pôr o ápice desta conduta que seria semelhante a do seu Deus.

Nesse aspecto, o Direito e a religião se assemelham, por exprimirem organizações de controle social, que cominam condutas e valores e que apresentam como finalidade o bem comum. Todavia, se divergem na questão da insegurança ocasionada pela religião, já que a Igreja proporciona respostas que teriam confiabilidade pela fé. Já o Direito parte de conjecturas

¹ Acadêmica do curso de Direito no Centro Universitário Tabosa de Almeida-Asces/Unita. E-mail: myllena_lira@hotmail.com

² Acadêmico do curso de Direito no Centro Universitário Tabosa de Almeida-Asces/Unita. E-mail: whytney_torres@hotmail.com

reais e propicia segurança e proteção ao indivíduo nas suas relações para com o próximo e o Estado, justamente no intuito de evitar tipos de interpretações diferentes da lei.

O inglês John Locke afirmava que “o fim do Direito não é abolir nem restringir, mas preservar e ampliar a liberdade”. A Religião, no que lhe concerne, sempre orientou sua finalidade em aperfeiçoar o homem, instruindo-o e fortificando-o nos provérbios éticos e morais. A Religião deixa radicada sua marca na sociedade. Unidos, Direito e Religião alcançam um equilíbrio social diário. Pois é indubitável a presença sempre intrínseca dos fatores morais e religiosos em conjuntura com o fenômeno jurídico.

Do Século 8 até o 15 que aconteceu o período da ascensão de uma religião em específico, a da Igreja Católica Apostólica Romana, tendo um Direito próprio e escrito, o canônico, que possui essa denominação devido a palavra ‘cânon’ que, em grego, significa regra, aplicado nos primeiros séculos da Igreja para indicar as deliberações dos concílios. Desta forma, a Igreja dominava todo o território europeu e regia as regras acima dos indivíduos, por meio de tortura física e psicológica e como as pessoas eram analfabetas e somente o clero tinha conhecimento, transmitia uma verdade uma, influenciando-os no intuito da unificação e universalidade, passando a dominar todas as pessoas. A fonte do direito nesse período era: *ius divinum* que se denominava como um conjunto de regras extraídas da bíblia como se fosse a Constituição atual ou jurisprudências. Dos costumes trazidos do Direito Romano e pôr a própria legislação canônica, desenvolvida pelas decisões dos Concílios e das decretas papais.

Este Direito de influência sagrada, surgiu introduzido em 1466, por D. Afonso V, tendo a nova codificação a ser afamada pela designação de Ordenações Manuelinas, as quais, transfigurou-se o primeiro estatuto jurídico da colônia.

Ao tornar-se independente, a Constituição brasileira de 1824, valendo-se da recepção, determinou que as Ordenações e demais normas legais portuguesas em vigor fossem mantidas vigentes até a promulgação de um Código Civil que ocorreu em 1917. (SZANIAWSKI, E., 2005, p.130).

É nesse clima de influência e radicação que será abordado todas as Constituições Federais brasileiras, demonstrando onde está mencionado a religião, como esta é abordada e como perpassa para fatores sociais, assim como Órgãos Públicos com símbolos religiosos, a recepção de sangue por Testemunhas de Jeová e o ensino religioso nas escolas públicas, para entender um pouco mais, o motivo desta religião ainda possuir uma forte influência social.

1. Como a religião é enquadrada no Brasil, com enfoque para a interpretação desta nas Constituições Federais brasileiras

A conexão entre o cristianismo e a população brasileira possui origens históricas intensas. Trazido pelos portugueses, com os padres jesuítas, no intuito da ampliação do número de fiéis, a unificação e universalidade da Igreja Católica, esta que sempre esteve intrinsecamente perpetuada à cultura e identidade brasileira e incidiu por um processo de ampliação e solidificação doravante da segunda metade do século XIX, com a restituição do catolicismo na Europa, que ascendeu a novas práticas religiosas e devoções no Brasil, graduando decisivamente o catolicismo brasileiro (Augustin Wernet, "Congregações femininas no Brasil e o reavivamento religioso em fins do século XIX"). Influenciado por o Direito canônico, que penetrou no Brasil por meio das Ordenações Manuelinas, em 1466, por D. Afonso V.

Mesmo que no Art. 5º da Constituição Federal vigente como em algumas anteriores a esta, é assegurado o direito à liberdade religiosa, essa liberdade o próprio Estado adquire uma forte ingerência da Igreja Católica. Além do aporte cultural da Igreja, ressalvada até os dias atuais, como é o caso dos preâmbulos das Constituições Federais, os órgãos públicos incrementados com fontes religiosas, mais especificamente da Igreja Católica, como o fato dos tribunais terem um crucifixo na parede, a produção legislativa, também é vítima dessa influência restritiva em assuntos de família, o Direito Canônico cooperou indubitavelmente no Direito Civil, de Família, de Processo Penal, entre outros, justamente por conta da forte influência que esta Igreja possui desde o século 8.

Portanto, neste momento será abordado questões sobre a religiosidade nas Constituições, tal como seu alcance na sociedade, por meio de uma perspectiva evolucionista, demonstrando que em todas as Constituições existentes no Brasil se fala de religião, porém, ao demonstrar o ponto em que é narrado sobre este determinado assunto, percebe-se a força que a religião possui, interpretando a Constituição como uma demonstração no plano legal das alterações históricas e ideológicas de uma pátria.

Literalmente, todas as Constituições brasileiras, com exceção da Constituição de 1891 e a Carta Política de 1937, evocam em seus preâmbulos, expressamente, que são promulgadas "sob a proteção de Deus". Tendo além disso, a Constituição Imperial de 1824, a que iniciou à História Constitucional do Brasil, foi declarada em nome da Santíssima Trindade.

No intuito de estruturar e garantir os seus direitos fundamentais, no dia 7 de setembro de 1822, o País se tornava independente, criando então a separação dos poderes e ampliando

liberdade individual, fazendo jus a uma Constituição Federal, esta criada em 1824, de caráter confessional e que tem, a liberdade limitada no quesito religioso, como exemplo, do primeiro título da Constituição ser em nome da Santíssima Trindade, o próprio preâmbulo desta, inicia-se mencionando a Graça de Deus. Isso se dá por ter tipo como exemplo o Direito de Portugal, e suas ordenações, Dom Pedro trouxe consigo a religião Católica como predominante, tal como versado no próprio artigo 5º da CF de 1824:

Art. 5. A Religião Catholica Apostolica Romana continuará a ser a Religião do Imperio. Todas as outras Religiões serão permitidas com seu culto domestico, ou particular em casas para isso destinadas, sem fórma alguma exterior do Templo.

E no Art. 103 ainda perpassa para as demais épocas o seguinte legado, afirmações estas que incumbia todas as outras funções governamentais:

Art. 103. O Imperador antes do ser aclamado prestará nas mãos do Presidente do Senado, reunidas as duas Camaras, o seguinte Juramento - Juro manter a Religião Catholica Apostolica Romana, a integridade, e indivisibilidade do Imperio; observar, e fazer observar a Constituição Política da Nação Brasileira, e mais Leis do Imperio, e prover ao bem geral do Brazil, quanto em mim couber.

No Brasil Império, a religião era de fato um fator primordial para tudo realizado pelo Estado, mesmo sendo parcial, a liberdade religiosa, segundo assevera José Afonso da Silva “[...] as demais religiões eram apenas toleradas [...]” (2006, p.243).

A partir de 1860 avultaram os julgamentos a respeito da união do Estado e a Igreja, culminando no Decreto 119-A de 7 de janeiro de 1890, que instituiu o apartamento entre essas instituições. Desta forma, sob interferências positivistas e liberais, a Primeira Constituição Republicana de 1891, produzida devido a Proclamação da República em 1889, que inaugurou a separação entre a Igreja e o Estado, instituindo a plena liberdade de culto, o casamento civil obrigatório, a secularização dos cemitérios e da educação, sendo a religião excluída do novo currículo escolar, ficando a Igreja Católica em posição de igualdade com os demais grupos religiosos e as associações religiosas passaram a respeitar o direito comum, sendo permitido a estas adquirir bens, mas não aliená-los. (BALEEIRO, 2001).

Abaixo está o art. 72º, § 3º a 7º, da CF de 1891, in verbis:

§ 3º - Todos os indivíduos e confissões religiosas podem exercer pública e livremente o seu culto, associando-se para esse fim e adquirindo bens, observados as disposições do direito comum.

§ 4º - A República só reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita.

§ 5º - Os cemitérios terão caráter secular e serão administrados pela autoridade municipal, ficando livre a todos os cultos religiosos a prática dos respectivos ritos em relação aos seus crentes, desde que não ofendam a moral pública e as leis.

§ 6º - Será leigo o ensino ministrado nos estabelecimentos públicos.

§ 7º - Nenhum culto ou igreja gozará de subvenção oficial, nem terá relações de dependência ou aliança com o Governo da União, ou dos Estados.

No início do século XX surgiu a Era Vargas, distinguida em seus primeiros anos como governo provisório, sem poder constitucional. Somente em 1933 com a derrota da Revolução Constitucionalista de 1932, em São Paulo, que foi estimada a Assembleia Constituinte, compondo a nova Constituição de 1934. Nesta época nasceram as igrejas protestantes pentecostais como exemplo tem a Igreja Evangélica Assembleia de Deus.

Vale salientar que desde 1925, a Igreja Católica vinha se movimentando para restaurar o renome de religião oficial dos brasileiros, tal como a autorização para educação religiosa nas escolas públicas, no entanto, encararam intensa resistência da imprensa, dos protestantes, maçons e todas as outras religiões existentes no Brasil.

Contudo, por meio de um decreto de abril de 1930, Vargas consentiu o ensino religioso nas escolas. E a Constituição de 1934 acatou as reivindicações católicas, sem legitimar o catolicismo, e conferiu o direito de ser capelão nas forças armadas, que é o indivíduo que oferece aconselhamentos espirituais a sujeitos que encararam momentos difíceis, confissões religiosas em hospitais e penitenciárias, como manifestação da autorização constitucional de cooperação mútua em prol do interesse público, o que representa uma significativa novidade na relação entre o Estado e a Igreja. (MATOS,2011). Apesar de ter instituído cotações vagas quanto a liberdade religiosa, dispondo-a ao respeito, a ordem pública e aos bons costumes, a Constituição de 1934 conservou o ideal da igreja liberta em Estado livre.

Em 10 de novembro de 1937, foi criada a próxima Constituição. Determinando no parágrafo 4º do artigo 122 da Constituição de 1937 que:

Todos os indivíduos e confissões religiosas podem exercer pública e livremente o seu culto, associando-se para esse fim e adquirindo bens, observadas as disposições do direito comum, as exigências da ordem pública e dos bons costumes.

É notório que existiu uma sustentação da salvaguarda da ordem pública e dos bons costumes, porém com um fator inovador, o conceito de instalação de direito ordinário. Mas, a mesma abdicou o progresso da carta magna de 1934, na questão do auxílio recíproco entre o Estado e os institutos religiosos em benefício do mérito coletivo.

Devido a ação de redemocratização póstuma a queda de Vargas, elaborou-se uma nova ordem constitucional. Por conseguinte, o Congresso Nacional, admitiu serviços constituintes. É então promulgada a Constituição Federal de 1946, assinalando novamente a democracia, acastelando a liberdade de expressão.

Em 1964, incidiu no Brasil um novo golpe militar perpetrando o País a uma regressão, sobretudo pela falta da garantia dos direitos fundamentais, no entanto por um pleito de redemocratização, impeliu-se a elaboração da Constituição de 1967, fazendo obedecer em seu artigo 5º que: É plena a liberdade de consciência e fica assegurado aos crentes o exercício dos cultos religiosos, que não contrariem a ordem pública e os bons costumes.

Finalmente, surge a Constituição Federal Cidadã de 1988, decorrente de uma novidade na redemocratização, que foi a abertura. Ratificando um Estado laico, imparcial no quesito confessional, não aderindo a nenhum tipo de culto religioso como oficial. Sem embargo, no seu preâmbulo é dito que esta surgiu sob a proteção de Deus, demonstrando que essa laicidade, não evita que ocorra colaboração entre o Estado e a Igreja em alvitres sociais. A liberdade religiosa é um direito presumido em seu art. 5º, inciso VI, promulgando que:

É inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a sua liturgia, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva.

Nos incisos VII e VIII, do referido artigo, está acastelado pela lei a prestação de assistência religiosa nas entidades civis, militares de internação coletiva e o direito de escusa de consciência que se institui em reflexo de crenças religiosas. Afirmando a cooperação de ambas as partes entre Estado e Igreja em benefício do interesse público, ficando o Estado como um benfeitor da Igreja, incumbindo-o não enlevar seu funcionamento e impedir que outros o façam.

Mas o Brasil afirma ser um Estado Laico com o Cap. I da Organização Político-Administrativa, no art. 19 que relata:

É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I - estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público;

II - recusar fé aos documentos públicos;

III - criar distinções entre brasileiros ou preferências entre si.

O jurista brasileiro Franco Montoro assegurava que “na própria origem histórica do direito, está a norma indiferenciada, de cunho moral e religioso. [...] não faltam exemplos da influência permanente de fatores morais e religiosos na vida do direito”. Vale salientar que o “Corpus Juris Canonici”, que segundo a enciclopédia jurídica, é o corpo jurídico canônico, o direito ou leis eclesiásticas ou canônicas da Igreja Católica Romana, que reúne os cânones dos

concílios e os decretos de seu soberano, o papa. Ele prestou forte instigação no Direito brasileiro, principalmente no Código Civil.

O Novo Código Civil de 2002, designou para as Igrejas, a natureza jurídica de associação, interpretando que, por estas serem constituídas como pessoas jurídicas sem fins lucrativos, equiparando-se a qualquer outra do gênero, como as associações de moradores. Sanando a alteração, diante da translúcida inconstitucionalidade, em 23 de dezembro de 2003 foi expressada a Lei Federal 10.825, que modificou o Código Civil no seu art. 44, incluindo a disposição religiosa como mais uma variante entre os indivíduos jurídicos de direito privado, desonerando as Igrejas que cumpram o prazo exigido para reparações e adaptações de seus estatutos com a regência de associação civil.

Porém, o desenvolvimento do Brasil, desde o Descobrimento, foi traçado sob o símbolo da fé cristã e católica. Tendo como ideia da catequese, sua colonização. A busca incessante pela unidade e conquista do imenso território brasileiro, só se explica pela fé cristã. J. F. Almeida Prado, claramente não católico, "atribui à fé a resistência aos holandeses e sua expulsão do Brasil."

Os povoados que fossem existindo eram construídos ao redor de uma capela ou Igreja. Daí o motivo de existir inúmeras cidades com nomes de santos católicos, um Estado possui o nome de Espírito Santo, ou Santa Cruz do Capibaribe em Pernambuco, que possui esse nome porque seu fundador, Antônio Burgos, português e muito religioso, cuidou logo em edificar uma capela e a sua frente uma cruz de madeira, originando o nome da cidade. E foi seguindo este prisma que o Brasil abrolhou, se desenvolveu, conquistou sua Independência, cultura e nacionalidade, tudo isso sobre a ideia de um Deus consolidado na Nação brasileira.

O escritor Euclides da Cunha instrua que, "uma Constituição, sendo uma resultante histórica de componentes seculares, acumulados no envolver das ideias e dos costumes, é sempre um passo para o futuro garantido pela energia conservadora do passado." Fazendo menção ao preâmbulo da Constituição de 1988, que expressamente anuncia que a sua promulgação foi concretizada "sob a proteção de Deus".

Conjuração esta que vem ocasionando em uma conturbação e chateação por parte de ateus, agnósticos, entre outros, sem qualquer cerimônia. O argumento principal lançado ao debate se resume a invocar o Estado laico e, assim, a "proteção de Deus" no preâmbulo de nossa Constituição estaria fora de lugar. Investem, até mesmo, contra símbolos e objetos que retratam

a lembrança do Cristianismo em terras brasileiras, especialmente, o Crucifixo exposto em repartições públicas, inclusive em salas dos Tribunais.

Ressaltando que o sistema político do Estado brasileiro, em nenhuma hipótese, chegou próximo de uma teocracia infanda existente em outros países. A Constituição de 1891, por prestígio do Positivismo de Augusto Comte, conferiu a separação do Estado e Igreja e fundou o titulado Estado laico, mas não negando a interferência contundente do Cristianismo no desenvolvimento nacional dos brasileiros, já que estaria se contradizendo ao evidente. Portanto, a laicidade não pode significar a exclusão dos valores cristãos existentes na Pátria brasileira.

O primeiro constitucionalista a explicar a Constituição republicana de 1891, João Barbalho doutrina que "o preâmbulo anuncia por quem, em virtude de que autoridade e para que fim se baseia, estabelecido na Constituição. Não é uma peça inútil ou de mero ornato na Constituição; as simples palavras que o constituem resumem e proclamam o pensamento primordial e os intuítos dos que a arquitetaram".

Ao questionar o preâmbulo da Constituição vigente, falando sobre a "proteção de Deus", o jurista Ives Gandra da Silva Martins Filho, em uma entrevista para o jornal "O Globo" em 14.4.2009, afirmou que isto "significa que o Estado que se organiza e estrutura mediante sua lei maior reconhece um fundamento metafísico anterior e superior ao direito positivo." Se invoca isto, refere-se à proteção do Deus dos cristãos – Jesus Cristo – já que foi sob sua proteção e perante os ensinamentos evangélicos que foi edificada a Nação brasileira. Enaltecendo "um fundamento metafísico anterior e superior ao direito positivo", assim como instrui o jurista Ives, já mencionado anteriormente, dando legitimidade à sua aplicabilidade na interpretação das normas constitucionais.

Contudo, a própria Constituição equivocou-se em assegurar a liberdade de todas as crenças, afirmando que seus seguidores apresentem a garantia de declara-las, livremente, já que isso se passa em um Estado Democrático de Direito. Igualmente, os ateus e agnósticos têm as suas garantias.

Em consonância ao anunciado do Secretário do Órgão Especial do Colégio de Procuradores Dr. Walter Paulo Sabella, "tencionar que da exposição do crucifixo" em órgãos públicos "se possa inferir relação de dependência ou aliança com organizações religiosas", pensamento similar acarretaria, "regularmente, à igual conclusão em consonância ao acontecimento de aceitar-se a estátua do Cristo Redentor em território público, no Rio de Janeiro", como confirmado no parecer no Pt. n. 48723/07, de 27.8.2007.

Apoderando-se de um pensamento do sociólogo, Émile Durkheim, de que as religiões são consideradas fatos sociais, e devido a isto que a presença do crucifixo em um prédio público não deixará o Estado menos laico, assim como sua remoção não traria maior laicidade, mas traz consigo dificuldade entre as fronteiras da religião com a cultura e tradição.

Segundo o Novo Mapa das Religiões, ordenado pelo pesquisador Marcelo Néri, em 2003, 73,8% dos brasileiros se descreviam católicos, ao passo que, em 2009, a quantidade de católicos baixou para 68,4%. Nesta época, os evangélicos ascenderam de 17,9% para 20,2%. Além disso, atearam os indivíduos que declaram não ter religião, indo de 5,1% para 6,7%.

Mas o Estado ser laico não quer dizer que é ateu ou agnóstico, mas, um Estado que reconhece a liberdade de todas as crenças religiosas e abona sua prática, respeitando-a tal como respeita os valores cristãos que a luz destes valores que se formou a Nação brasileira. Para o Papa Bento XVI, "a tendência que, por assim dizer, admite Deus como opinião privada, mas lhe recusa o domínio público, a realidade do mundo e a nossa vida, não é tolerância, mas hipocrisia."³

Dessarte, o comparecimento de símbolos católicos como a Cruz de Cristo nas salas dos Juízes e Tribunais é ratificação da realidade da constituição cristã do povo brasileiro, realmente, uma cultura radicada na sociedade. Afirmar que o julgamento em tribunal com significativo símbolo de uma igreja não é a mais perfeita maneira de se manifestar o Estado-Juiz afastado dos valores em choque, representa algo incoerente, já que é de obrigação do juiz possuir neutralidade axiológica e o símbolo da Cruz não poderá influir o Estado-Juiz, além de que este símbolo da Cruz sempre esteve presente em todas as salas dos Juízes e dos Tribunais, há anos.

2. A não recepção de sangue pelas Testemunhas de Jeová

Não receber sangue devido a sua religião é um assunto bastante abordado devido a intensificação da situação, por não haver hierarquia entre normas constitucionais, tem-se aparente colisão entre dois direitos fundamentais, ambos positivados no corpo da Constituição, no seu art.5º, caput, in verbis:

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 [...].

³ Homilia de Abertura do Sínodo dos Bispos em 21.10.2005.

Uma das maneiras de legitimar as decisões acerca das colisões entre direitos fundamentais, seria a inquirição das decisões majoritária dos magistrados brasileiros sobre o tratamento com transfusão de Sangue com as testemunhas de Jeová.

A jurisprudência formulada referente ao assunto dirige sua concepção mediante três casos: 1- se o paciente se encontrar em gozo pleno de suas faculdades mentais, e não exibir urgente risco de vida, torna-se opcional a transfusão de sangue, não ferindo o princípio do direito à vida. 2- quando este está em iminente perigo de vida, é realizada uma ação interventiva imediatamente por parte do profissional competente, utilizando-se do princípio da ponderação, para analisar qual dos direitos pesa mais naquele momento. 3- quando se aventar de paciente inabilitado, que é justamente quando não consegue exprimir suas aspirações mesmo quando está em gozo pleno de suas faculdades mentais.

Sendo assim, o direito à liberdade religiosa é algo equiparado ao direito a vida na questão de hierarquia, mas quando este se negar receber a transfusão de sangue e apresentar risco de vida, cabe ao médico analisar a situação, o que geralmente pesa para o direito à vida.

3. Ensino de religião nas escolas públicas do Brasil

Este tópico abordará exclusivamente as escolas públicas, justamente pelo fato de escolas privadas não serem obrigadas a incluírem em seu currículo o ensino religioso, mas se isto acontecer, como em escolas confessionais privadas (Católica, Batista ou Metodista, etc.) por exemplo, o aluno admite mediante seus responsáveis ou dele próprio, no ato da matrícula que aceitam se integrarem nas atividades religiosas alvitradas pelo estabelecimento.

Vale ressaltar que ninguém será obrigado a participar, visto que o indivíduo tem o direito de se negar a exercer a disciplina, necessitando que a mesma seja comutada por uma outra, direito esse acastelado pelo artigo 33 da Lei de Diretrizes e Bases (LDB) 9.394/96 (a lei n.º 9.475), que preconiza:

O ensino religioso, de matrícula facultativa, é parte integrante da formação básica do cidadão e constitui disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental, assegurado o respeito à diversidade cultural religiosa do Brasil, vedadas quaisquer formas de proselitismo. (Redação dada pela Lei nº 9.475, de 22.7.1997)

§ 1º Os sistemas de ensino regulamentarão os procedimentos para a definição dos conteúdos do ensino religioso e estabelecerão as normas para a habilitação e admissão dos professores. (Incluído pela Lei nº 9.475, de 22.7.1997)

§ 2º Os sistemas de ensino ouvirão entidade civil, constituída pelas diferentes denominações religiosas, para a definição dos conteúdos do ensino religioso. (Incluído pela Lei nº 9.475, de 22.7.1997)

A questão do ensino religioso nas escolas públicas é um tema bastante polêmico, visto que envolve o cogente distanciamento do Estado laico perante as particularidades próprias dos credos religiosos.

Conclusão

Após uma análise doutrinária de todas as Constituições Federais brasileiras, entendeu-se que desde o início, a Igreja e Estado sempre estiveram interligadas, mesmo após a separação entre eles (Estado Laico). Abordando que o Direito Canônico, possui uma forte influência no direito privado, pois foi a Igreja católica que interviu neste direito, decidindo sobre situações como divórcio e casamento, decisões estas, decididas no corpo legislativo da época, que eram os tribunais eclesiásticos, as decretas do Papa era a legislação, pois se acreditava que este era um enviado de Deus.

E estas decisões, em muitos casos hodiernamente, é notório o seu reflexo no Brasil, como é abordado no artigo 1.515 do código civil brasileiro que “o casamento religioso, que atender às exigências da lei para a validade do casamento civil, equipara-se a este, desde que registrado no registro próprio, produzindo efeitos a partir da data de sua celebração.” Não restando dúvidas de que mais uma vez se evidencia a correlação entre as duas ciências. Portanto, com a modernidade e com o Estado laico, a religião vai perdendo sua predominância no País.

Ao vir à tona assuntos deste cunho nos projetos educacionais, por exemplo, sempre veio cheio de conflitos intensos em volta da sua presença e viabilidade em um País laico e pluricultural. Cabe, analisar as questões de maneira específica, mas tendo a resolução do caso com isonomia. Já que a própria Constituição Federal, ao prever a prestação alternativa de obrigações, permite a coexistência dos preceitos religiosos e do aperfeiçoamento intelectual e/ou profissional.

Referências

BALEEIRO, Aliomar. **Constituições Brasileiras: 1891.** – v.2 – Brasília: Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001.

BARRETTO, Stênio de Freitas . **Direito, Religião, Liberdade Religiosa e Comportamento Parlamentar – Evolução na História até a Atual Influência das Bancadas Religiosas.** 1. ed. Florianópolis-SC: Bookess Editora Ltda, 2015. v. 1. 98p .

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. **Constituição (1824) Constituição Política do Império do Brasil.** Rio de Janeiro, 1824. Disponível em <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao24.htm>. Acesso em 24 out.2017.

BRASIL. **Constituição (1891) Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil.** Rio de Janeiro, 1891. Disponível em <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao91.htm>. Acesso em 24 out. 2017.

BRASIL. **Constituição (1934) Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil.** Rio de Janeiro, 1934. Disponível em <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao34.htm>. Acesso em 24 out.2017.

BRASIL. **Constituição (1937) Constituição dos Estados Unidos do Brasil.** Rio de Janeiro, 1937. Disponível em <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao37.htm>. Acesso em 24 out. 2017.

BRASIL. **Constituição (1946) Constituição dos Estados Unidos do Brasil.** Rio de Janeiro, 1946. Disponível em <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao46.htm>. Acesso em 24 out. 2017.

BRASIL. **Constituição (1967) Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, 1967. Disponível em <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao67.htm>. Acesso em 24 out. 2017.

BRASIL. **Constituição (1988) Constituição da República Federativa do Brasil.** 40 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. **Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional**. Lei número 9394, 20 de dezembro de 1996.

BRASIL. **Lei nº 10.825 de 22 dez. 2003**. Dá nova redação aos arts. 44 e 2.031 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.825.htm>. Acesso em: 11 de out. 2017.

DE COULANGES, F. **A Cidade Antiga**. São Paulo: Martin Claret, 2008.

DOCA, Geraldo. **Presidente do tst defende flexibilização das leis trabalhistas**. Jornal O Globo. Rio de Janeiro: 2016. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/economia/presidente-do-tst-defende-flexibilizacao-das-leis-trabalhistas-18766412>>. Acesso em: 31 de outubro de 2017.

INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília, DF: Brasília Jurídica, 2000. MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 13. ed. atual. São Paulo: Atlas, 2003. 836 p

JARDE, A. **A Grécia antiga e a vida grega**. São Paulo: EPU, EDUSP, 1977.

JOÃO SCATIMBURGO, “**Tratado Geral do Brasil**”, Companhia Editora Nacional, S. Paulo, 1ª. ed., 1973, pg. 31.

LLOYD-JONES, H. **O Mundo Grego**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1965.

MANDELI, Maíra de Lima. **Liberdade Religiosa**. Intertemas, São Paulo, vol.16, n. 16, 2008. Disponível em <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/view/688/706>>. Acesso em: 02 out. 2017.

MATOS, Alderi Souza de. **Breve História do Protestantismo no Brasil**. Vox Faifae, Goiás, v.3, n.2, 2011. Disponível em: <<http://www.faifa.edu.br/revista/index.php/voxfaifae/article/view/271>>. Acesso em: 14 out. 2017.

NERI, Marcelo Cortês. **Novo Mapa das Religiões**. Rio de Janeiro: FGV, CPS, 2011.

NOGUEIRA, Octaciano. **Constituições Brasileiras: 1824**. – v.1 – Brasília: Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

ZANONE, Valerio, (1986). **Verbete sobre o laicismo**. In: BOBBIO, Norberto et al. (orgs.). Dicionário de política. 2ª ed. Brasília: Editora UnB, p. 670-674.

A DÉCADA DA JUDICIALIZAÇÃO

Edson João de Luna¹

Resumo

Introdução: A recente crise de legitimidade do Poder Executivo e os empecilhos enfrentados pelo Poder Legislativo, na adequação do texto normativo à fisiologia social, impulsionam a expansão do Poder Judiciário, a legitimidade do processo liga-se às suas motivações e efeitos almejados, a transferência consciente para fugacidade de responsabilidades pelo Poder Legislativo para os Órgãos Judiciais ou a usurpação das decisões de outros poderes pelo Judiciário causam efeitos deletérios à democracia. **Objetivo:** O estudo aspira à análise das causas da imiscuição do Poder Judiciário nas decisões pertencentes a outro Poder, bem como os efeitos trazidos pelo processo de judicialização da política no cenário político e social do país, partindo dos pressupostos intensificadores do processo nos últimos 10 anos. **Método:** Desse modo, a partir do método hipotético-dedutivo e das fontes teóricas, discutir-se-á os critérios usados nos posicionamentos dos Tribunais Superiores na tomada dessas decisões e as posições dos estudiosos sobre fenômeno de judicialização política. **Resultado:** O estudo constata a ampliação do processo de judicialização no Brasil nos últimos anos, comprovando-se a ocupação paulatina dos espaços do Legislativo e Executivo pelo Judiciário, verifica-se que a forma mais acentuada do fenômeno ocorre através das decisões trazidas ao Poder Judiciário por um terceiro, como no controle de inconstitucionalidade. **Conclusão:** A atividade jurisdicional produz decisões vinculantes capazes de assegurar e efetivar os direitos fundamentais e a própria Constituição Federal, uma vez que sua atuação chame para si a competência de outro poder, diante da falha desse, iluminando-se a aplicação do direito e efetivando direitos fundamentais ora sedimentados, não há de se falar em violação ao Princípio da Separação dos Poderes, nem a Segurança Jurídica, de modo que a maior finalidade do direito é a sua concretização.

Palavras-Chave: Judicialização política, protagonismo judicial

Introdução

O processo de judicialização política no Brasil pode ser descrito como fenômeno de trasladação das decisões dos Poderes Legislativo e Executivo para o Judiciário, tendo-se uma linha tênue entre o garantismo dos fatores essenciais a democracia e a ampliação do Poder Judiciário acontecer somente quando imprescindível. Induzindo-se do fenômeno o poder progressivo dos Tribunais nas sociedades contemporâneas, em que, não raras vezes, o Judiciário reexamina decisões tomadas por outros poderes, ou até mesmo, profere uma decisão que assiste

¹ Graduando no Curso de Direito na Associação Caruaruense de Ensino Superior – ASCES – Avenida Portugal, 584. Bairro Universitário - Caruaru - Pernambuco, CEP: 55016-400. Monitor em Teoria da Constituição, ministrada pelo Prof. Msc. Fernando Gomes de Andrade e Direito Constitucional I, ministrada pelo Prof. Msc. Luiz Felipe Andrade. Integrante dos projetos de pesquisas: A grande família: Os clãs políticos nordestinos no Congresso Nacional, coordenada pelo Prof. Dr. Vanuccio Medeiros Pimentel, O Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos e o processo de justiça de transição no Brasil, Argentina e Chile, coordenada pelo Prof. Msc. Emerson Francisco de Assis e Jurisdição Constitucional, coordenada pelo Prof. Msc. Luis Felipe Andrade Barbosa. Aluno pesquisador do Projeto INICIA: A era Cunha e a judicialização da agenda legislativa: O STF na encruzilhada do ativismo e da autocontenção; coordenada pelo Prof. Msc. Luis Felipe Andrade Barbosa. E-mail: edson.luna@hotmail.com.

a outro poder, diante de uma lacuna ou omissão deixada por este; a prática de imiscui-se nessas matérias acarreta questionamentos como a usurpação de poder, a sobrecarga do judiciário, a perda de sua identidade original e a subtração da harmonia entre os poderes. O fenômeno possui dimensão mundial, estando presente, até mesmo, em sistemas mais peculiares como o *Civil Law* e o *Common Law*.

O Ministro Luís Roberto Barroso ensina que o grau de protagonismo do Poder Judiciário foi emanado pelos próprios políticos, concluindo que o detentor do maior ou menor grau de judicialização é o Congresso Nacional, uma vez, que quando este atua, o Supremo Tribunal Federal não irá atuar, ressalvando-se que o fenômeno da judicialização da política vem se solidificando no mundo após a Segunda Guerra Mundial (1939-1945), sendo definida em três as razões impulsionadoras do fenômeno que, de acordo com o Ministro, seriam a convicção que um Judiciário forte é elemento indispensável para a manutenção da Paz, a descrença com a política majoritária e, por fim, a esquiva de governadores e parlamentares em se posicionar sobre assuntos polêmicos, a exemplo da discriminação do uso de drogas, o casamento homoafetivo e o aborto; a qual se justifica pelo medo de rejeição que pode ser causado perante os eleitores.

O Ministro justifica a atuação do Poder Judiciário em situações que chama de excepcionalistas, devendo as Cortes Supremas desempenhar um papel iluminista, cujos exemplos podem ser observados na atuação da Suprema Corte Americana que, mesmo sem a presença de leis, erradicou a segregação racial presente nas escolas públicas, assim como quando o Tribunal Máximo da África do Sul proibiu a pena de morte ou o que estabeleceu o Tribunal Federal Alemão, ao criminalizar a negação do holocausto.

Entende o ministro que esta atuação iluminista foi desempenhada pelo STF ao ampliar, às relações homoafetivas, o mesmo regime das uniões estáveis, da mesma forma ao consentir a interrupção da gestação em caso que o feto apresentar a anencefalia, casos estes que o constitucionalista acreditara não haver motivos para intromissão do Estado na vida privada das pessoas.²

No que tange ao princípio da Separação dos poderes e sua violação pela judicialização da política, o Ministro Ricardo Lewandowski questiona se a ideia de separação dos poderes é tão absoluta nos dias atuais e se já não fora superada, ressaltando que no momento o

² Discurso realizado por Luís Roberto Barroso durante Palestra no Instituto Fernando Henrique Cardoso, São Paulo, em 17 de Agosto de 2015.

protagonismo do STF é maior, mas que o Congresso Nacional não teria atualmente soluções para isto.³

Diante deste panorama, o presente trabalho objetiva analisar a crivo a concretização do processo de judicialização da política brasileira, buscando-se, entender os motivos que levaram a vênua e a manutenção do protagonismo judicial até os dias atuais, assim como explorar a relação de causas e efeitos provocada pelo objeto de estudo, verificando os aspectos de legalidade do fenômeno e, uma vez constatados, elencar seus requisitos.

1. Judicialização da política, características e conceitos

O poder Judiciário é erigido politicamente (HIRSCHL, 2004, p. 49), em uma política judicializada, cabendo à locução jurídica a intermediação das alterações entre as estruturas legislativas e os debates partidários (SWEET, 2000, p. 203).

O fenômeno corresponde a um fato circunstancial, fulcrado no esboço institucional (BARROSO, 2008, p. 6), de natureza contingencial, já que é aflorado da deficiência de outros Poderes Republicanos, sendo indiferente a postura do judiciário (TASSINARI, 2013, p. 36-37). Aduz do processo, que pontos com cerne político ou social com notória repercussão, são estabelecidos por órgãos judiciais, ao invés das tradicionais instâncias políticas encenadas pelo Congresso Nacional e Poder Executivo. A transladação das decisões acarreta expressivas alterações no dialeto, fundamentação e forma de atuação da sociedade (BARROSO, 2008, p. 3). Assim sendo, em contrariedade com o ativismo judicial, a judicialização política não tem definição estagnada, não podendo ser axiomatizada necessariamente como um infesto, estando sua conveniência condicionada à intensidade em que ocorre (STRECK, 2016).

Para Vallinder (1995, pp. 13-14) a judicialização política possui conceituação dual: 1) “*From without*” presente na dilatação do campus de atuação das cortes judiciais e dos juízes, causada pela absorção por estas, de decisões da seara política e/ou administrativa pertencentes ao Gabinete, a Legislatura ou a Administração Pública, é a forma mais disseminada do fenômeno, onde as competências decisórias são transferidas pela provocação de um terceiro, assim como ocorre no controle de inconstitucionalidade; 2) “*From within*” descrito como a proliferação dos modos e métodos judiciais de atuação, evidenciados no exterior das Cortes do Direito em sentido restrito.

³ Discurso realizado por Ricardo Lewandowski durante Palestra na faculdade Fadis, em São Paulo, em 13 de novembro de 2015.

2. Relação das causas e efeitos do fenômeno

Em Rogério Gesta Leal (2001, p. 129), vislumbra-se a perceptível ocorrência de transgressão ao poder e a ordem, à medida que a vontade Estatal é menosprezada, diante de específicas expressões da massa, no Brasil, nota-se o problema de identidade e legitimidade do Estado e do direito, em meio a diversos interesses contraditórios subsistentes no mesmo plano social, regulando-se os conflitos de interesse pela norma ou quando possível de forma informal.

O fomento da produção legislativa, hipertrofia a capacidade do Poder Legislativo de trazer certezas jurídicas a questões antagônicas, as excessivas retificações de normas, por vezes, vão de encontro com a coerência do Sistema Jurídico, conforme Campilongo (2002, p. 40-42) tem-se atualmente um direito que rompe com as estruturas de homogeneidade e harmonia, evidenciadas no tempo das “grandes codificações”, para o autor essa ideia de unicidade do direito tem perdido lugar para uma visão mais competitiva e superposta, como a policêntrica, a qual é possível à existência concomitantemente de pequenos sistemas normativos, possuidores de sua própria lógica, todavia a presença desses microssistemas torna paradoxais a similitude de suas pretensões com as do macrossistema, uma vez que ambas são dificilmente ajustáveis.

Acentua-se que, embora o poder de uma democracia emane do povo, é utópica a consideração que a democracia proporciona uma fidedigna igualdade de poder político, questionando-se essa perda individual de poder político do cidadão, quando questões de ordem dos direitos fundamentais são transferidas do Legislativo para o Judiciário, posto que o judiciário ao exercer a tutela desses direitos, com uma responsabilidade especial, dar as minorias um aumento de seus poderes políticos (DWORKIN, 2001, p. 32). A fim de que a lei não tenha seus efeitos engessados com o tempo, ao ter aplicação em novos cenários, cabe ao Judiciário aplicar a lei com mão morta, entretanto legítima, presa ao texto original ou emendá-la ocultamente, aspirando a sua adaptação e cedendo aos sortilégios explicitamente ilícitos da progressão (1999, p. 416).

As discussões se concentram, quando se trata da legitimidade constitucional das Cortes Supremas, em trazer limites à atuação política. Bickel (1962, p. 20) pontua uma abordagem crítica, definindo a *Judicial Review*⁴ como capacidade de execução e elucidação do texto constitucional em temas com maiores ressaltos do tecido societário, mesmo que a aplicação e interpretação afronte a decisão da maioria legislativa, que fica esta incapacitada em sobrestar a imiscuição judicial, ao controlar a constitucionalidade das leis, o Judiciário pode nulificar uma

⁴ Controle judicial de constitucionalidade surgido nos Estados Unidos.

norma editada pelo legislativo, uma vez que a julgar conflituosa com a Constituição. A problematização surge quando o judiciário se pronuncia pela inconstitucionalidade de lei do legislativo ou ato do executivo atuante, desviando a escolha de representantes escolhidos nos moldes da democracia, desta forma, pondera o autor que o controle não seria a favor da maioria, mas de encontro a ela. Nesta acepção, a prerrogativa de rever a vontade do Executivo e do Legislativo, inclinaria a fragilização da democracia, uma vez que ocorresse de forma continua (1962, p. 21).

A correlação entre a interação da atividade dos Tribunais Superiores com o sistema político é presente sobre duas vertentes, a primeira composta pelo plano das ações políticas ou não jurisdicionais, aprazada pela atuação informal ou institucionalizada do poder e a outra expressa pelas ações jurisdicionais, onde se abarca o exercício formal das competências do judiciário (CASTRO, 1990).

O fenômeno pode apresentar pontos profícuos uma vez que salvaguarde o exercício dos direitos fundamentais, atuando de forma célere e agindo segundo os melhores discernimentos e técnicas, bem como de maneira prudente, afastando-se das pressões e investidas de sua alienação. A estrutura desenhada pela própria Constituição confere fortalecimento ao Judiciário e fomenta o seu protagonismo, já que este controla o desfecho de grande parte dos conflitos jurídicos que lhe são trazidos tanto pelas competências originárias da Constituição, quanto pelas previsões das vias recursais.

3. Judicialização da política brasileira

O Judiciário tem o papel de incorporação do corpo social e efetivação da cidadania, assim sendo, sua função não afastaria à política, entretanto com características sanadoras, suprimiria suas lacunas, trazendo a sociedades com grande expressão social, como a brasileira, a concessão de rigidez da democracia para o sobresselente da população, que não é abarcada pelo exercício do sufrágio (VIANNA; CARVALHO; MELO; BURGOS, 1999, p. 258).

O Constituinte conferiu à Carta Política de 88 dispositivos processuais para acentuar a eficácia de seus próprios princípios, bem como, a missão de se ter uma cidadania, que participe de forma jurídica, utilizando os tribunais como meio, provocando-os com movimentos e constrições políticas (CITTADINO, 2004, p 110). Os objetivos e metas previstos na Constituição Brasileira devem ser o parâmetro norte do boquejo e execução da reforma do Judiciário, a consubstancialização desse modelo de Estado Democrático estabelecido nos princípios constitucionais, deve conduzir as ações públicas e particulares (BARBOSA, 2008, p. 116).

Seguindo os ensinamentos de Tate (1995), em paralelo com o direito comparado brasileiro e as características sociais, políticas, culturais e econômicas do Brasil, é possível entender as condições políticas motivadoras da judicialização no Brasil, que são apontadas em moldes gerais pelo autor como: Regime democrático, existência da separação dos poderes, presença de direitos políticos, utilização dos tribunais por grupos de interesse e/ou pela oposição e a falta de efetividade das instituições majoritárias. Neste sentido, Barroso (2012, pp. 3-4) levanta três motivos responsáveis pela judicialização no Brasil, que são enumerados como o processo de redemocratização sofrido no país, o parâmetro de controle de constitucionalidade adotado e a ampla constitucionalização presente no país.

A atuação do Judiciário não deve ser engessada no tempo, evitando-se a mitigação de sua eficácia, todavia sua atuação não deve ser provocada sobre as rédeas das idiossincrasias locais.

As diferentes competências e atuações específicas de cada um dos poderes possibilita que para o bem comum, um deles tenham mais chances de obter sucesso em certos casos, fixando-se os parâmetros de perfeita simetria entre os poderes, uma presunção teórica e com pouca aplicação prática.

4. Supremo Tribunal Federal e a judicialização política

4.1. STF e as disputas políticas

Hodiernamente, em meio ao cenário de crise política que o Brasil perpassa as provocações dirigidas ao Supremo Tribunal Federal tem adotado papel decisivo entre as litigâncias políticas, exemplo disso, constata-se na tentativa de deputados em obstar a substituição de membros da Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados, próximo à votação do relatório do deputado Sergio Zveiter do partido político PMDB, em oposição ao seguimento da denúncia do Procurador Geral da República, Rodrigo Janot apresentada em 26 de junho de 2017, contra o Presidente Temer do partido político PMDB por corrupção passiva. A situação foi levada a maior instância do poder judiciário pelos deputados de oposição, a Suprema Corte omitiu-se em discutir o mérito, alegando trata-se de assunto de interna *corporis*, a omissão ou intervenção do Supremo tem determinado os caminhos das disputas políticas no país.

Somando a isso, pode-se afirmar que a participação do poder judiciário em questões que caberiam a outros poderes tem sido cada vez mais expressiva, e evidenciadas no enredo das disputadas políticas, a Corte Suprema tem respondido ativamente quando provocada e criado profundas modificações nas estruturas políticas do país, nos dias 12 e 13 de outubro de 2015,

foi concedido pelos ministros do STF, Rosa Weber e Teori Zavascki, medida cautelar nos MS 33.837, 33.838 e na Reclamação 22.124, com cordão de suspender o rito de *impeachment* iniciado, após recebimento da denúncia pela Câmara dos Deputados, presidida por Eduardo Cunha do partido político PMDB. O ministro Teori Zavascki, questionou a maneira e a forma como as matérias foram encaradas, sendo por decisão individual do presidente da Câmara dos deputados, Eduardo Cunha em resposta a questão de ordem (ZAVASCKI, 2015, p. 3), já a ministra Rosa Weber destacou respeito à independência e autonomia dos Poderes, e os assuntos políticos internos, entretanto o caso para a ministra era particular, considerando os atos praticados como controvertidos em toda sua extensão e contrários a Constituição (WEBER, 2015, p. 4), em sede da Reclamação, a ministra conferiu na liminar efeito suspensivo a decisão atacada, até que a Reclamação fosse julgada (WEBER, 2015, p. 6).

Já em sede de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 378 implantada pelo Partido Comunista do Brasil (PCdoB), em dezembro de 2015, o Plenário por decisão unânime de seus representantes e desfecho de seu relator indeferiu as preliminares e deu conhecimento a ação. O ministro relator, Edson Fachin, suspendeu liminarmente a formação e instalação do processo especial do *impeachment*, na ocasião, o plenário transformou o julgamento de decisão monocrática em de mérito, julgando desta forma parcialmente procedente a ação, esboçando-se o ritmo de *impeachment* que deveria ser executado pela Câmara dos Deputados, entre os pedidos indeferidos está à alegação de impedimento ou suspeição do presidente da Câmara dos Deputados, Eduardo Cunha para o ato de recebimento da denúncia de *impeachment* (FACHIN, 2015, pp. 96 e 97).

Em 18 de março de 2016, o ministro Gilmar Mendes com legitimidade nos Mandados de Seguranças 34.070 e 34.071, concedeu medida suspensiva à eficácia da posse do ex-presidente da República, Luiz Inácio Lula da Silva para o cargo de Ministro Chefe da Casa Civil, nomeado por ato de competência privativa do Poder Executivo, foi alegado pelo Ministro na fundamentação, que a medida de nomeação possuía vícios nos elementos objetivos e subjetivos do desvio de finalidade, não merecendo prosseguimento, já que para o ministro tratava-se de uma estratégia política aspirando à objeção do cumprimento de prisão expelido por juiz de primeira instância, caracterizando-se dessa forma, como um “salvo conduto” realizado pela própria Presidente da República (MENDES, 2016, pp. 33 e 34).

Em 04 de abril de 2016, o ministro Marcos Aurélio com base nas operações orçamentárias não previstas na legislação, concedeu mandado de segurança que permitiu o andamento de denúncia e a formação de Comissão Especial para averiguar o *impeachment* ostentado em contraposição ao vice-presidente da República, Michel Temer

(PMDB), a decisão possibilitou o afastamento dos efeitos do ato impugnado ensejando seguimento ao pleito (AURÉLIO, 2016, p. 7).

4.2. Supremo Tribunal Federal e os direitos fundamentais

Outrossim, o Supremo Tribunal Federal tem se manifestado para atender as demandas sociais, a necessidade de intervenção é perceptível diante da postura omissa dos políticos em se pronunciarem efetivamente sob temas de grande repercussão, membros dos poderes eleitos através do sufrágio universal deixam de exercer suas competências como estratégia para preservar os seus eleitores, ocorre uma transferência voluntária de poder para o Poder Judiciário. Quando o fenômeno não ocorre de forma subsidiária, inconsciente e involuntária, causa profundas modificações na democracia, ferindo a harmonia entre os poderes, pois a voluntariedade dessa transferência fere legalidade e inevitabilidade do fenômeno.

Diante da ausência de legislação específica e das acentuadas discursões sobre a (im)possibilidade de aborto de feto anencefálico, que por haver grande discrepância da população obstruía-se uma regulação legal que trouxesse fim a contenda, através da ADPF-54 o STF se pronunciou sobre o tema, exercendo as vezes de legislador. Na ocasião a Suprema Corte decidiu pela a despenalização do aborto de fetos com anencefalia com esteio na tutela dos direitos fundamentais inerentes a vida, ressaltasse o voto contrário do ministro Ricardo Lewandowski, o qual advogou no sentido de não caber ao judiciário decidir o mérito da questão, logo que estaria legislando, frisou ainda, que os parlamentares, embora já tivessem tido tempo hábil para legislar sobre o problema jurídico, não o estabeleceram (LEWANDOWSKI, 2012, p. 6), lembrando que quando a lei possui clareza, afasta-se as lacunas para interpretações (2012, p. 10), ainda segundo o ministro o Supremo Tribunal tem competência apenas como legislador negativo, não podendo inovar nas hipóteses legais (2012, p. 12), neste sentido a criação de novas permissões para o aborto devem ser criadas por lei devidamente aprovadas pelos representantes do povo, representados pelo Parlamento, regulando-se dessa forma todas as particularidades do tema (2012, p. 17).

Já a discussão sobre a descriminalização do porte de drogas chegou ao STF, através do Recurso Extraordinário (RE) 635.659/SP, apesar de o Plenário iniciar a apreciação do tema, o processo foi prejudicado com a morte do ministro Teori Zavascki, sendo interrompido, já que aguardava um pedido de vista do ministro. Em voto, o ministro Luís Roberto Barroso, segue a favor da despenalização da conduta, militando pela proteção dos direitos da privacidade e da autonomia individual que julga serem violados (BARROSO, 2015, 635.659/SP, pp. 7-8), segundo ministro a penalidade fere ainda o princípio da proporcionalidade (2015, p. 9). Em

pronunciamento, no dia 01 de fevereiro de 2017, durante sessão do STF, o ministro ressalta que não pertence ao judiciário à decisão de legalização das drogas, sendo esta competência do Poder Legislativo representado pelo Congresso Nacional, entretanto o ministro pontua que os parlamentares devem se afastar de seus preconceitos para então se pronunciarem sobre o tema. Neste sentido, o ministro defende que a questão depende de legislação, mas na mesma ocasião, ratifica seu ponto de vista, que vai a encontro à despenalização.⁵ Em 4 de fevereiro de 2017, em entrevista ao O GLOBO, o ministro assume um posicionamento defensivo contra as críticas que a Suprema Corte estaria legislando sobre a despenalização da maconha, ressaltando que as políticas públicas de drogas devem decorrer do Congresso Nacional, estando os ministro do STF apenas aferindo uma interpretação, por meio do mandamento constitucional, evidenciado na liberdade individual (BARROSO, 2017).

Afere-se que o Poder Judiciário ao exercer competência do Legislativo ou Executivo, alega legitimidade constitucional na guarda da Constituição Federal e tutela de direitos fundamentais, a transferência de poder, nessas ocasiões, tem retirados os entraves que obstruíam a eficácia de direitos fundamentais, sobretudo, gera mutações ao sistema democrático, uma vez que muda expressivamente a forma de participação da população.

Conclusão

Evidencia-se, portanto, que a judicialização da política no Brasil pode efetivar a plenitude dos misteres constitucionais do STF, bem como conferir nova capitulação à eficácia e tutela dos direitos fundamentais, sempre com esteio em casos excepcionais. A transferência e intromissão do Judiciário na decisão de seara dos outros poderes, quando emanada de motivos vicariantes macula o fenômeno, deixando vergastadas as decisões tomadas. Dessa forma, constata-se que o STF tem papel mister na proteção dos direitos fundamentais, devendo atuar mesmo na omissão ou ineficácia legislativa e executiva para assegurar esses direitos, assim, classes com menor representatividade política ou culturalmente exposta a violação de direitos fundamentais têm sido beneficiadas com atuação judiciária.

A participação do STF, provocada principalmente por suas competências recursais, para resolver conflitos políticos, deve limita-se a legalidade constitucional dos procedimentos executados pelo Poder Legislativo e Executivo, pois sua intervenção ou omissão se realizada de forma estratégica, fere as diretrizes da democracia, já que diminui de forma intencional a representatividade popular e transfere poderes políticos entre membros eleitos através do

⁵ Posição do ministro Luis Roberto Barroso durante sessão do STF realizada no dia 01 de fevereiro de 2017.

sufrágio universal, uma vez que tem sido decisiva na vitória ou derrota nesses conflitos de interesses. O fenômeno estudado provoca mutações à democracia brasileira, visto que o Poder Judiciário é formado por representantes não eleitos pelo povo e tem tomado cada vez mais decisões que cabem a cargos a cujos representantes foram eleitos pelo povo, desviando-se a representatividade necessária à democracia, entretanto o atual panorama do país não teria alternativas para lidar com as ineficácias legislativas, a expressiva crise política e inoperabilidade na execução de políticas públicas.

Os efeitos do fenômeno podem ser evidenciados pela dualidade, positiva ou negativa; sendo elemento caracterizador decisivo, a necessidade da intervenção judicial nos direitos ora olvidados. Ainda que sobre aparente régia constitucional as decisões provocadas por astúcia ou malícia, ferem a legitimidade do pronunciamento judicial e inibem a flagrante violação a separação dos poderes do Estado.

Atuação do STF em questões conflitantes com a Constituição é inevitável, velando pelo Princípio da Supremacia da Constituição, aduz-se que o órgão com competência de guardião intervenha, tendo este poderes para assegurar a efetividade constitucional, não se falando em violação à separação dos poderes, se a atuação tem por objeto a própria defesa da Constituição. A participação do STF no fenômeno produz um efeito desbloqueador à medida que catalisa as ações das políticas públicas.

Uma vez que a atuação do Judiciário ilumine a aplicação da lei, de forma residual e inexorável, em prol dos direitos sedimentados, cria-se uma maior perfectibilização da aplicação da norma, ficando-lhe adstrito a atuar em casos que aproxime a correspondência do sistema normativo à realidade, podendo-se afastar até mesmo a normatividade da Constituição, a intervenção nesses casos não pode ser definida como excrescência. O fenômeno causa mutações à democracia, uma vez que a intervenção judicial transfere poderes entre as classes sociais, dando maior poder político à parte da população que possui menor representatividade, tendo-se como fundamento a tutela de direitos constitucionais e a efetivação dessas prerrogativas. A intervenção judicial dá luz à própria existência do direito que é a sua concretização, diminuindo as distâncias entre o texto legal e a realidade social do país. Embora não de forma absoluta, mas a sociedade brasileira deve acreditar na veracidade da atuação do Poder Judiciário, já que pelas próprias competências constitucionais o Poder Judiciário tem atualmente maior chance de sucesso na resolução de certos entraves à democracia e aos direitos fundamentais.

Outrossim, quando os demais poderes tenham olvidado as esferas constitucionais, é categórico ao STF confirmar sua posição de guardião da Constituição, acondicionando-se a sua

conservação. Vigora-se a flexibilidade e não fossilização das decisões dos três poderes, aceitando o processo de judicialização à medida que se admite a mitigação do aludido princípio da separação dos poderes, não em casos de usurpação de uma decisão, mas com função de intermédio e de suporte, tendo caráter sanatório ao passo que atribui efeito inexorável a normas e princípios já existentes e que possuem vícios na adaptação legislativa a interpretação da norma, na fiscalização de sua aplicabilidade ou em sua execução.

Referências

BARBOSA, Claudia Maria. **Reflexões para um judiciário sócio ambientalmente responsável**. Revista da Faculdade de Direito. UFPR, Curitiba, n. 48, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **Barroso defende legalização da maconha e da cocaína contra crise penitenciária**. 2 fevereiro 2017. O GLOBO. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/barroso-defende-legalizacao-da-maconha-da-cocaina-contracrise-penitenciaria-20858339>>. Acesso em 30 de out 2017.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Faculdade de Direito de Franca, São Paulo, 22 de dezembro de 2008. Disponível em <http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf>. Acesso em: 29/04/2017.

BARROSO, Luís Roberto. **'Minha principal escolha é diminuir o poder do tráfico', diz ministro do STF**. 4 fevereiro 2017. O GLOBO. Entrevista concedida a Carolina Brígido e Francisco Leali. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/sociedade/minha-principal-escolha-diminuir-poder-do-trafico-diz-ministro-do-stf-20872440>. Acesso em 30 de out 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54, Distrito Federal. Min. Rel. Marco Aurélio. **Pesquisa de Jurisprudência**. Arcórdãos, 10 de abril 2012. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/voto-lewandowski-feto-ancefalo.pdf>>. Acesso em 23 de out 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança 34.087- Distrito Federal. Min. Rel. Marco Aurélio. **Pesquisa de Jurisprudência**. Arcórdãos, 17 de abril de 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/marco-aurelio-manda-pedido-impeachment.pdf>>. Acesso em 18 de out 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Mandado de Segurança 34.070- Distrito Federal. Min. Rel. Gilmar Mendes. **Pesquisa de Jurisprudência**. Arcórdãos, 18 março 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ms34070.pdf>>. Acesso em 18 de out 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Mandado de Segurança 33.838- Distrito Federal. Min. Rel. Rosa weber. **Pesquisa de Jurisprudência**. Arcórdãos, 13 outubro 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/ms-33838-suspensao-atos-eduardo-cunha.pdf>>. Acesso em 18 de out 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Mandado de Segurança 33.837- Distrito Federal. Min. Rel. Teori Zavascki. **Pesquisa de Jurisprudência**. Arcórdãos, 12 outubro 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/decisao-zavascki-wadih.pdf>>. Acesso em 18 de out 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 378- Distrito Federal. Min. Rel. Edson Fachin. **Pesquisa de**

Jurisprudência. Arcórdãos, 17 dezembro 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF378relator.pdf>>. Acesso em 18 de out 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Reclamação 22.124-Distrito Federal. Min. Rel. Rosa weber. **Pesquisa de Jurisprudência.** Arcórdãos, 13 outubro 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RCL22124.pdf>>. Acesso em 18 de out 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 635.659. Rel. Min. Gilmar Mendes. **Pesquisa de Jurisprudência,** Arcórdãos, 22 outubro 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/leia-annotacoes-ministro-barroso-voto.pdf>>. Acesso em 29 de out 2017.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial.** São Paulo: Max Limonad, 2002.

CASTRO. Marcos Faro de. **O Supremo Tribunal Federal e a Judicialização Política.** XX , Caxambu, 1990. Disponível em: <http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_34/rbcs34_09.htm>. Acesso em: 30/04/2017.

Cf. HIRSCHL, Ran. **Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism.** Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2004. SWEET, Alec Stone. **Governing with judges: constitutional politics in Europe.** New York: Oxford University Press, 2000.

CITTADINO, G. **Poder Judiciário, ativismo judiciário e democracia.** Revista Alceu, Rio de Janeiro, v. 5, n. 9, 2004.

DWORKIN, Ronald. **O império do Direito.** Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

LEAL, Rogério Gesta. **Teoria do Estado: cidadania e poder político na modernidade.** 2. Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

STRECK, Lenio Luiz. **O Rubicão e os quatro ovos do condor: de novo, o que é ativismo?** Consultor Jurídico, São Paulo, 07 de janeiro de 2016. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2016-jan-07/senso-incomum-rubicao-quatro-ovos-condor-ativismo>>. Acesso em: 29/04/2017.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do Judiciário.** Porto Alegre: Liv. Advogado, 2013.

VALLINDER, Torbjörn. When the Courts Go Marching, In: Neal Tate e Torbjörn. Vallinder, T. (orgs.), **In: The global expansion of judicial power,** New York, New York University Press, 1995.

VIANNA, Luis Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende; MELO, Manuel Palácios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumman. **A Judicialização da Política e as relações sociais no Brasil.** Rio de Janeiro: Revan, 1999.

À FAVOR DA HUMANIZAÇÃO E CONTRA A XENOFOBIA – AS PROPOSTAS E OS IMPACTOS DA NOVA LEI DE MIGRAÇÃO

Rebeca Sales Araújo¹
Prof. Msc. Marco Aurélio Freire²

Resumo

Em 2013 foi proposto o Projeto de Lei do Senado (PLS 288/2013), com o objetivo de substituir o já defasado Estatuto do Estrangeiro (1980), de caráter nacionalista exacerbado. Havendo a sanção no dia 24 de maio de 2017, nasceu a Lei de Migração (Lei nº 13.445). Esta é a maior prova de que o Brasil, diante das posturas hostis dos demais países, principalmente Estados Unidos e países da Europa, vem caminhando em sentido contrário. O objetivo deste trabalho é investigar as alterações feitas pela Lei de Migração, os possíveis desafios que enfrentará e os impactos na sociedade bem como esta a acolheu, em especial a partir da análise de discurso na rede social *Twitter*. Também visa o estudo do vínculo entre esta lei e a Constituição Federal, exatamente pelo fato de que alguns dos direitos básicos e princípios desta estarem presentes na nova lei. Mas o princípio de maior relevância é o princípio da igualdade – fundamento da norma abordada -, presente no *caput* do artigo 5º da Lei Maior. Portanto, trata-se de uma lei avançada e que põe o Brasil em posição de vanguarda por visar o combate ao preconceito contra o imigrante e prever garantias aos direitos humanos dos mesmos. Contudo, ao longo da trajetória de projeto de lei até se tornar lei de fato, a Lei de Migração foi alvo de duras críticas nas redes sociais, no âmbito jornalístico e até político. Para este trabalho, o método de pesquisa adotado é o dogmático quanto à pesquisa em doutrinadores e qualitativo a partir da análise hermenêutica do texto da Lei de Migração e da análise de dados e relatos trazidos pelos noticiários sobre esta temática. O resultado obtido foi a constatação do caráter humanitarista desta legislação e, em contrapartida, da visão retrógrada e da informação equivocada de boa parte da sociedade. A conclusão é que a investida feita pela Lei de Migração é de grande importância para uma política educativa contra a xenofobia e fazer crescer o sentimento de empatia, principalmente ao grupo de imigrantes vulneráveis. Porém se deve informar melhor à população a fim de superar pensamentos equivocados.

Palavras-chave: Lei de Migração, Direitos Humanos, Inclusão

Introdução

Migração é um ato o qual um indivíduo se desloca de seu Estado para se estabelecer em outro, seja permanente ou temporariamente. Trata-se do direito de locomoção no plano internacional e que possui previsão na Declaração Universal dos Direitos Humanos em seu artigo 13, inciso II - “Todo ser humano tem o direito de deixar qualquer país, inclusive o próprio e a esse regressar” (ISHIKIRIYAMA, 2005, p. 7). Esse fenômeno tem se intensificado devido à globalização e às facilidades de locomoção trazidas pela modernidade. Igualmente tem sido

1 Graduanda em Direito na Asces-Unita.

2 Mestre em Direitos Humanos pela UFPE; especialista em Direito Constitucional; e professor da Asces-Unita. Orientador do Artigo.

muito debatida em todo o mundo devido ao alto fluxo migratórios aos Estados Unidos e países europeus.

Fluxo migratório abarca a oposição de dois princípios: o princípio da soberania do Estado *versus* o princípio da igualdade, levando à reflexão o poder do Estado em restringir a entrada de imigrantes e em contrapartida o seu lado humanista. Trata-se de um ponto de conexão ponto de conexão entre o direito internacional e o direito interno de um Estado.

Esse debate atravessou as fronteiras do Brasil desde o início deste século, quando começou a ser questionada a política migratória e sua legislação desatualizada, o Estatuto do Estrangeiro de 1980. Dessa forma, foi feita a proposta de uma nova lei, a Lei nº13.445/2017, mais conhecida como Lei de Migração, sancionada no dia 24 de maio de 2017. Esta lei é futurística e põe o Brasil em posição de vanguarda no âmbito internacional, porém vem sofrendo duras críticas provindas de pensamento retrógrados.

A partir deste embate surgiu o interesse em produzir este trabalho, com o objetivo de analisar as propostas e mudanças trazidas pela nova Lei de Migração com enfoque na garantia dos direitos humanos, através do estudo do texto do Estatuto do Estrangeiro e da Lei de Migração, bem como sua relação com a Constituição Federal; avaliação da receptividade dada à nova Lei de Migração através do estudo da reação mostrada nas redes sociais, em especial o *Twitter*; e identificação dos benefícios e os possíveis desafios que a Lei de Migração enfrentará.

Para tanto, o método adotado é o qualitativo a partir na análise hermenêutica do texto da Lei de Migração, do Estatuto do Estrangeiro e da análise de doutrinas, dados e relatos trazidos pelos noticiários sobre esta temática. Este trabalho aborda em sua primeira sessão a história da migração no Brasil, desde o seu descobrimento. No seguinte é feita a comparação dos textos do Estatuto do Estrangeiro e a Lei de Migração, que vai substituí-lo. A reação da sociedade sobre isso é relatada na terceira sessão. E na última são apresentados os argumentos e benefícios relacionados a nova Lei de Migração.

1. Fluxo migratório do Brasil desde o seu descobrimento

O fenômeno da Imigração está presente na história do Brasil desde o seu descobrimento. Os portugueses, em 1500, foram o primeiro povo a se instalar em nosso país. Se criou o Governo-geral (1549) e a divisão das terras brasileiras em capitanias hereditárias exatamente com o intuito de estimular a imigração, o que teve êxito. Muitos portugueses foram incentivados a começar uma nova vida nestas terras. Grande parte deles eram de famílias de

classe alta. No entanto, ainda não chegou a ser uma quantidade expressiva, já que a população de Portugal era muito pequena se comparar com a extensão territorial do Brasil.

Para trabalhar na exploração, com o argumento de não haver mão-de-obra suficiente, foi usado trabalho escravo, sendo a etnia negra a segunda a chegar, a princípio embarcando na Bahia. Ao todo 1.736.308 negros foram trazidos até o Brasil, somente por esse estado, segundo os dados disponibilizados no site *Slave Voyages*.

Depois da abertura dos portos brasileiros, em 1808, se iniciaram os primeiros fluxos migratórios não-portugueses e não-africanos de maneira organizada, tais como de ingleses, alemães e suíços. Laurentino Gomes comenta em seu livro:

O Brasil que por três séculos tinha sido uma terra misteriosa e proibida para os estrangeiros, agora se abria ao mundo. Seus portos, até então restritos aos navios de Portugal — e só de Portugal — estavam, finalmente, autorizados a receber embarcações de outros países. (...) Em 1808 entraram no porto do Rio de Janeiro noventa navios estrangeiros, o que correspondia a 10% do total. Os outros 90% eram embarcações portuguesas. Dois anos depois, o número de navios estrangeiros tinha aumentado cinco vezes, para 422, quase todos ingleses, enquanto os portugueses haviam diminuído. (GOMES, 2007, p. 203 e 209)

O tráfico negreiro no Brasil se prolongou até o século XIX, trazendo 4,8 milhões de africanos escravizados, como afirma Luiz Felipe de Alencastro, historiador e professor da Sorbonne e da Fundação Getúlio Vargas (ALENCASTRO, 2013). Somente em 1850, com a Lei Eusébio de Queiróis, foi proibido o tráfico de escravos ao Brasil.

Se iniciou a busca de substituição da mão-de-obra do escravo negro. Foram instaurados muitos sistemas de parceria para incentivar a vinda de estrangeiros. Esse período coincidiu com as guerras pelas unificações alemã e italiana e com a segunda Revolução Industrial, o que fez com que os europeus buscassem lugares que lhe oferecessem maior segurança e emprego, já que com a maquinização das indústrias muitos foram demitidos. Assim, muitos migraram ao Brasil. Também imigraram muitos japoneses e chineses devido a legislações feitas pelo governo brasileiro exatamente com este propósito. Algumas delas foram a Lei nº 97 de 1892 e o Tratado de Amizade, Comércio e Navegação de 1895.

Somente na época do governo de Getúlio Vargas (1930-1945) o Brasil veio a tomar pela primeira vez uma postura de restrição aos estrangeiros. Nacionalista e populista, esse governo difundiu a ideia do Brasil como uma nação branca e civilizada, surgindo muitos discursos racistas. O plano étnico-político tinha como objetivo o branqueamento da sociedade brasileira, que seria atingido com o incentivo à imigração apenas de europeus², com o discurso de que eles eram culturalmente superiores.

Também houve fatores externos que dificultaram a entrada de imigrantes no país, tais como a Segunda Guerra Mundial e as facilidades criadas posteriormente de deslocamento

dentro dos países europeus (criação do Mercado Comum Europeu, a posterior União Europeia). A década de 1950, mais precisamente durante o governo de Juscelino Kubitschek (1956-1960), foi a de maior imigração do século, com saldo positivo de 3,4% de entrada de imigrantes. Isso se deve ao fato de ter sido o período de grande desenvolvimento industrial para o Brasil, tornando-o bastante atrativo para os estrangeiros (MARCOSBAU, 2012).

No período da Ditadura Militar (1964-1985) a entrada de imigrantes se tornou ainda mais restrita, devido ao nacionalismo extremo. A média de imigrantes que chegavam era em torno de apenas 1% (MARCOSBAU, 2012). Em 1980 foi promulgada a Lei nº 6.815, mais conhecida como Estatuto do Estrangeiro, de grande relevância para a temática trazida neste trabalho e que é válida até os dias de hoje. Esta lei regula a entrada de imigrantes no país, abordando temas pontuais, colocando a segurança nacional acima de tudo e trazendo uma visão do estrangeiro como uma ameaça.

Ainda na década de 1980 se apresentou o fenômeno de inversão de migração, isto é, a partir desta década o número de pessoas que saíam do país era maior do que o daqueles estrangeiros que chegavam. Somente entre essa década e a de 1990 o Brasil perdeu aproximadamente 1,8 milhão de pessoas, uma quantidade expressiva que equivalia a 1,6% da população nesta época. Em 2000 o fenômeno teve continuidade: quase 2 milhões de emigrantes. Nos anos seguintes esse número quase dobrou: as estimativas feitas por Itamaraty chegam ao número de 3,7 milhões de brasileiros morando no exterior no ano de 2008 (BRZOZOWSKI, 2012, p. 2-3).

Apesar deste saldo negativo, prosseguiu o fluxo de imigrantes, em especial os provenientes de outros países da América Latina. Um caso em especial é o ocorrido com o Haiti. Ele é um dos países mais pobres do mundo e em 2010 foi atingido por um terremoto que impactou quase um terço da população. Diante desta catástrofe e da dificuldade que o país enfrenta para se reestruturar, muitos haitianos optaram por deixar o país, sendo o Brasil o um dos mais procurados. Um saldo de 59.750 haitianos atravessaram nossas fronteiras (FGV/DAPP, 2017). Em 2012 foi feita a Resolução Normativa nº97, que dispõe a concessão de visto permanente a haitianos por razões humanitárias (BRASIL, Resolução Normativa nº97, 2012).

Igual tratamento humanitário tem sido feito com relação aos venezuelanos que chegam aqui devido à forte crise político-econômica que seu país tem passado.

Apenas em 2017 a Venezuela viu 52 mil de seus mais de 30 milhões de habitantes pedir refúgio em outras nações. Destes, 12.960 fugiram da grave situação de miséria e perseguição política buscando abrigo no Brasil e estima-se que quase 30 mil estão em situação irregular no nosso país, segundo dados publicados na semana passada pela Acnur, Agência da ONU para Refugiados (CREVILARE, 2017)

Apesar de aparentemente a entrada de imigrantes ser em grande quantidade, a proporção de estrangeiros no país é muito baixa e ainda seguimos com o saldo migratório internacional negativo.

2. Análise do texto da Lei de Migração e do Estatuto do Estrangeiro

Em 19 de agosto de 1980 foi instituída a Lei nº 6.815, mais conhecida como Estatuto do Estrangeiro. Como o próprio nome já permite presumir, esse estatuto tem o intuito de regulamentar a situação jurídica do estrangeiro no Brasil, seja ele turista, seja ele morador. Essa norma aborda várias questões pontuais de imigração e extradição, como os tipos de vistos, naturalização, deportação e expulsão, se preocupando mais com questões procedimentais. Ela também criou o Conselho Nacional Brasileiro de Imigração, responsável por gerenciar sobre a imigração no nosso território.

Como se pode notar pela data, esse estatuto surgiu durante a Ditadura Militar, o que explica o seu caráter nacionalista extremado e a visão do estrangeiro como uma ameaça. Já no artigo 1º isso fica exposto, quando, além de sujeitar a entrada de estrangeiros às regras do estatuto, a condiciona aos “interesses nacionais”: “Art. 1º. Em tempo de paz, qualquer estrangeiro poderá, satisfeitas as condições desta Lei, entrar e permanecer no Brasil e dele sair, resguardados os interesses nacionais”(BRASIL, Lei nº 6.815, 1980).

Proferindo sobre o visto, o artigo 3º também menciona os interesses nacionais: “Art. 3º. A concessão do visto, a sua prorrogação ou transformação ficarão sempre condicionadas aos interesses nacionais”. E no artigo 2º, além de dar primazia às preocupações do país, menciona a proteção do trabalhador nacional como justificativa para a postura desse estatuto: “Art. 2º Na aplicação desta Lei atender-se-á precipuamente à segurança nacional, à organização institucional, aos interesses políticos, sócio-econômicos e culturais do Brasil, bem assim à defesa do trabalhador nacional” (BRASIL, Lei nº 6.815, 1980).

Um outro aspecto muito curioso é que no Título X, que fala dos direitos e deveres do estrangeiro, em seu texto original, na verdade aborda mais os deveres, estando presente em quase todos os artigos elementos de condição. Somente o artigo 117 trata de verdade de um direito ao estrangeiro:

Art . 117 - É lícito aos estrangeiros associarem-se para fins culturais, religiosos, recreativos, beneficentes ou de assistência, filiarem-se a clubes sociais e desportivos, e a quaisquer outras entidades com iguais fins, bem como participarem de reunião comemorativa de datas nacionais ou acontecimentos de significação patriótica (BRASIL, Lei nº 6.815, 1980).

Porém, se trata de um direito que não é tão importante quanto o direito à educação ou à saúde, por exemplo, que sequer são mencionados no estatuto. No ano seguinte à sua criação o estatuto recebeu alterações pela Lei nº 6.964, que adicionou o artigo 95, que declara que “O estrangeiro residente no Brasil goza de todos os direitos reconhecidos aos brasileiros, nos termos da Constituição e das leis” (BRASIL, Lei nº 6.964, 1981).

Não se pode deixar de reconhecer o avanço que foi a adição deste artigo, no entanto há dois pontos que devem ser levados em consideração: o primeiro é que este artigo é muito genérico, seria necessário tratar de maneira mais clara sobre tais direitos dos estrangeiros. O segundo ponto é que a Constituição vigente à época era a de 1967 - emendada em 1969 -, que não aborda direitos que estão presentes na Constituição atual - como o direito à alimentação e à previdência social -, que podem precisar de uma abordagem especial para que sejam exercidos pelos estrangeiros, o que ratifica a necessidade de clareza no rol de direitos para estas minorias.

Além do mais, esse estatuto não trouxe nenhuma política de adaptação do imigrante à sua nova realidade no Brasil, o que faz muita falta já que para fazer parte de uma nação não basta estar dentro de seu território. Tem também os aspectos sociais e culturais, com os quais o estrangeiro tem que lidar todos os dias. Por essa deficiência da lei, o estrangeiro fica à margem da sociedade.

Por essas falhas do Estatuto do Estrangeiro e por demais motivos que serão abordados ao longo deste trabalho, se viu a necessidade de criar uma nova lei. Então foi criado o Projeto de Lei do Senado (PLS 288/2013), proposto pelo senador licenciado Aloysio Nunes Ferreira (PSDB-SP). Em 2015 a lei foi aprovada pelo Senado e encaminhada à Câmara dos Deputados, retornando em dezembro de 2016 para a análise do Senado, que em abril de 2017 a aprovou. Por fim, em 24 de maio de 2017 ela foi sancionada pelo presidente, com alguns vetos, porém isso não alterou a sua natureza humanista.

A nova Lei de Migração tem a proposta de enveredar-se pelo caminho dos direitos humanos, uma postura de repúdio à discriminação e o objetivo de garantir um tratamento verdadeiramente igualitário. Na Seção II são relatados os princípios e garantias que regem o novo posicionamento do país sobre a migração, bastante futurístico. Alguns de seus incisos merecem ser citados:

- Art. 3º A política migratória brasileira rege-se pelos seguintes princípios e diretrizes:
- I – universalidade, indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos;
 - II – repúdio e prevenção à xenofobia, ao racismo e a quaisquer formas de discriminação;
 - III – não criminalização da migração;
 - IV – não discriminação em razão dos critérios ou dos procedimentos pelos quais a pessoa foi admitida em território nacional;

V – promoção de entrada regular e de regularização documental;
VI – acolhida humanitária;
VII – desenvolvimento econômico, turístico, social, cultural, esportivo, científico e tecnológico do Brasil;
(...)
(BRASIL, Lei nº 13.445, 2017)

Neste artigo também se estabelecem diretrizes para criação de políticas de inclusão, e também menciona a garantia a acesso a serviços, programas e benefícios sociais, e a promoção e difusão de direitos do migrante, isto é, não somente do imigrante, mas também do brasileiro no exterior. Assim, essa lei possui uma maior abrangência sobre a temática, uma vez que oferece também suporte a brasileiros que vão para fora do país, como mostra o inciso XIX do artigo 3º: “proteção ao brasileiro no exterior”(BRASIL, Lei nº 13.445, 2017).

No seu artigo 4º a Lei de Migração relata os direitos individuais presentes na Constituição Federal pertencentes também ao imigrante, tais como direitos e liberdades civis, sociais, culturais e econômicos; direito à liberdade de circulação em território nacional; direito à educação pública; direito de acesso à informação e garantia de confidencialidade quanto aos seus dados pessoais. Agora também lhe é autorizado fazer parte de associações, inclusive sindical (BRASIL, Lei nº 13.445, 2017). A lei atualiza questões sobre o pedido de asilo, separou uma seção para a proteção de pessoas apátridas, além de prever um procedimento sumário de regularização para aquelas pessoas em situações graves (VEJA, 2017).

É necessário lembrar que, ao mesmo tempo em que esse regulamento alude a uma série de benefícios ao imigrante, ele tem como um dos seus princípios fundamentais o tratamento igualitário entre estrangeiros e brasileiros, não dando àqueles mais direitos que a estes: “Art. 4º. Ao migrante é garantida no território nacional, em condição de igualdade com os nacionais, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade: (...)”(BRASIL, Lei nº 13.445, 2017). Os benefícios que lhes são concedidos são exatamente para promover esse nivelamento.

Também é importante mencionar que continuam regulamentadas questões relevantes para a segurança nacional, como por exemplo a fiscalização das fronteiras e os institutos da deportação e expulsão. Esta nova Lei de Migração apresenta, assim, um ponto de equilíbrio entre os direitos humanos dos estrangeiros e a proteção do país e de seus nacionais.

3. Promulgação da Lei de Migração e reação da sociedade

O povo brasileiro é tido como muito receptivo e livre de preconceitos. Infelizmente, a fama não condiz com a realidade. Em toda a trajetória de formação desta lei boa parte da população tem se manifestado contrária a ela. No senado, durante o procedimento, a Lei de Migração foi muito criticada por senadores como Ronaldo Caiado (DEM-MG) e Magno Malta (PR-ES). Os deputados Jair Bolsonaro (PSC-RJ), Eduardo Bolsonaro (PSC-SP) e Marco Feliciano (PSC-SP) também deram suas opiniões contrárias a esta lei (FGV/DAPP, 2017, p.5). Também houve dois protestos, nos dias 2 e 16 de maio, mês seguinte à aprovação da lei pelo Senado. Várias pessoas se uniram na Avenida Paulista, em São Paulo, para protestar contra a lei e exigir que o presidente Temer a vetasse.

As redes sociais se encheram de discursos de ódio. A Fundação Getúlio Vargas disponibilizou dados pertinentes sobre como foi a discussão sobre a temática no *Twitter*: Foram “60,5 mil *tweets* sobre o tema entre 17 de abril e 25 de maio de 2017, período entre a aprovação de lei pelo Senado e sua sanção presidencial” (FGV/DAPP, 2017, p. 1). E as *hashtags* mais usadas foram #vetatemer (22,6 mil), #migraoaoveta (1,9 mil), #migraoaonao (1,3 mil) e #vetamigraoaotemer (1,3 mil) (FGV/DAPP, 2017, p. 4).

A grande maioria com discurso preconceituosos e xenofóbicos, e de uma maneira muito coesa, enquanto os grupos a favor não, e apenas contestavam os argumentos feitos pelos contrários. A *hashtag* #Migrarédireito, que foi a mais empregada entre os grupos de apoio aos migrantes, não chegou a ser uma das mais compartilhadas (FGV/DAPP, 2017, p. 4).

Alguns dos argumentos utilizados foram que o Brasil iria escancarar suas portas a estrangeiros e que os imigrantes “roubariam” os empregos dos brasileiros. Chegaram até a mencionarem ameaças terroristas, como se o Brasil fosse um dos principais alvos de tal crime. E uma particularidade interessante é que em diversas vezes essas pessoas falavam em “Lei de Imigração”, o que mostra como são ignorante sobre o tema. A Lei se chama de Migração exatamente por possuir previsões não somente para os imigrantes, mas também para os emigrantes, ou seja, trata também do suporte dado aos brasileiros que vão para o exterior.

A lei também prevê e regulariza a fiscalização nas fronteiras do país, o que contradiz o que foi argumentado sobre a potencial fragilização da segurança nacional causada por essa legislação. Em outros pontos da lei fica clara a proteção do país, como, por exemplo, quando regula o instituto da deportação.

4. Contra-argumentação para a postura preconceituosa diante do imigrante

O doutrinador Jacob Dolinger traz em sua obra o pensamento do britânico Ian Brownlie de que o Estado não é obrigado a aceitar a entrada de imigrantes em seu território, podendo proibi-la ou submetê-la a condições (BROWNLIE, 1976 apud DOLINGER, 2011, p. 90). Hans Kelsen possuía a mesma visão (KELSEN, 1967 apud DOLINGER, 2011, p. 90). Por outro lado, ele cita Oscar Tenório que afirma:

ser necessário que haja uma conciliação entre os interesses dos Estados e os da comunidade internacional. Embora matéria de competência interna, a imigração tem importância universal. Baixaria à degradação bárbara o Estado que proibisse aos seus nacionais, em caráter absoluto, a mudança de domicílio e a transposição das fronteiras em busca de outras plagas. Violaria a solidariedade internacional se proibisse, inteiramente, a entrada de estrangeiro. (OSCAR, 1976 apud DOLINGER 89-90)

Com esta mesma posição, a Convenção de Havana sobre Direitos dos Estrangeiros de 1928, promulgada no Brasil no ano seguinte pelo Decreto nº 18.956, transcreve em seu artigo 1º que “Os Estados têm o direito de estabelecer, por meio de leis, as condições de entrada e residência dos estrangeiros nos seus territórios (HAVANA, 1928)”. Dessa maneira, os Estados signatários da convenção, inclusive o Brasil, estão impedidos de proibir totalmente a entrada de estrangeiros. Este mesmo preceito está presente na Constituição Federal de 1988, no inciso XV do artigo 5º: “É livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens” (BRASIL, Constituição Federal, 1988).

Portanto, é vetado ao Estado impedir a entrada de todo e qualquer imigrante, sendo-lhe autorizado apesar usar da sua discricionariedade para tal. Não bastando a obrigação de ser aceito no novo país para garantir seus direitos, a Convenção de Havana sobre Direitos dos Estrangeiros de 1928 contempla em seu artigo 5º:

Art. 5º. Os Estados devem conceder aos estrangeiros domiciliados ou de passagem em seu território todas as garantias individuais que concedem nos seus próprios nacionais e o gozo dos direitos civis essenciais, sem prejuízo, no que concerne aos estrangeiros, das prescrições legais relativas a extensão e modalidades do exercício dos ditos direitos e garantias. (HAVANA, 1928)

Beat Walter Rechsteiner afirma em uma de suas obras: “A legislação ordinária, restritiva ao estrangeiro, não pode estar em contradição com os seus direitos garantidos pela Constituição do país” (RECHSTEINER, 2012, p. 54). Dessa forma, se vê que o Estatuto do Estrangeiro está desatualizado, porque foi criado antes mesmo da Constituição vigente - esta foi criada em 1988, o Estatuto, em 1890. Justo essa constituição que:

(...) como marco jurídico da institucionalização dos direitos humanos e da transição democrática do País, ineditamente, consagra o primado do respeito aos direitos humanos como paradigma propugnado para a ordem internacional. Esse princípio invoca a abertura da ordem jurídica brasileira ao sistema internacional de proteção dos direitos humanos e, ao mesmo tempo, exige uma nova interpretação de princípios tradicionais como a soberania nacional e a não intervenção, impondo a flexibilização e relativização desses valores. Se para o Estado brasileiro a prevalência dos direitos humanos é princípio a reger o Brasil no cenário internacional, está-se consequentemente admitindo que a concepção de que os direitos humanos constituem tema de legítima preocupação e interesse da comunidade internacional. Os direitos humanos, para a Carta de 1988, surgem como tema global. (PIOVESAN, 2012, p. 78)

Um grande exemplo do caráter garantista da Constituição está no *caput* do artigo 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 (...)”. Tomando como base este artigo, bem como os tratados internacionais supramencionados, se torna claro que não se trata de dar mais direitos aos imigrantes, mas sim reconhecer aqueles que a eles pertencem.

Fazendo uma classificação em linhas gerais, há dois tipos de imigrantes: aquele que é empreendedor/qualificado e aquele que é vulnerável. Para ambos há justificativa para a aceitação de sua entrada no país. Começamos discutindo o caso do empreendedor/qualificado.

A vinda de empreendedores ao Brasil seria muito vantajoso porque eles iriam abrir empresas, o que geraria mais empregos para os trabalhadores brasileiros.

Outro aspecto é que o ministro da Secretaria de Assuntos Estratégicos (SAE) apresentou em 2013 uma informação surpreendente e desconhecida por grande parte da população: o Brasil está precisando de imigrantes qualificados, porque a velocidade do desenvolvimento econômico é maior que a da formação de trabalhadores qualificados aqui, dessa maneira, há vagas de empregos que não existe quem as ocupem. Assim, o país fica parado, sem desenvolver sua produtividade (FRANCO, 2013).

Também de acordo com o ministro, o Brasil possui uma porcentagem de estrangeiros em seu território muito baixa ao afirmar que o “Brasil precisaria ter cinco vezes mais imigrantes para alcançar a média latino-americana, dez vezes mais para alcançar a média mundial e 50 vezes mais, para chegar aos números da América do Norte e Oceania”(FRANCO, 2013).

De acordo com as estatísticas da Polícia Federal, em 2015 havia em torno de 1.847.274 de registros de imigrantes no Brasil (EXAME, 2015), enquanto que os dados do IBGE apontam que neste mesmo ano a população do país se estimava em 204.450.649 de pessoas (IBGE, 2015). O que se conclui que a quantidade de imigrantes no Brasil equivale a apenas 0,9% da população.

Portanto, a presença de imigrantes no território não é notável e a ideia de que os imigrantes tomariam as vagas de emprego dos brasileiros não é bem verdade. E se for usar da “lógica” desse argumento, e acabar com o fluxo migratório do Brasil, tirando os estrangeiros do nosso território, e devendo trazer de volta os nacionais, a competição por emprego seria maior porque, como já dito, há mais brasileiros vivendo no exterior do que imigrantes aqui no país.

Esse discurso de risco ao trabalhador brasileiro é típico de épocas de crise econômica, que é exatamente por isso que o Brasil tem passado. Porém, como já argumentado, não tem fundamento nenhum, muito pelo contrário, na verdade fechar as portas aos imigrantes seria condenar o Brasil a uma inércia em seu desenvolvimento.

O fluxo de estrangeiros capacitados promoveria a produtividade, a inovação, e até o progresso da educação. O ministro da SAE lembra de um exemplo disso na história do país: em 1900, quando a taxa de imigrantes no país chegou a 7,3%, muito da inovação tecnológica e agrícola se desenvolveu por esse motivo (FRANCO, 2013).

O segundo tipo de imigrante é o vulnerável, é dizer, aquele que é refugiado - de fato e não reconhecido -, que vem de países de condições lastimáveis, e que vem ao país de maneira ilegal, já que falta suporte dado pela Estatuto do Estrangeiro. Por esse motivo, não possui acesso a serviços sociais e tampouco possui documentos nacionais, inclusive carteira de trabalho, e tem que se submeter a trabalho em condições análogas à escravidão.

Dessa maneira, o imigrante vulnerável encontra-se totalmente à margem da sociedade, sem nenhuma proteção e à mercê da discriminação. O raciocínio que se faz é: se ele está aceitando estar nestas condições é porque em seu país de origem ele estaria pior. Ele vem de onde não há qualidade de vida e/ou emprego e quando chegam aqui se deparam com condições hostis: sem emprego, sem moradia, sem dinheiro, sem conhecimento do idioma nem orientação.

Segundo Rossana Rocha Reis e Deisy Ventura, uma política migratória restritiva não resolveria a entrada ilegal, muito pelo contrário, causaria o aumento da clandestinidade e o tráfico de pessoas (REIS; VENTURA, 2014). E, como efeito dominó, mais direitos de mais imigrantes seriam infringidos.

A partir desta constatação se entende que isso é uma questão de direitos humanos. É necessário se tomar alguma medida para proteger a integridade dessas pessoas. Se reconhece o princípio da soberania do país, mas ele não pode ser posto como incondicional porque mesmo que os países sejam independentes entre si, existe uma relação de causa e efeito entre eles e, principalmente, existe um dever de proteção ao indivíduo como ser humano, sendo irrelevante sua nacionalidade.

Conclusão

Migração está muito presente na realidade do Brasil desde o seu descobrimento, porém ainda não é tratada de maneira que corresponda com o contexto atual. Com tudo que foi exposto, fica evidente a extrema necessidade de uma nova legislação sobre o assunto, visto que o Estatuto do Estrangeiro está defasado e em desacordo com os tratados internacionais e com a Constituição Federal vigente, em especial com relação ao seu princípio da igualdade. A Lei de Migração dá a devida garantia aos direitos humanos pertencentes ao imigrante, além de dar suporte ao brasileiro que está no exterior e assegurar a proteção nacional.

Essa nova lei ainda está em período de *vacatio legis* de 180 dias, sendo previsto para entrar em vigor em novembro de 2017. Porém já é possível ver o quanto ela será benéfica não somente para o imigrante que se interesse em vir ao Brasil, como também para fazer este se desenvolver, seja no aspecto da economia, seja no aspecto da mentalidade de sua população. O fluxo de estrangeiros promoveria a produtividade, a inovação, e até o progresso da educação, além de fazer crescer o valor de que o diferente é importante e promover a diversidade ética e cultural.

Além disso, o resultado obtido foi a constatação do caráter humanitarista da nova Lei de Migração, e, em contrapartida, da visão retrógrada e da informação equivocada de boa parte da população. Essa é possivelmente a maior dificuldade que ela enfrentará, o que está dentro do esperado. Então essa lei é o primeiro passo para mudar essa mentalidade. O próximo seria informar à população sobre a urgência de uma nova política de migração, esclarecer melhor sobre a nova lei e demonstrar que negar a entrada de imigrantes seria dar as costas à história e essência do país, assim como censurar os direitos humanos inerentes a essas pessoas seria condenar o país ao retrocesso.

Referências

ARANTES, José Tadeu. **O panorama da imigração no Brasil. 2015.** Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/brasil/o-panorama-da-imigracao-no-brasil/>>. Acesso em: 25 de outubro de 2017

BATISTA, Vanessa Oliveira; PARREIRA, Carolina Genovez. **Perspectivas jurídicas da política migratória no Brasil.** Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=c559da2ba967eb82>>. Acesso em: 08 de setembro de 2017

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 24 de outubro de 2017

BRASIL. Decreto nº 18.956 (1929). **Convenção de Havana sobre Direitos dos Estrangeiros.** Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-18956-22-outubro-1929-549004-publicacaooriginal-64267-pe.html>>. Acesso em: 24 de outubro de 2017

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 1 (1969).** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 24 de outubro de 2017

BRASIL. Lei 6.815 (1980). **Estatuto do Estrangeiro.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6815.htm>. Acesso em: 24 de outubro de 2017

BRASIL. Lei 6.964 (1981). **Altera disposições da Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6964.htm>. Acesso em: 24 de outubro de 2017

BRASIL. Lei 13.445 (2017). **Lei de Migração.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13445.htm>. Acesso em: 24 de outubro de 2017

BR-VISA. **Estatuto do Estrangeiro e Lei de Migração: Entenda as Diferenças.** Disponível em: <<http://www.br-visa.com.br/blog/estatuto-do-estrangeiro-e-lei-de-migracao/>>. Acesso em: 23 de outubro de 2017

BRZOZOWSKI, Jan. **Migração internacional e desenvolvimento econômico.** Scielo. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142012000200009>. Acesso em: 08 de setembro de 2017

CARNEIRO, Maria Luiza Tucci. **A imagem do imigrante indesejável.** Disponível em: <http://www.usp.br/proin/download/revista/revista_seminarios3_imagemimigrante.pdf>. Acesso em: 08 de setembro de 2017

CASTRO, Marina. **"Brasil é um País de Colonização Mais Africana do que Europeia", Diz Historiador.** Operamundi. Disponível em: <<http://operamundi.uol.com.br/conteudo/noticias/31026/brasil+e+um+pais+de+colonizacao+mais+africana+do+que+europeia+diz+historiador+.shtml>>. Acesso em: 22 de outubro de 2017.

DOLINGER, J. **Direito Internacional Privado: Parte Geral**. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

FGV/DAPP. **Debate sobre a Lei de Migração nas redes mobiliza discurso de ódio**. Disponível em: <<http://dapp.fgv.br/debate-sobre-lei-de-migracao-nas-redes-mobiliza-discurso-de-odio/>>. Acesso em: 05 de setembro de 2017

GOMES, Laurentino. **1808: como uma rainha louca, um príncipe medroso e uma corte corrupta enganaram Napoleão e mudaram a história de Portugal e do Brasil**. 5ª reimpressão. São Paulo: Editora Planeta do Brasil, 2007.

HUFFPOST BRASIL. **Senado Dá Fim ao Estatuto do Estrangeiro, Criado na Ditadura Militar**. Disponível em: <http://www.huffpostbrasil.com/2017/04/18/senado-da-fim-ao-estatuto-do-estrangeiro-criado-na-ditadura-mil_a_22045209/>. Acesso em: 23 de outubro de 2017.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Estimativas da População Residente no Brasil e Unidades da Federação com Data de Referência em 1º de Julho de 2015**. Disponível em: <ftp://ftp.ibge.gov.br/Estimativas_de_Populacao/Estimativas_2015/estimativa_dou_2015_20150915.pdf>. Acesso em: 27 de outubro de 2017

ISHIKIRIYAMA, Anne. **A condição jurídica do estrangeiro residente no Brasil**. Disponível em: <<http://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/10141/10141.PDF>>. Acesso em: 08 de setembro de 2017

JORNAL DA USP. **Crise na Venezuela Faz Crescer o Número de Refugiados no Brasil**. Disponível em: <<http://jornal.usp.br/atualidades/crise-na-venezuela-faz-crescer-o-numero-de-refugiados-no-brasil/>>. Acesso em: 23 de outubro de 2017

MARCOSBAU. **Imigração e Migração no Brasil**. Disponível em: <<http://marcosbau.com.br/geobrasil-2/historico-do-petroleo-foco-no-brasil/>>. Acesso em: 23 de outubro de 2017

O ESTRANGEIRO. **Brasil Precisa de 10 a 50 Vezes Mais Imigrantes**. Disponível em: <<https://oestrangeiro.org/2013/01/30/brasil-precisa-de-10-a-50-vezes-mais-imigrantes/>>. Acesso em: 27 de outubro de 2017

OLIVEIRA, Ione. **Imigrantes e refugiados para o Brasil após a Segunda Guerra Mundial**. Disponível em: <http://www.snh2013.anpuh.org/resources/anais/27/1371328609_ARQUIVO_Refugiadoseimigrantes-Anpuh-2013.pdf>. Acesso em: 08 de setembro de 2017

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm>. Acesso em: 24 de outubro de 2017

PENA, Rodolfo F. Alves. **Imigrações atuais no Brasil. Brasil Escola.** Disponível em <<http://brasilecola.uol.com.br/geografia/imigracoes-atuais-no-brasil.htm>>. Acesso em 23 de outubro de 2017.

PIOVESAN, F. **Temas de Direitos Humanos.** 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

RECHSTEINER, Beat Walter. **Direito Internacional Privado: Teoria e Prática.** 15º ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

REIS, Rossana Rocha; VENTURA, Deisy. **Criação de Lei de Migrações é Dívida Histórica do Brasil.** Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/sociedade/divida-historica-uma-lei-de-migracoes-para-o-brasil-9419.html>>. Acesso em: 27 de outubro de 2017.

REVISTA VEJA. **Manifestantes Protestam em SP contra Nova Lei de Migração.** Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/mundo/manifestantes-protestam-em-sp-contr-nova-lei-de-migracao/>>. Acesso em: 25 de outubro de 2017.

SLAVE VOYAGES. **Tabela de Tráfico de Escravos por Regiões Específicas de Desembarque durante o Período de 1501 até 1875.** Disponível em: <<http://www.slavevoyages.org/assessment/estimates>>. Data de acesso: 24 de outubro de 2017

A SUPRESSÃO DE DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS NA PRISÃO ADMINISTRATIVA DISCIPLINAR

Marcelo José da Silva¹

Resumo

Este trabalho aborda a supressão de direitos e garantias previstos na Constituição Federal, em relação aos militares Estaduais. O objetivo é contribuir para a compreensão de fatores que podem influenciar negativamente no desempenho do trabalho desses agentes estatais, discutir a fluidez das normas disciplinares e a necessidade ou não de alterações, proporcionando maior segurança jurídica ao servidor militar. Parte-se da hipótese de que ter seus direitos basilares negados e sentir-se em situação de vulnerabilidade perante uma cadeia de comando por vezes corporativista, permeia os militares estaduais, enquanto cidadãos, de insegurança e estresse desnecessários que influenciam na diminuição da motivação do servidor. Inicialmente há uma sucinta abordagem da origem das instituições policiais no Brasil, bem como se busca compreender porque optou-se pela estética militar e se adotou tal codificação como meio de controle. A Lei nº 11.817, de 24/07/2000 (Código Disciplinar dos Militares do Estado de Pernambuco) será analisada, procurando nela identificar os elementos que apontam para a dita supressão de direitos. O estudo se delimita à violação do direito à liberdade, o qual somente o servidor militar tem cerceado por ocorrência da infração administrativa. Um caso concreto mostra a amplitude e vagueza dos termos presentes nos enunciados punitivos. Tal fluidez pode suprimir o direito à liberdade, como no caso apresentado. Não é intenção colidir com os pilares da vida militar, mas sim discutir sobre como desenvolver meios de aplicar sanções administrativas que respeitem o direito à liberdade do indivíduo.

Palavras-Chave: Militar. Disciplina. Direito Fundamental. Liberdade. Prisão Administrativa Disciplinar.

Introdução

A manutenção da ordem no Estado de Direito é primordial para a vida em sociedade e, para que isso ocorra, por vezes é necessário ao Estado usar de meios coercitivos a fim de fazer com que aquele particular que, aberta e vigorosamente, se opõe aos limites legais prescritos na norma jurídica, se adeque ao regramento e seja refreado em sua franca violação.

No intuito de atender a esse objetivo, o Estado se vale de órgãos e agentes (estabelecidos na sua própria Constituição), os quais recebem a incumbência de manter a ordem, a tranquilidade, a paz social e a segurança pública. A Carta Política brasileira, por meio do artigo 144, estabelece quais órgãos devem desempenhar esse mister. As chamadas “Forças Auxiliares” do Exército Brasileiro aparecem na Constituição Republicana de 1988 no capítulo III (que trata da segurança pública) do Título V (que fala acerca da Defesa do Estado e Das Instituições Democráticas).

¹ Graduando do curso de Bacharelado em Direito, pelo Centro Universitário Tabosa de Almeida (ASCES-UNITA), sob orientação do Prof. Dr. Fernando Gomes de Andrade.

O artigo retro elenca seis órgãos por meio dos quais o Estado brasileiro deve exercer a segurança pública; destacam-se aqui os dois últimos (inciso V: polícias militares e corpos de bombeiros militares), por terem em comum, características eminentemente militares.

Já os servidores que compõem as Polícias Militares e os Corpos de Bombeiros Militares são denominados no artigo 42 da Lei Maior como Militares dos Estados (bem como de Militares do Distrito Federal e dos Territórios). Especificamente esta classe de servidores tem no seu dia a dia o dever de lidar com as mais diferentes mazelas sociais, manifestadas muitas vezes naquilo que de pior pode-se encontrar no ser humano (aí incluídos o menosprezo pela vida alheia, o esbulho do patrimônio de outrem, a violência praticada de forma desmedida contra o outro, a criação de situações que põem em risco a segurança ou a incolumidade das pessoas ou de seus bens, a título apenas exemplificativo).

Não bastassem essas situações extremamente estressantes a que estão submetidos esses servidores, seu cotidiano castrense também não se mostra favorável ao desempenho salutar de suas atividades. Explica-se: devido a especificidades de sua profissão, as quais podem exigir até mesmo “o risco da própria vida”, o militar estadual está sujeito a regras determinadas de conduta, disciplina e subordinação que nem ao longe podem ser comparadas àquelas aplicadas aos servidores civis. Tomam-se como exemplo o Código Penal Militar, o Código de Processo Penal Militar e os Regulamentos (ou Códigos) Disciplinares, estes últimos trazendo em seu bojo a possibilidade de cerceamento da liberdade do servidor, em função de transgressões meramente administrativas cometidas pelo mesmo.

Sabe-se que todo e qualquer servidor público está sujeito ao chamado Processo Administrativo Disciplinar (ou PAD) quando incorre em transgressões ou desvio de suas funções nas quais foi legalmente investido. Todavia, os Códigos Disciplinares Militares trazem em seu teor sanções cerceadoras do direito fundamental à liberdade, afeto a todo cidadão (status este no qual também se insere o servidor militar seja ele federal ou estadual). Necessário recordar que, no Estado de Direito, a liberdade é regra, enquanto a prisão é exceção. Pouco se debate acerca das condições em que esses servidores desempenham sua tarefa de servir e proteger e, muito menos, se trata de temas que podem ter influência direta na forma como seu serviço é prestado, a exemplo dessas limitações às garantias individuais concedidas a qualquer outro cidadão (*e.g.*: a vedação do remédio de *habeas corpus* para casos de prisão administrativa militar).

Ainda nessa visão quanto à condição adversa que pode influenciar negativamente no bom desempenho do trabalho, percebe-se nos códigos disciplinares militares de cada Unidade Federativa, a exacerbação das possibilidades de punição restritiva de liberdade que podem ser impostas aos servidores (o que, sob a luz da teoria penalista geral, repita-se, seria o meio mais

gravoso de intervenção do ente Estatal na vida do particular), pautadas por vezes em critérios interpretativos mui subjetivos por parte daqueles que compõem o topo da carreira militar estadual. É necessário que as normas que estabelecem as transgressões disciplinares não sejam tão vagas a ponto de abrir leque para interpretações meramente subjetivas por parte da autoridade aplicadora da sanção.

Os servidores públicos que integram essas duas organizações de segurança com caráter militar lidam diretamente com a sociedade em uma verdadeira “carreira profissional”, por assim dizer, ao longo de trinta anos de serviço que prestam em suas respectivas Corporações. É possível que o equivocado e perpetuado sincretismo que se faz entre os militares federais (que compõem as Forças Armadas e não lidam diretamente com a sociedade e os cidadãos que a formam) e os militares estaduais, seja um óbice ao respeito aos direitos basilares destes últimos que dedicam sua vida ao serviço de proteção social.

Oportuno lembrar que o artigo 5º inaugura o Título II da Constituição, o qual trata em quatro capítulos do rol dos direitos e garantias fundamentais dirigidos a qualquer cidadão deste país. Ora, o militar (federal ou estadual) também é cidadão brasileiro e o termo “todos”, que inicia o artigo em comento, em nada se mostra excludente quanto a pessoas ou grupos de pessoas; ao contrário, é deveras abrangente. Como se falar ainda, então, à luz da Constituição cidadã, em prisão administrativa disciplinar para uma categoria de servidores que dedica sua vida de forma quase que sacerdotal à missão de zelar pela defesa dos bens jurídicos mais relevantes das pessoas?

Faz-se relevante, portanto, analisar o trato legal pátrio dispensado aos servidores militares, “*in casu*”, estaduais, a fim de contribuir para um chamamento à necessidade de considerá-los a partir de uma perspectiva cidadã (a mesma dispensada a seu “cliente final”, a sociedade) e assegurar-lhes pelas vias legais os direitos e garantias dos quais também são destinatários enquanto parte da tessitura social brasileira.

1. A gênese da polícia brasileira e a prisão administrativa

1.1 O estabelecimento da polícia no Brasil

Abordar a questão da prisão administrativa disciplinar nas Polícias e Corpos de Bombeiros Militares brasileiros perpassa, necessariamente, pela compreensão de como se

originaram essas instituições, salientando que os Corpos de Bombeiros tiveram seu início dentro das corporações policiais, destas se emancipando administrativamente apenas no final do século passado sem perder, contudo, o caráter militar. Daí o porquê de, neste trabalho, serem feitas menções mais àquelas instituições do que a estas. Faz-se necessário então traçar um liame histórico que promova a possibilidade de se compreender os diferentes períodos que marcaram a origem e o desenvolvimento do aparato policial no país. BAYLEY (2006, p. 16) apresenta uma possibilidade para a ausência de interesse historiográfico sobre este tema:

A polícia raramente desempenha um papel importante nos grandes eventos históricos. Não estão envolvidas em batalhas épicas, marchas heroicas ou retiradas espetaculares. Suas atividades são rotineiras demais, sua presença é disseminada demais e sua clientela é comum demais para compor o assunto de um grande drama. Ela não elabora regras, mas se dedica a problemas humanos de um modo muito particular. O destino das nações não depende claramente dos resultados de suas atividades.

Embora haja divergências teóricas por parte dos estudiosos do assunto quanto ao surgimento da atividade policial em solo brasileiro, uma corrente defende que esta foi estabelecida a partir da chegada da família real portuguesa às terras coloniais no ano de 1808.

Contudo, a história do Brasil enquanto colônia durou pouco mais de três séculos e desde alguns anos após o descobrimento se observavam como que sombras de uma atividade policial. FAUSTO (1995, p. 44) expõe a ideia de que o Brasil colonial abarcou três períodos cronologicamente distintos: inicia-se com a chegada de Cabral até a instalação do Governo Geral, em 1549; continua desde a instalação do Governo Geral até às últimas décadas do século XVIII; e destas até à independência em 1822.

No primeiro período, a atividade policial tinha como objetivo, precipuamente, a defesa das terras recém-descobertas e conquistadas, defesa essa desenvolvida por iniciativa de particulares (sesmeiros e donatários) empenhados em proteger seu patrimônio de ameaças internas e externas. No segundo momento, em 1549 a Coroa portuguesa criou um efetivo militar armado pela metrópole (composto de 600 homens), ao nomear o primeiro Governador Geral para o Brasil e a ele subordinando as forças ditas armadas existentes até então na colônia. (COSTA, I. F., 2005, p. 100)

Feita esta observação tem-se historicamente a criação da Polícia no Brasil a partir do estabelecimento da Coroa portuguesa em terras tropicais, tendo o Príncipe Regente Dom João constatado a necessidade de um aparato para organizar as relações sociais predominantes até então, a fim de tentar trazer o mínimo de civilidade conforme os padrões da sociedade europeia da época. Daí a criação da Intendência Geral de Polícia da Corte e do Estado do Brasil, seguindo o modelo anteriormente existente na capital portuguesa. Da pesquisa histórica extrai-se que o

Intendente nomeado era investido de poderes policiais e judiciais, tendo, porém, obrigações que iam muito além destas na administração pública, a exemplo de zelar pela iluminação e higiene, prover o abastecimento da cidade e realizar obras públicas.

Todavia a polícia numa concepção mais específica e próxima daquilo que se tem hoje em termos de missão institucional começa a tomar forma com a criação, em 1809, da Divisão Militar da Guarda Real de Polícia, precursora das atuais Polícias Militares estaduais. O decreto de criação da referida Guarda apresenta o fato de ser “*de absoluta necessidade prover a segurança e tranquilidade pública desta Cidade,...*”. Aqui é apresentado como objetivo primeiro da Guarda Real a busca por garantir a segurança pública dos moradores da cidade do Rio de Janeiro, então capital da Coroa portuguesa. Tomando-se esta data como ponto de partida, tem-se pouco mais de 208 anos da criação daquilo que seria o mais próximo do que existe nos dias de hoje de uma polícia ostensiva que visava à proteção da sociedade (leia-se: da elite dominante de então) e de seus bens mais relevantes.

Com a eclosão de diversos movimentos sociais revoltosos que se insurgiram contra o governo central em várias províncias nas duas primeiras décadas dos anos 1800, o então Imperador Dom Pedro I deu início a um processo de criação de corpos de polícias nas diversas províncias a fim de “*garantir a tranquilidade e segurança pública das cidades*” (ROSA, 2009, p. 62). É exemplo a criação do Corpo de Polícia do Recife, por meio de Decreto Imperial datado de 11 de junho de 1825. ROSA (2009, p. 63) coloca alguns anos mais adiante e por iniciativa do então regente Padre Antônio Diogo Feijó, a expedição de Decreto em 10 de outubro de 1831 que estendia às províncias a instituição de guardas permanentes, vendo nessa norma o marco inicial das polícias militares estaduais.

Para aquele início, o recrutamento por vezes era feito de forma forçada, considerando que o *status* social do policial não era dos mais privilegiados, uma vez que seu soldo era muito baixo. Alistavam-se os policiais dentre seus iguais no meio social onde viviam e exigia-se deles que passassem a observar certas regras de conduta e comportamento que visavam diferenciá-los de seus pares sociais, fato este observado não só nas polícias brasileiras da época, mas também de outros países, (a exemplo da Inglaterra) onde a dura disciplina militar era adotada como medida básica a fim de que o policial se apresentasse como modelo de comportamento ideal e de vida exemplar (ALBUQUERQUE, 2011, p. 603).

Percebe-se que, desde o início, optou-se pela estética militar como modelo de organização dos corpos de polícia (e também dos Corpos de Bombeiros), possuindo Postos, Graduações e Regulamentos similares àqueles que integram o Exército.

1.2 Códigos disciplinares militares e suas fontes

Conforme citado anteriormente, as Polícias Militares e os Corpos de Bombeiros Militares são instituições consideradas Forças Auxiliares e reserva do Exército. Nessa condição, ambos os órgãos são ainda regidos, em parte e subsidiariamente, por legislações de cunho federal as quais foram recepcionadas e permanecem válidas sob a vigente ordem constitucional (embora promulgadas sob a Emenda Constitucional nº 1/1969). Saliente-se que alguns desses textos normativos foram parcial e tacitamente revogados por sua incompatibilidade em alguns pontos com a Constituição Cidadã.

Um exemplo legislativo federal é o Decreto nº 88.777, de 30/09/1983, o qual aprova o Regulamento para as Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares (também conhecido como R-200). Esta norma tem sofrido alterações (sendo a mais recente do ano de 2016), mas mantendo sua vigência, passados quase trinta e quatro anos de sua edição.

Tanto a nível federal quanto estadual, as forças militares são regidas por Estatutos, os quais regulam suas obrigações, deveres, direitos, prerrogativas e situação. Desses estatutos, deriva a necessária regulamentação dos respectivos códigos disciplinares. É o que se vê no art. 47 da Lei nº 6.880/80 (Estatuto dos Militares):

Art. 47. Os regulamentos disciplinares das Forças Armadas especificarão e classificarão as contravenções ou transgressões disciplinares e estabelecerão as normas relativas à amplitude e aplicação das penas disciplinares, à classificação do comportamento militar e à interposição de recursos contra as penas disciplinares.

É importante considerar que os regulamentos disciplinares das Forças Armadas trazem muitas semelhanças entre si, como na conceituação do que venha a ser transgressão disciplinar, na tipificação das diversas transgressões, na cominação das sanções, dentre outras. O mesmo ocorre com as forças militares estaduais, considerando que em muitos textos normativos há quase que uma fiel reprodução das normas pertinentes às Forças federais. Tal introito visa apresentar a realidade legislativa que dá sustentação à existência do Código Disciplinar Militar. Especificamente no caso do Estado de Pernambuco, o Estatuto dos Militares (disposto pela Lei nº 6.783/74), traz em seu artigo 46 que:

Art. 46. O Regulamento Disciplinar da Polícia Militar especificará e classificará as transgressões disciplinares e estabelecerá as normas relativas à amplitude e aplicação das penas disciplinares, à classificação do comportamento policial-militar e à interposição de recursos contra as penas disciplinares.

Passados os anos e advinda uma nova ordem constitucional ao país, verificou-se a incompatibilidade dos regulamentos disciplinares com a carta política, a exemplo da própria essência da norma legal para tratar o tema disciplinar, como se depreende da leitura do art. 5º, inciso LXI, da CF/88:

LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de **transgressão militar** ou crime propriamente militar, definidos em **lei**; (*grifo nosso*)

Suscitou-se a discussão sobre se a espécie normativa adequada para regulamentar a prisão administrativa seria a lei em sentido estrito (ou formal) ou se tal regulamentação poderia se dar por meio de decreto. DIMOULIS (2011, p. 173) diferencia estes dois institutos afirmando que:

... todas as leis no sentido formal são produto de decisão majoritária dos integrantes do poder legislativo, que, nos regimes de democracia representativa, são escolhidos pelo povo por meio de sufrágio (voto) universal. Textos normativos oriundos de outras autoridades estatais e, principalmente, do Poder Executivo não são leis no sentido formal.

Tal discussão foi o caso do Decreto nº 4.346, de 26/08/2002, o qual estabeleceu o Regulamento Disciplinar do Exército. A Ação Direta de Inconstitucionalidade de nº 3.340-9/DF, ajuizada perante o Pretório Excelso pelo Procurador-Geral da República em 08/11/2004 e julgada pelo Pleno daquela Corte em 03/11/2005, não foi conhecida por maioria de votos dos Ministros, por entenderem não se aplicar o princípio da reserva legal às transgressões disciplinares, como consta do final do inciso LXI do art.5º/CF.

Entendimento divergente é o esboçado pelo Magistrado Paulo Tadeu Rodrigues Rosa, para o qual é incabível que tipos normativos recepcionados pela CRFB/1988 com status de lei (a exemplo do Decreto nº 90.608/1984) sejam revogados por decretos (ROSA, 2011, p. 81). Neste caso específico, porém, o STF fixou entendimento contrário como dito no parágrafo anterior. Saliente-se que o autor citado mantém sua opinião mesmo após a decisão da Egrégia Corte Suprema. Diante dessas controvérsias suscitadas à época, os diversos Estados da Federação passaram a reformular os códigos de suas Polícias Militares por meio de leis estaduais, ordinárias ou complementares.

Considerando a similitude entre os diversos Códigos Disciplinares, delimitar-se-á o presente estudo ao Código Disciplinar dos Militares do Estado de Pernambuco.

2. Pernambuco e a disciplina de seus militares

A Lei nº 11.817, de 24/07/2000, instituiu o Código Disciplinar dos Militares do Estado de Pernambuco (CDMEPE) em substituição ao Decreto nº 6.752, de 01/10/1980 (RDPM) e trouxe algumas melhorias no que diz respeito à tecnicidade legislativa, buscando coadunar o sistema repressivo com os ditames axiológicos da nova Carta Magna. Para iniciar a compreensão do tema, necessário trazer a definição de transgressão disciplinar, onde se tem:

Art. 13. Transgressão disciplinar Militar, para os fins deste Código, é toda ação ou omissão praticada por militar estadual que viole os preceitos da ética e os valores militares, ou, que contrarie os deveres e obrigações a que o mesmo está submetido, constituindo-se em manifestações elementares e simples **que não possam ser tipificadas como crime ou contravenção.** (grifo nosso)

Aqui se observa no texto destacado que há um caráter residual na determinação do que é transgressão disciplinar, uma vez que os crimes militares estão estabelecidos nos Livros I e II da Parte Especial do Decreto-Lei nº 1.001, de 21/10/1969 (Código Penal Militar). Resta então a ideia da violação dos “preceitos da ética, e os valores militares, ou, que contrarie os deveres e obrigações”, aos quais está submetido o militar estadual pernambucano. Muito embora haja, aparentemente, uma vagueza nesses elementos apontados, o Parágrafo único do art. 13 informa que:

Parágrafo único. As transgressões disciplinares militares são as previstas na Parte Especial deste Código, sem prejuízo de outras definidas em lei ou regulamento, devendo sua aplicação, necessariamente motivada, considerar sempre a natureza e a gravidade da infração.

As correntes que defendem a vigência e a necessidade das prisões administrativas disciplinares argumentam que a pretensão de eliminar do ordenamento tais medidas restritivas implicaria na quebra desses princípios, o que se mostra no mínimo discutível, em função de que em toda a administração pública dita civil, todo e qualquer servidor pego em cometimento de falta ou transgressão poderá responder por seus atos mediante Processo Administrativo Disciplinar.

Ensina COSTA (2005, p. 85) que “sistema de repressão disciplinar é o modo pelo qual se realiza a aplicação de sanção disciplinar ao caso concreto” e também que “quanto maior for o grau de civilização jurídica de um determinado país, mais alargadas são as garantias do funcionalismo público, no sentido de diminuir os privilégios da Administração e aumentar a segurança dos servidores públicos”. Para o autor, dentre os sistemas conhecidos é o sistema hierárquico o mais primitivo, qualificando-o como “o predileto dos sádicos e perseguidores”, os quais transformam o poder disciplinar em “estilete de vingança pessoal” (COSTA, 2005, p. 86).

Corroborar tal pensamento Ana Clara Victor da Paixão (COSTA, 2011, p. 69), ao referir-se a alguns conceitos essencialmente abstratos e que, também, são encontrados em alguns dispositivos do CDMEPE:

...definir quais seriam tais ações ou omissões é tarefa que só poderia ser desempenhada pelos próprios detentores de tal atributo, que, no caso, são os policiais militares, como um todo, e não a pessoa do administrador militar ou comandante. **O conceito de honra, pundonor e decoro** é abstrato, relativo e pessoal: o que um indivíduo considera desonroso ou indecoroso pode não o ser para os demais. Assim, verifica-se

que a autoridade militar não tem sequer titularidade para preencher o tipo disciplinar contido na norma. (grifo nosso)

2.1 CDMEPE e suas transgressões tipificadas

O Código Disciplinar dos Militares do Estado de Pernambuco classifica as transgressões disciplinares, segundo sua intensidade, em transgressões leves, médias e graves.

Em sua Parte Especial, no Título Único, traz a relação das transgressões disciplinares em espécie, divididas em três capítulos que seguem a classificação citada. São 114 artigos que tratam das mais diferentes manifestações de transgressão. Lembre-se aqui que o Regulamento anterior (RDPM) apresentava um rol de 122 transgressões, ou seja: sob a Constituição Cidadã, foram suprimidas apenas oito condutas, tendo sido mantidas a enorme maioria delas e suas consequentes penas.

Atualmente são 53 artigos com transgressões de natureza Grave (puníveis com a pena de 5 a 10, 11 a 20 ou 21 a 30 dias de Prisão), 39 de natureza Média (cujas penas variam de 1 a 20, 11 a 20, 20 a 30 ou 21 a 30 dias de Detenção) e 22 de natureza Leve (estas com cominação de 3 a 5, 3 a 8 e 6 a 10 dias, também de Detenção). Traz-se aqui, apenas a título ilustrativo, algumas definições e exemplos de transgressões e uma rasa avaliação de sua abstração e vagueza.

Para esclarecer o tema das penas restritivas de liberdade, tome-se o que estabelece o CDMEPE acerca da definição de como se processam as mesmas:

§ 4º As penas disciplinares de **prisão e detenção** não poderão ultrapassar a 30 (trinta) dias, implicando em **privação de liberdade, respectivamente, absoluta e relativa** do transgressor, processando-se da seguinte forma:

I - no caso de **detenção**, o recolhimento dar-se-á em **dependência da OME**, para tal fim designada; e

II - no caso de **prisão**, implicará em confinamento do transgressor em **local específico da própria OME ou em estabelecimento prisional destinado aos militares estaduais**.

Percebe-se que a diferenciação entre as duas penas se dá em função da privação de liberdade absoluta ou relativa do militar transgressor, ancorada no local que o acolherá: em dependência (pelo simples recolhimento às instalações) da Organização Militar Estadual (OME), no caso da pena de detenção e local específico da OME (cela, destinada ao confinamento) ou estabelecimento prisional militar, no caso da pena de prisão.

2.2 Transgressões: vagueza, indeterminação e fluidez de seus enunciados

Asseverando a ideia da rigidez com que tal Código trata os militares estaduais pernambucanos, note-se que, v.g., há a previsão da pena de detenção de 3 a 5 dias, no art. 185,

do militar que “usar joias ou outros adereços que prejudiquem a apresentação pessoal, quando uniformizado”. Pois bem, qual a precisão do termo “prejudicar a apresentação pessoal”? Há que se falar aqui em algum critério objetivo? Não parece o caso. A fim de tentar esclarecer tal preocupação, cumpre fazer considerações acerca da opção do legislador pelo uso de expressões de características incertas, vagas e ambíguas.

Nesse tocante, faz-se oportuna a lição trazida pelos eminentes professores Fernando Gomes de Andrade e Ana Paula C. Luna de Andrade, em artigo intitulado “Considerações acerca dos conceitos jurídicos indeterminados: em busca da determinação conceitual de tortura e tratamento cruel, desumano ou degradante.” (ANDRADE, F. G.; RABELO, J. O. C. C., 2016, p. 11 e 12) Para os autores, conceitos jurídicos indeterminados são aqueles que “envoltos em zona cinzenta e de incerteza”, “escapam à disciplina objetiva”. Citando Tércio Sampaio Ferraz Júnior, trazem ainda que:

Diz-se indeterminado o conceito que apesar de vago e ambíguo admite determinação por meio de interpretação. Ou seja, o conceito é indeterminado, mas não é indeterminável. Por isso, de uma interpretação que lhe dá uma determinação cabe recurso na pressuposição de que ele aponta para variáveis que, preenchidas, apontam para uma certa regularidade”.

Do ensino dos professores (amparados na doutrina sobre o tema), depreende-se que os conceitos jurídicos se firmam em uma estrutura conceitualmente sustentada por três pilares, quais sejam: o núcleo fixo (o qual traz certeza positiva), a zona de certeza negativa (que exclui a aplicabilidade do conceito) e, entre estas, a zona intermediária ou de incerteza a qual, quando de grande amplitude, qualifica como indeterminado o conceito jurídico. Cabe aqui levantar o questionamento: as expressões vagas e imprecisas dispostas no Código Disciplinar em apreço poderiam ser classificadas como conceitos jurídicos indeterminados?

Recorrendo-se novamente a ANDRADE e RABELO (2016, p. 16), extrai-se um fragmento que traz uma possível resposta à indagação:

O conceito jurídico indeterminado é a vaguidade semântica existente em certa norma com a finalidade de que ela, a norma, permaneça, ao ser aplicada, sempre atual e **correspondente aos anseios da sociedade** nos vários momentos históricos em que a lei é interpretada e aplicada; mais uma vez expressamos que a vaguidade de um conceito, portanto, não é imperfeição linguística, mas sim uma característica bastante pertinente em certas situações que fazem com que busque o intérprete maior perfeição na valoração significante-significado, o que gera certa atualização da norma. Fornecendo indicações genéricas faz com **que o juiz, ao aplicar a regra jurídica**, possa dentro do sistema positivo e codificado, determinar em cada caso o perímetro e o contorno das determinações legais. (grifo nosso)

Lastreado no conceito trazido pelos mestres seria possível dizer (a partir dos destaques feitos no texto), que parece haver um elemento subjetivo passivo e um ativo, presentes na definição, os quais não seriam encontrados na codificação disciplinar castrense: a sociedade,

no pólo passivo, a qual teria seus anseios atendidos pela atualização da norma (uma vez que tais disposições não são destinadas a este fim, mas tão somente ao controle do elemento humano/servidor militar pelo Estado, representado na figura dos Comandantes); e a figura do juiz, no pólo ativo, como aplicador do direito, uma vez que o Código Disciplinar (embora não isento da apreciação posterior pelo Poder Judiciário) é usado diuturnamente em caráter *interna corporis*, apenas e tão somente pelos Comandantes (embora existindo previsão legal, mas sendo estes destituídos da necessária imparcialidade para apreciação e decisão no caso concreto). Além de ausentes estes dois elementos, tem-se ainda a inexistência da finalidade presente nos conceitos jurídicos indeterminados: a atualização da norma.

Dessa exposição, pode-se depreender a possibilidade de uma resposta negativa ao questionamento levantado, aduzindo que existem elementos característicos dos conceitos jurídicos indeterminados na codificação disciplinar-militar estadual, sem que esta, todavia, apresente os elementos subjetivos ou finalísticos daqueles. Em que pese a opinião exposta, propõe-se que aqui existe viés para um aprofundamento do tema em trabalho posterior.

3. Caso prático de aplicação do CDMEPE

Dois exemplos normativos que apresentam alto grau de abstração são encontrados nos artigos abaixo transcritos:

Art. 136. Dirigir-se, referir-se ou responder de maneira desatenciosa a superior hierárquico.

Pena: Detenção, de 20 a 30 dias.

(...)

Art. 139. Deixar de cumprir ou de fazer cumprir as normas regulamentares na esfera de suas atribuições.

Pena: Detenção, de 21 a 30 dias.

Estes dois artigos são exemplos das chamadas transgressões de natureza Média, mas veja-se, porém, que a dosimetria das penas é equivalente (e, em alguns casos, superior) à pena prevista para as transgressões de natureza Grave.

Quanto à abstração é fácil convir que fica inteiramente ao critério do superior hierárquico definir nos termos do artigo 136 o que seja a “maneira desatenciosa” que, supõe-se, o subordinado o tenha tratado. Talvez em menor grau, mas também o artigo 139 traz certa abstração quando generaliza as “normas regulamentares na esfera de suas atribuições”. Quais normas? Todas as pertinentes à vida castrense? Algumas delas? Ou as que sirvam ao desejo do administrador da pena para punir o “transgressor”? Certo é que, na intimidade castrense, este dispositivo é tratado como o “argumento genérico” para enquadrar o militar em qualquer transgressão; entenda-se: quando falta ao administrador da sanção mais robustez na tipificação da falta cometida, usa-se o jargão: “põe no 139”.

Outro exemplo retirado da lei castrense pernambucana fere diretamente o direito à expressão: os artigos 106 e 107 do CDMEPE, que tipificam transgressões de natureza Grave, são eivados de abstração tal, que põem nas mãos do superior hierárquico o poder de determinar num debate ou discussão mais acalorada sobre um tema qualquer, a possibilidade de sentir-se censurado pelo subordinado e buscar aplicar-lhe pena de prisão que varia de 21 a 30 dias.

Art. 106. Censurar ato de superior ou procurar desconsiderá-lo, reservadamente ou em público.

Pena: Prisão, de 21 a 30 dias.

Art. 107. Procurar desacreditar superior, igual ou subordinado, em qualquer ocasião.

Pena: Prisão, de 21 a 30 dias.

Não se vê aqui, novamente, um elemento objetivo, preciso, direto no que tange a determinar a ação ou omissão do militar que possa ser configurado como delito punível com a perda da liberdade. Além de transitar na contramão da liberdade de manifestação do pensamento, insculpida no inciso IV do art. 5º da Carta Magna: “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”.

Caso emblemático que repercutiu no ano de 2016, foi o divulgado por meio da imprensa pernambucana em abril daquele ano: um sargento do Corpo de Bombeiros Militar de Pernambuco deveria passar 30 dias detido como forma de punição disciplinar por haver usado óculos escuros durante o serviço. Da averiguação do fato percebeu-se que, inicialmente, a alegada transgressão do militar (de natureza Leve) se deu nos termos do artigo 185 (usar joias ou outros adereços que prejudiquem a apresentação pessoal, quando uniformizado), citado anteriormente, vez que não há previsão explícita quanto à vedação ao uso de óculos escuros no regulamento aqui estudado. Eis um trecho de matéria veiculada em jornal impresso de grande circulação no Estado:

O sargento..., que é doutor em Antropologia, usou os óculos escuros para fazer uma atividade física, mas foi orientado por um oficial a retirar os óculos. No dia seguinte, ao novamente usar o objeto para fazer suas atividades, ele acabou respondendo a um processo disciplinar dentro da Corporação porque o artigo 81 do Código Disciplinar pune aquele que desobedecer a ordem de algum superior.

Com a repetição do ato “danoso”, o militar foi então enquadrado no artigo 81 do Código (transgressão de natureza Grave) por “não cumprir, por negligência, ordem legal recebida”, cuja pena é a de Prisão, por um período de 11 a 20 dias. Com as agravantes consideradas ao final do procedimento, a pena do militar chegou aos 30 dias de prisão.

Que se entenda o que se discute aqui: trata-se de prender um servidor público por usar, repise-se, óculos escuros, fato que, à luz da tipificação disciplinar castrense, foi subsumido pelo conceito impreciso e vago de “... adereços que prejudiquem a apresentação pessoal...” e depois, novamente, pelo descumprimento negligente de ordem legal recebida. No que pese uma análise

meramente estética, onde se firmar que o uso dos óculos escuros prejudicou a apresentação pessoal do militar? A partir de quais conceitos ou referenciais pode-se determinar tal prejuízo? Todavia, em consequência de um embate iniciado por norma tão imprecisa, veio o servidor a ter sua liberdade interrompida, deixando o seio de sua família e prejudicando suas atividades, permita-se o neologismo, “extra castrenses” que, certamente, desenvolve.

Ressalte-se aqui a existência de farta lista de exemplos em ambas as Corporações militares estaduais de Pernambuco, de punições que replicam os absurdos que dão origem a procedimento administrativo disciplinar que demanda tempo, pessoal, por vezes logística, tudo a partir de algo, diga-se, tão banal quanto usar óculos escuros. Pense-se ainda o quanto isso se reproduz nas demais Unidades da Federação.

Conclusão

Há nesta seara os defensores da aplicabilidade irrestrita das normas disciplinares militares por verem-nas como a garantia da manutenção de tais pilares. Acreditam que remover determinados institutos punitivos seria o mesmo que decretar o fim do respeito às normas e aos superiores hierárquicos. Diga-se que, em sua maioria, esses compõem ou compuseram o oficialato de alguma instituição militar (estadual ou federal), o que impõe certa carga de corporativismo em suas argumentações a favor dos códigos como se apresentam.

Há os que, filiados à corrente constitucionalista, veem nessas controvérsias a possibilidade, ainda que tardia, de se rever a legislação castrense militar estadual, buscando aprimorar e coadunar tais regramentos com a Constituição cidadã vigente, valorizando o militar enquanto indivíduo componente do corpo social e enquanto agente respaldado pelo Estado, para melhor cumprir com seu dever-poder de zelar pela segurança e incolumidade da população.

No que compete à opção pelo modelo militarizado de polícia, resta deduzido que a mesma se deu desde os primórdios do estabelecimento do aparato policial no país, historicamente fixado com a vinda da Corte Portuguesa ao Brasil. A opção pela disciplina militar se fez em virtude da necessidade de conformar cidadãos oriundos dos segmentos sociais menos afortunados, para torná-los exemplo de conduta e respeito aos olhos de seus pares sociais.

Em sede de análise do Código Disciplinar dos Militares do Estado de Pernambuco, vê-se a amplitude e imprecisão de muitos termos usados na legislação punitiva, o que dá margem à aplicação de penas por demais severas para tipos que, por vezes, sequer estão taxativamente previstos na norma.

No que concerne à ideia de conceitos jurídicos indeterminados, muitos termos legais da norma em comento aproximam-se da noção doutrinária apresentada acerca do tema, cabendo

estudo mais pormenorizado para firmar se tais conceitos são ou não juridicamente pertencentes àquela espécie.

A revisão dos diversos Códigos Disciplinares dos Militares Estaduais seria, aparentemente, capaz de trazer aos servidores militares uma maior segurança jurídica e melhorar sua atuação junto à sociedade, diminuindo a sensação de perseguição e revanchismo aos quais se encontram expostos esses profissionais, uma vez que se buscasse garantir-lhes os direitos constitucionais comuns a todo cidadão brasileiro. Isso teria o condão de evitar a propagação de situações no mínimo absurdas, como a que foi usada como exemplo no presente trabalho.

Referências

ALBUQUERQUE, André Carneiro de. **O Corpo de Polícia Militar de Pernambuco: primórdios e consolidação no século XIX**. Anais do V Congresso Internacional de História. 21 a 23 de setembro de 2011. Universidade Estadual de Maringá, p. 603. Disponível em <http://www.cih.uem.br/anais/2011/?l=trabalhos&buscar=&idc=4>. Acesso em: 11/09/2016.

ANDRADE, Fernando Gomes de. RABELO, José Orlando C. Campello. **Estudos e Olhares Sobre Ciências Criminais** (Org.). Recife: EDUPE. 2016.

BAYLEY, David H. **Padrões de Policiamento: Uma análise Internacional Comparativa**. 2. ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2006.

BRASIL. **Alvará de 10 de Maio de 1808. Coleção das Leis do Império. 1808-1889**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1891. Disponível em: <http://www2.camara.gov.br/legislacao/publicacoes/doimperio/html>. Acesso em: 01 Set 2016.

BRASIL. **Decreto de 13 de Maio de 1809. Coleção das Leis do Império. 1808-1889**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1891. Disponível em: <http://www2.camara.gov.br/legislacao/publicacoes/doimperio/html>. Acesso em: 01 Set 2016.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**.

COMMÉRCIO. Jornal do. Versão eletrônica. Disponível em: <http://jconline.ne10.uol.com.br/canal/politica/pernambuco/noticia/2016/04/26/sargento-cumpre-30-dias-de-detencao-disciplinar-por-usar-olhos-escuros-232929.php>. Acesso em: 10/10/2016.

COSTA, Ivone Freire. **Polícia e sociedade. Gestão de segurança pública, violência e controle social**. Salvador: EDUFBA, 2005.

COSTA, José Armando da. **Teoria e Prática do Processo Administrativo Disciplinar**. 5ª ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2005.

DIMOULIS, Dimitri. **Manual de Introdução ao Estudo do Direito**. 4ª ed. rev. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo. Fundação do Desenvolvimento da Educação, 1995.

PERNAMBUCO. **Código Disciplinar dos Militares do Estado de Pernambuco**. Lei nº 11.817, de 24 de julho de 2000 (CDMEPE).

PERNAMBUCO. **Estatuto dos Policiais Militares do Estado de Pernambuco**. Lei nº 6.783, de 16 de outubro de 1974.

ROSA, Paulo Tadeu Rodrigues. **Direito Administrativo Militar – Teoria e Prática**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ROSA, Paulo Tadeu Rodrigues. **Direito Administrativo Militar – Teoria e Prática**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

A TRAJETÓRIA DA AFIRMAÇÃO POLÍTICA DA MULHER NO BRASIL

Amanda Carolina Bastos Gomes Leal¹
Camilla Siqueira Veloso Pinto²
Lucas Soares Vila Nova³

Resumo

A mulher sempre esteve à margem da sociedade por força do patriarcado, o que impediu sua inserção nas discussões políticas, e sua participação na sociedade enquanto sujeito de direito. O presente trabalho consiste em retratar os motivos que levaram a mulher a ingressar no meio político, através do estudo dos movimentos feministas, da legislação constitucional e infraconstitucional que abordam os direitos políticos, e apontar a importância da inclusão feminina no cenário público. Estuda a forma com que a mulher é vista pela sociedade e as repercussões que tal prisma teve para a construção da mulher na política. Retratar a história da mulher na política brasileira, ressaltando as dificuldades e os feitos mais importantes. Apontar a necessidade de uma reconstrução desse espaço público que proporcione verdadeiramente uma representação ativa feminina de forma emancipatória e igualitária. Para compreender a entrada da mulher na política, faz um estudo sobre os movimentos feministas, em destaque o sufragista. Como também, estuda leis anteriores à Constituição vigente, a própria Constituição de 1988, o Lobby do Batom e as primeiras mulheres atuantes no cenário político. Por fim, apresenta dados, apontando a realidade fática e atual da presença da mulher no cenário e nas discussões políticas, através de análises qualitativas e de revisão literária. Evidencia-se por meio da análise bibliográfica realizada que a participação da mulher na política progrediu consideravelmente, contudo esse avanço foi maior no âmbito teórico do que no prático. Embora a trajetória política da mulher tenha ascendido nos últimos anos, ainda existe uma necessidade de que haja um equilíbrio maior para que a representatividade feminina se solidifique e, assim, proporcione maior espaço para discussão de gênero no âmbito político.

Palavras-chave: Mulher; Direito Político; Participação Política.

Introdução

A mulher foi continuamente marginalizada em decorrência do patriarcado, que a subjuguou por considerá-la apenas como propriedade do homem, sendo inferior a este. Desta forma, fez com que fossem criados incontáveis empecilhos que impediam o ingresso das mulheres em inúmeros espaços, especialmente o campo público.

¹ Bacharelada em Direito, cursando 10º período no Centro Universitário Tabosa de Almeida ASCES/UNITA, estagiária no escritório Nilo, Pinto e Galvão & Associados. E-mail para contato: amandaleal@hotmail.com

² Bacharelada em Direito, cursando 9º período no Centro Universitário Tabosa de Almeida ASCES/UNITA, estagiária no Escritório de Prática Jurídica - EPJ. E-mail para contato: camisvp@gmail.com

³ Bacharelado em Direito, cursando 9º período no Centro Universitário Tabosa de Almeida ASCES/UNITA, estagiário no Juizado Especial Criminal - JECRIM. E-mail para contato: lucassvnova@gmail.com

Para entender por que a mulher ainda é invisibilizada e os motivos que fazem com que ela ainda não tenha tanta representatividade no espaço político, faz-se necessário discutir como se deu sua inserção e participação nas discussões políticas, e como estas foram impossibilitadas, fazendo com que a mulher fosse excluída na cooperação, na construção e no desenvolvimento da sociedade brasileira enquanto cidadã.

O objetivo desse trabalho é delinear os propósitos que instigaram a mulher a adentrar no meio político, através da análise dos movimentos feministas, da legislação constitucional e infraconstitucional que trata dos direitos políticos, e mostrar a importância da inclusão da mulher no cenário público. Estuda também a forma como ela é vista pela sociedade e a reverberação que tal enfoque teve para a construção da mulher como ser político.

Através do método qualitativo, por meio de artigos científicos e notícias, apresenta-se a construção da mulher na política e os ensejos para que esta participasse dela, como também, a sua afirmação como ser político, onde passou a ter espaço no âmbito público. Pelo meio quantitativo de pesquisa, coletados em artigos, institutos, nos portais de Tribunais Eleitorais, são exibidos os números que mostram o crescimento, a presença da mulher nos pleitos eleitorais e a sua presença fática no meio público.

Por fim, buscou-se conhecer, se com as mudanças sociais, houve algum avanço ou alguma remodelação no cenário político.

1. A formação da mulher como sujeito político

Com o estabelecimento do homem pela agricultura, formulou-se a noção de propriedade, e a mulher foi inserida nesse conceito, sendo por séculos desumanizada e subjugada ao domínio masculino.

Grossman e Nunes (2014) entendem que as religiões, principalmente as monoteístas, alimentaram esse arquétipo de inferioridade e o reforçaram através de mitos, como o de Adão e Eva que coloca a mulher advinda do homem para servi-lo, e caso ela não obedecesse aos limitados papéis que lhe eram atribuídos, seria castigada. Era constante a submissão dela perante o homem, primeiro a seu pai e após o casamento, ao seu esposo.

Lurdes Grossmann e Josiane Nunes (2014) explicam, em sua obra, que esses argumentos naturalizaram a dominação do homem sobre a mulher, servindo de base para a sociedade androcêntrica que construiu historicamente a estrutura patriarcal, atingindo todas as relações sociais de forma contundente.

A história anterior do matriarcado foi sonegada, a participação de mulheres em cargos de poder ou na chefia de tribos, cidades, nações foi omitida ou menosprezada. Como

a história foi escrita por homens, eles deram sua versão na qual a invisibilidade de mais da metade da população foi uma constante. Michelle Perrot argumenta que uma das razões desta invisibilidade seria o fato da mulher estar alijada do espaço público. (GROSSMANN e NUNES apud PERROT, 2014)

Existiram importantes mulheres que tiveram sua luta suprimida e quase esquecida propositalmente pela história, mas que foram fundamentais para construção desta, como as mulheres que participaram, e inclusive, chefiaram com sucesso capitânias hereditárias, tanto no âmbito da aplicação das leis, quanto no âmbito administrativo, representando o rei de Portugal no período colonial brasileiro. Segundo Maria da Conceição Fonseca-Silva, merecem destaque as seguintes:

Ana Pimentel, esposa de Martim Afonso de Souza, donatário da Capitania de São Vicente, que por ela foi administrada, a partir de 1534, por mais de uma década; Brites Mendes de Albuquerque, esposa de Duarte Coelho Pereira, donatário da Capitania de Pernambuco, que por ela foi governada a partir de 1554; e Luisa Grimaldi, esposa de Vasco Fernandes Coutinho Filho, donatário da Capitania do Espírito Santo, por ela comandada a partir de 1589. (FONSECA-SILVA, 2012, p. 185)

A autora também destaca as seguintes mulheres, dentre os séculos XVI e XVII:

Algumas mulheres atuaram como bandeirantes ou sertanistas, entre elas: Ana de Oliveira, que participou da formação de duas bandeiras ao lado do marido e irmãos, com o objetivo de conquistar terras no sertão paraibano; Maria Diaz Ferraz do Amaral, que lutou ao lado dos homens num confronto contra os índios Caiapó no interior de Goiás; e Ana Bastarda, que, para afirmar a sua condição de mulher livre, condição sempre ameaçada por ser índia, deixou um testamento. Ainda no século XVII, destacaram-se a Iguaçú, índia da nação Tamoio, que, ao lado dos franceses, lutou na disputa pelo domínio das terras da Baía de Guanabara; Inês de Souza, que, na luta contra os corsários franceses em defesa da cidade do Rio de Janeiro, reunia mulheres e crianças, vestindo-as com armaduras masculinas para que simulassem manobras de defesa na praia; Ana Paes d'Alto ou Ana de Holanda, dona de um engenho que abrigava as mulheres e filhas dos principais líderes da revolta pernambucana contra o domínio holandês no Brasil e que foi palco de um dos combates mais violentos da guerra contra os holandeses. (FONSECA-SILVA, 2012, p.186)

Com a modernidade, ocorreram importantes transformações nos papéis de gênero e foi negado à mulher o acesso ao espaço público,

pode-se dizer, portanto, que o mundo moderno atribuiu à mulher funções próprias do domínio privado, como os cuidados da casa e dos filhos, na manutenção de uma estrutura que permitiu aos homens o envolvimento com assuntos políticos e econômicos, próprios do domínio público. Mulheres e crianças passaram, ainda, a serem consideradas como frágeis e necessitadas da proteção masculina, numa divisão de papéis que tornou possível, segundo Rocha- Coutinho, “o domínio do homem sobre a mulher, disfarçando-o sob a capa de proteção.” (COELHO e BAPTISTA, apud, ROCHA-COUTINHO, 2009, p. 87)

Limitadas ao espaço privado, a situação precária vivenciada pelas mulheres “somente pode buscar um caminho próprio, de ampla reformulação política, jurídica e social, depois dos acontecimentos revolucionários do fim do século XVIII.” (GROSSMANN e NUNES, apud MARTIN, 2014)

Sobre essas transformações, Baptista e Coelho ponderam:

No final do século XIX surgiram algumas publicações femininas que expressavam os embates da época a respeito do papel feminino. A primeira delas, 'O Jornal das Senhoras', teve sua primeira edição publicada em primeiro de janeiro de 1852. Este jornal questionava o tratamento conferido às mulheres pelos maridos, defendendo que fossem mais valorizadas – o que, à época, significava um reconhecimento dos aspectos emocionais e espirituais da mulher, nos papéis de mãe e esposa, o que de fato ocorreria mais tarde. (COELHO e BAPTISTA, 2009, p. 87)

De acordo com Coelho e Baptista (2009, p. 87), a atividade filantrópica, que tinha como finalidade retirar as mulheres que compunham a burguesia brasileira do tédio de suas limitadas atribuições, tendo em vista que a maioria, se não todas elas (trabalhos domésticos e com os filhos), eram exercidas pelos escravos, permitiu que elas pela primeira vez pudessem desempenhar papéis na sociedade.

Foi pelo desdobramento dessa atividade filantrópica que as mulheres se inseriram no movimento abolicionista, onde operaram as primeiras reivindicações de direitos sociais. Sobre essa participação, a autora Maria da Conceição Fonseca–Silva em sua obra relata:

No final do século XIX algumas mulheres criaram organizações dedicadas à causa abolicionista: Maria Tomásia Figueira presidiu a “Sociedade das Senhoras Libertadoras” ou “Cearenses Libertadoras”, criada em 1882, em parceria com Maria Correia do Amaral; Elvira Pinho fundou associações em Fortaleza e no interior do Estado, em favor da liberdade, contribuindo para que a Assembleia Legislativa Provincial decretasse o fim da escravidão no Ceará, em 1884; Elisa de Faria Souto, Olímpia Fonseca e Filomena Amorim criaram, em 1884, a associação “Amazonenses Libertadoras”, com o intuito de defender a emancipação de todos os escravos do solo amazonense, atingindo o objetivo um ano antes da Lei Áurea, em 30 de março de 1887. Destacamos igualmente Adelina, filha de uma escrava e de seu proprietário, um homem que a obrigava a vender nas ruas da capital maranhense os charutos que fabricava. Como sabia ler e escrever, aos 16 anos frequentava comícios da sociedade abolicionista Clube dos Mortos e, consciente da sua causa, utilizava o seu trabalho para descobrir com antecedência os planos da polícia sobre a perseguição a escravos fugidos e informar os companheiros, ajudando-os na articulação das fugas de escravos. (FONSECA-SILVA, 2012, p. 188-189)

Em 1870, foram criados jornais feministas que defendiam o acesso das mulheres à educação de nível superior, outra grande luta desempenhada pelos movimentos das mulheres, pois estas eram excluídas dos espaços de conhecimento e, sem ele, a resistência ao sistema opressor era praticamente impossível. Coelho e Baptista, em seu trabalho, citando Hahner, destacam os seguintes jornais da época:

A partir da década de 1870, foram fundados outros jornais feministas. Ressaltavam a relevância da educação das mulheres, não apenas em seu benefício, mas principalmente voltada para o bem comum. Algumas editoras, como Da. Violante, do jornal 'O Domingo', defendiam educação para as mulheres equivalente à dos homens, para que se tornassem boas esposas e mães. Já a editora de “O Sexo Feminino”, Da. Francisca defendia que a atividade de professora primária fosse atribuída às mulheres, como extensão das “funções maternas e de nutrição” (Hahner, 1981: 55), além de outras atividades que propunha fossem atribuídas exclusivamente aos homens, por envolver força física. Defendia que as mulheres pudessem se inserir em outras carreiras, por não serem elas inferiores aos homens, além da “idéia essencial de que a

dependência econômica determinava a subjugação feminina e de que uma educação melhor poderia ajudar a elevar o status da mulher” (Hahner, 1981: 55). Outra editora, Josefina Azevedo, defendia não só o voto feminino, mas também o divórcio, quando este representasse a intenção de ambos os cônjuges. (COELHO e BAPTISTA, apud, HAHNER, 2009, p. 88)

Com as transformações da sociedade, por acontecimentos políticos e revoluções, deu-se início a organização do movimento feminista, em prol dos direitos das mulheres que muito além das limitações do lar e dos cuidados com os filhos, passaram a observar, questionar e desconstruir a sociedade patriarcal e androcêntrica que as subjugava.

Grossman e Nunes (2014) demonstram que em resposta a essa nova estrutura social que tentava se fixar no Brasil, foi trazido à tona o sufrágio feminino, em 1891, na elaboração da primeira constituição brasileira, porém a assembleia constituinte vetou tal direito, com os principais argumentos baseados na inferioridade feminina e que a inclusão da mulher na vida pública poderia abalar os alicerces da família.

Contudo, a ideia que foi plantada, não foi mais abandonada. O sufrágio feminino tornou-se o principal foco na busca dos direitos da mulher, pelos movimentos feministas, pois não há de se falar em consagração de direitos, sem estar resguardada na constituição como cidadã capaz. Dessa forma, as mulheres se uniram e formaram o movimento sufragista no Brasil, aliado ao modelo do movimento que já existia na Europa, desde o final do século XIX.

Apenas em 1946 o voto feminino tornou-se, finalmente, obrigatório, promovendo a eleição da primeira deputada estadual, Conceição da Costa, em 1947, que foi a primeira mulher a assumir a presidência de uma assembleia legislativa no Brasil. Sobre esse demorado, mas tão importante feito ensinam, ainda, Grossmann e Nunes (2014) que:

Ocupar o espaço público e ser reconhecida e se reconhecer como um sujeito político representa interagir e interferir para desconstruir a cultura patriarcal dominante. Por esta razão, o direito ao voto foi um dos últimos direitos conquistados pelas mulheres, muito após a conquista de leis mais igualitárias, do acesso à educação e ao mercado de trabalho. (GROSSMANN e NUNES, 2014)

O ano de 1964 foi marcado pelo período da ditadura militar. Nessa época, o processo eleitoral e, por conseguinte, a legislação eleitoral, ficaram à mercê dos interesses do regime, caracterizado pela centralização do poder nas mãos do presidente que reforçava suas imposições pela implantação de diversos atos institucionais.

Houve participação efetiva de mulheres nesse tétrico período da nossa história, Maria da Conceição Fonseca-Silva dispõe, em sua obra, as dificuldades enfrentadas pelas mulheres na época que se declararam, por meio de luta, contrárias às repressões desse regime político:

Muitas mulheres, em sua maioria jovens da classe média e intelectualizadas, engajaram-se em movimentos e organizações clandestinas de esquerda e lutaram pela recuperação dos direitos civis e políticos, nas décadas de 60 e 70 até início da década

de 80. Além de lutar pela igualdade de direitos, as mulheres, ao lado dos homens que participavam dos movimentos e organizações clandestinas, lutavam também pela redemocratização do país, pela anistia aos presos políticos e por melhores condições de vida, sendo taxadas pelo regime como subversivas e terroristas. Na lista de nomes de mulheres figura 'Dilma Rousseff'. (FONSECA-SILVA, 2012, p. 192)

A autora Maria da Conceição Fonseca-Silva, citando Bastos e Ridenti, conclui que:

Ao tratar da relação entre mulher e política no período entre os anos 60 e 70 do século XX, especificamente, sobre aspectos da militância feminina em organizações clandestinas contra o regime militar brasileiro, Bastos (2004, p. 1) afirma que “as transformações sociais ocorridas na sociedade brasileira, especialmente a partir dos anos 60, criaram as condições mais gerais para a efetiva constituição da ‘mulher como sujeito político’” na luta pela transformação das relações sociais e políticas. Ridenti (1990) salienta que na década de 1970 as mulheres militantes correspondiam a 16% dos quadros das organizações de esquerda e a 18,3% do total de militantes armados. (FONSECA-SILVA, Maria da Conceição apud BASTOS e RIDENTI, 2012, p.192)

Com o fim da ditadura e o regresso da democracia no país a mulher evoluiu no espaço público, até a grande conquista que foi sua chegada à presidência.

A partir da década de 80 a participação da mulher na política brasileira intensificou-se. Maria Luiza Fontenele, em Fortaleza, tornou-se a primeira prefeita de uma capital, em 1986, e Iolanda Fleming, do Acre, tornou-se a primeira governadora, no mesmo ano. Luiza Erundina, em São Paulo, foi a primeira prefeita da maior cidade do país, em 1989; e Júnia Marise Azeredo Coutinho, em Minas Gerais, e Marluce Pinto, em Roraima, foram as primeiras senadoras eleitas por voto direto, em 1990. Sendo seguidas por Roseana Sarney, eleita senadora pelo estado do Maranhão em 1994. Ellen Gracie Northfleet tornou-se a primeira mulher a integrar (como ministra) a Suprema Corte do Brasil desde a sua criação, em 2002, e a primeira presidente eleita do Supremo Tribunal Federal, em 2006. Dilma Rousseff, depois de ter sido presa, torturada e taxada pelo regime militar como subversiva e terrorista, tornou-se a primeira mulher a ocupar a função de Ministro das Minas e Energia, em 2003, a função de Chefe da Casa Civil (equivalente ao cargo de primeiro-ministro), em 2005, e a primeira presidente do Brasil, em 2010. (FONSECA-SILVA, 2012, p. 193)

Os espaços de lutas por causas femininas têm crescido ao longo dos anos, como reflexo de toda a movimentação exercida por organizações de mulheres que existiram ao longo da história, o que levou a mulher a ser considerada um indivíduo político. Para melhor retratar esse processo, serão apresentados os momentos que asseguraram a aceitação da mulher no espaço público, apesar de ela, até hoje, se mostrar bastante debilitada.

2. A afirmação da mulher na política brasileira

Como já dito, a mulher enfrentou um caminho árduo para ganhar espaço na sociedade, e no que diz respeito à política, essa caminhada foi, e continua sendo, especialmente penosa. Os movimentos que levaram a mulher a ganhar espaço, voz e vez na política nacional foram de grande importância para que ela pudesse se afirmar como ser político, e conseqüentemente, como cidadã.

Andreucci (2012, p. 59) ensina que, quando as mulheres passaram a se manifestar de fato na busca por direitos, uma das suas primeiras reivindicações foi o direito ao voto. Após 1850, apareceram as primeiras organizações femininas que buscavam a concessão do direito ao voto.

Em 1910, mesmo sem ter ainda o direito ao voto ou de ser votada, houve a criação do Partido Republicano Feminino que rompeu com conceitos e modelos do período.

Ao escolher fundar um partido ao invés de qualquer outra forma de representação, as fundadoras demonstraram a importância da ocupação pelas mulheres dos espaços formais de poder, de se colocar como representantes das mulheres no cenário político, ocupando o espaço público. Este partido, precursor da participação política das mulheres, foi um marco importante no sentido de sinalizar que as mulheres não queriam mais ser coadjuvantes no espaço público, almejaram ser protagonistas e ter voz, representantes e votos no país. (GROSSMANN e NUNES; 2014)

Deolinda Daltro, fundadora desse partido, liderou uma passeata com cerca de quase cem mulheres, em 1917, reivindicando o direito da mulher ao voto. Esse movimento teve apoio da Federação Brasileira pelo Progresso Feminino, organização que surgiu em 1922, liderada por Bertha Lutz, uma das pioneiras na luta feminina pelo direito ao voto, que posteriormente, veio a ser a segunda mulher a ocupar um cargo na Câmara dos Deputados (ANDREUCCI, 2012, p. 59).

Em 1928, algumas mulheres conseguiram exercer o direito ao voto.

A professora Celina Guimarães Viana conseguiu seu registro para votar, há 86 anos, baseada na lei que dizia que no Estado do Rio Grande do Norte, poderiam votar e ser votados, sem distinção de sexos, todos os cidadãos que reunissem as condições exigidas pela lei. Com essa norma, mulheres das cidades de Natal, Mossoró, Açari e Apodi alistaram-se como eleitoras em 1928. E houve um caso de uma mulher que conseguiu o alistamento eleitoral logo após a proclamação da República invocando a Lei Saraiva, promulgada em 1881, que determinava direito de voto a qualquer cidadão que tivesse uma renda mínima de 2 mil réis. (GROSSMANN e NUNES apud TRE, 2014)

Em 1927, no Rio Grande do Norte, foi elaborada e aprovada a Lei Eleitoral nº 660, que contemplava o direito de votar e ser votado a todos os cidadãos que dispusessem dos requisitos expostos, sem discriminação de sexo, o que proporcionou o ingresso de várias mulheres a reivindicar a inscrição eleitoral. Com isso, no dia 25 de novembro do mesmo ano Celina Guimarães conseguiu seu registro, tornando-se a primeira brasileira eleitora. (FONSECA-SILVA, 2012, p. 189)

Em 1º de janeiro de 1929, Luíza Alzira Soriano Teixeira tomou posse como a primeira prefeita eleita no Brasil e na América Latina. Disputou as eleições para a prefeitura de Lajes (interior do Rio Grande do Norte), em 1928, através do Partido Republicano, sendo eleita com 60% dos votos. (GROSSMANN e NUNES; apud TSE, 2014) No entanto, a Comissão de

Poderes do Senado impediu que ela concluísse o mandato, anulando todos os votos das mulheres que haviam se alistado. (FONSECA-SILVA, 2012, p. 189)

Em 1934, Carlota Pereira de Queiroz foi eleita a primeira deputada federal no Brasil. Ainda no mesmo ano, Joanna da Rocha Santos se tornou a segunda prefeita no país, ao ser eleita na cidade de São João dos Patos, no Maranhão. (FONSECA-SILVA, 2012, p. 190)

Algumas mulheres chegaram a pleitear individualmente ao judiciário o direito ao voto, tendo em vista que não existia manifesta vedação sobre o assunto. Assim, Isabel de Souza Matos, adquiriu o direito de se alistar em 1881, através da primeira instância. No entanto, a decisão foi revogada posteriormente em segunda instância (GROSSMANN e NUNES, apud, PINTO, 2014)

Com a revolução de 30, as feministas conseguiram levar a discussão do sufrágio feminino ao presidente Vargas, que indicou Bertha Lutz para discutir o parecer acerca do Anteprojeto da Constituição de 1932, isso resultou na publicação do Código Eleitoral Provisório, instituído pelo Decreto n.º 21.076, de 24 de fevereiro de 1932, que concedeu as mulheres o direito ao voto. (FONSECA-SILVA, 2012, p. 190)

Porém, apenas aquelas que atendiam a alguns critérios detinham esse direito, como por exemplo: as que desempenhavam cargos públicos; as que eram casadas e recebiam a autorização de seus maridos; e viúvas e solteiras que tivessem renda própria. (GROSSMANN e NUNES, apud TRE, 2014)

É pertinente apontar que as condições impostas para que esse direito fosse exercido, acabavam por afastar as mulheres da política, pois em 1932, o acesso ao trabalho era restrito e a legislação civil da época subordinava as mulheres aos maridos e aos pais, de forma que de maneira geral, eram poucas as que conseguiam gozar desse direito. (GROSSMANN e NUNES; 2014)

Essas restrições do Código Eleitoral Provisório só foram abolidas em 1934, quando Getúlio Vargas promulgou o novo Código Eleitoral, que foi incorporado à Constituição Federal daquele ano.

No entanto, havia nele uma ressalva, contida em seu artigo 121, o qual estabelecia que o voto não era obrigatório para as mulheres e para os homens com mais de sessenta anos, podendo estes se isentarem das obrigações eleitorais. (ANDREUCCI, 2012, p. 60).

Com a Ditadura do Estado Novo (1937-1945) e o fechamento do Congresso pelo presidente Getúlio Vargas, as mulheres tiveram seu direito, a tão pouco conquistado, revogado, só sendo reconquistado com o reestabelecimento da democracia no país. (FONSECA-SILVA, 2012, p. 190)

A presença do voto da mulher na Constituição da época, só ocorreu pela grande pressão realizada pelos movimentos feministas. (GROSSMANN e NUNES; 2014) O voto pleno e obrigatório, e de forma igualitária, só ocorreu em 1946, quando houve a reforma eleitoral que tornou o voto obrigatório também para elas. (TRE-ES, 2014)

Avançando na história do país, em 1985, o Conselho Nacional dos Direitos da Mulher criou uma campanha intitulada “Mulher e Constituinte” (AMÂNCIO, 2013, p. 77). O objetivo dessa campanha era percorrer todo o país para conhecer os obstáculos enfrentados pela mulher, saber quais as maiores necessidades e realizar debates que viabilizassem a criação de propostas, que posteriormente seriam levadas ao parlamento.

Vários movimentos feministas aderiram a essa campanha que chegou ao parlamento e foi chamado *Lobby do Batom*. Esse movimento se tornou um instrumento de participação política feminina extremamente importante e decisivo pra história da mulher (AMÂNCIO, 2013, p. 78).

O *Lobby do Batom* era composto por 26 constituintes, conhecidas também como bancada feminina. Andreucci (2012, p.62) retrata que elas lutavam pela inclusão de direitos da mulher na nova constituição, mobilizando movimentos feministas e membros do parlamento, junto com a campanha. Posteriormente, o movimento conseguiu a aprovação de 80% das propostas encaminhadas para formulação da nova constituinte (CARNEIRO, 2013, p. 117).

O alargamento do direito ao voto da mulher ganhou efetiva força com a promulgação da Carta Magna de 1988, pois ao elencar no art. 5º, I que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações”, proporcionou à mulher o reconhecimento como pessoa de direito que ela é, sem estar vinculada ao homem ou depender de qualquer autorização deste.

Ao disciplinar sobre os direitos políticos, a Carta Magna afirma que o voto é obrigatório para todos os maiores de 18 (dezoito) anos, sem distinção de sexo. Mais à frente, ao apresentar condições para que alguém seja eleito, a Constituição apresenta critérios específicos dos quais nenhum está ligado ao sexo.

Em 1995 foi editada a Lei Federal nº 9.100, que legislou acerca das eleições municipais que aconteceriam no ano seguinte, e nela foi exigido que, no mínimo, vinte por cento das vagas de cada partido ou coligação para concorrer ao cargo de vereador, deveriam ser preenchidas por candidaturas de mulheres.

Já em setembro de 1997, na Lei das Eleições nº 9.504/97, foi estabelecido que cada partido ou coligação deveria reservar, no mínimo, trinta por cento e, no máximo, setenta por cento do número de candidaturas para membros de cada sexo, dando a essas cotas o teor

nacional. Assim, em 1997, cerca de 7% das cadeiras da Câmara dos Deputados foram ocupadas por mulheres; 7,4% no Senado Federal; e 6% nas prefeituras brasileiras. (GOULART, 2012)

O ordenamento jurídico tentou inserir a mulher na política e, em 2009, foi editada a Lei nº 12.034 que modificou algumas leis, como a Lei nº 9.096/1995, privilegiando a promoção e difusão da participação da mulher na política, salvaguardando mais espaço em programas que visam difundir e fomentar a participação delas no espaço público. Modificou também a Lei nº 9.504/97, reescrevendo o seu artigo 10, § 3º, estabelecendo que deveriam ser preenchidas, no mínimo, trinta por cento e, no máximo, setenta por cento das candidaturas com membros de cada sexo, diferentemente da redação anterior, que dizia que devia ser reservado esse percentual para membros de cada sexo.

Existe muita desobediência à lei de cotas, nos dias atuais. Muitas vezes, essas são cumpridas apenas para preencher legenda, pois quem detém a maior concentração de poder, na política, é o homem. Esse descumprimento se dá também pelo fato de que não há punição prevista para aqueles que a descumprem, assim, além de existirem candidaturas fantasmas, há também os que nem se dão ao trabalho de preencher os 30%, pois sabem que não sofrerão nenhuma represália.

Para a época em que foi instituída, essa mudança na Legislação trouxe uma melhora significativa e imediata para a situação da mulher na sociedade. Hoje em dia, no entanto, o grau de representatividade encontrado não se mostra eficiente.

3. A presença da mulher na política brasileira

A luta feminina para conquistar seu espaço, seus direitos e sua afirmação foi e, ainda, é árdua. Embora os avanços legislativos sejam evidentes, o cenário prático político mostra uma realidade muito diferente.

Em 2012, primeira eleição para vereadores com a alteração na lei de cotas, o número de candidatas foi de 133.864 (PORTAL BRASIL, 2016); no último pleito, esse número foi de 153.315 (TSE, 2016), no entanto, se elegeram apenas 7.810 vereadoras. Já entre as candidatas ao cargo de chefe do executivo municipal, das 2.150 candidatas apenas 640 foram eleitas (TSE, 2016). Um dado importante é que das 26 capitais brasileiras apenas a cidade de Boa Vista é comandada por uma mulher, “O cenário é idêntico ao de 2012, quando apenas Teresa era a única mulher entre os prefeitos das capitais”. (INSTITUTO TEOTÔNIO VILELA, 2016)

Os números do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) evidenciam que os partidos vêm cumprindo o disposto na legislação, já que o número de candidatas representa 30,85% do total, porém embora tenha crescido o número de candidatas à vereadora.

Em todo o Brasil, 14.498 candidatas não receberam nenhum voto para a câmara municipal, apesar de estarem aptas a disputar as eleições. Elas representam 1 em cada 10 candidatas a vereadora (10%). Já os números masculinos são bem diferentes. Em todo o país, 0,6% dos candidatos homens não receberam nenhum voto. (ROSSI e MAZOTTE, 2016)

Tal fato pode constatar que há uma tentativa dos próprios partidos em pôr candidatas no pleito como fantasma, apenas para fechar a cota mínima exigida pela lei.

A evidência está nos números: nas eleições de 2008, antes da cota, cerca de 2 mil candidatas não receberam nenhum voto. Em 2012, a primeira eleição que exigiu o mínimo de 30% para um dos sexos, o número saltou para 20,7 mil. E, em 2016, ficou em 14,5 mil. Enquanto isso, cerca de 2 mil homens não receberam voto nenhum em 2008; 2,7 mil, em 2012; 1,7 mil, em 2016 – nenhuma grande variação em três pleitos, o que contrasta com números femininos. Enquanto as mulheres foram metade de todas as candidaturas sem voto em 2008, saltaram para 9 de cada 10 nas duas eleições municipais em que a cota estava valendo. (ROSSI e MAZOTTE, 2016)

É possível que a lei, que fixa um percentual mínimo de candidatas, esteja se tornando ficta, pois numa comparação entre o pleito de 2012 e o de 2016 “o balanço das urnas foi parecido: 13,3% de eleitas, em 2012; 13,5%, em 2016” (ROSSI e MAZOTTE, 2016).

Na esfera federal, a participação das mulheres nas casas legislativas é menor do que a expectativa, em 2014 foram candidatas à Deputada Federal 1.796 mulheres (TSE, 2014), dessas apenas 50 se elegeram (PORTAL BRALSIL, 2016). Já no Senado Federal, das 81 cadeiras da casa, 12 são ocupadas por mulheres. Quando se fala na mulher negra:

[esta] ainda é sub-representada no Parlamento. Dados do IBGE apontam que existem no Brasil cerca de 97 milhões de pessoas negras. Estudos realizados pela União dos Negros pela Igualdade (Unegro) apontam a baixa representatividade do negro nas casas legislativas. Atualmente, a Câmara dos Deputados é composta por 9% de negros, 44 afrodescendentes, sendo apenas 4 mulheres. (BRITO, 2017)

Se a mulher, por ser mulher, já é quase invisível no cenário político-nacional, as mulheres negras e mulheres LGBT's são ainda mais invisibilizadas.

Existem alguns programas voltados para as mulheres, com perspectiva de gênero ou que têm grandes possibilidades de gerar mudanças na vida das mulheres. Estes programas, no entanto, carecem de fortalecimento e maior articulação. Podemos destacar os programas: de segurança alimentar; Pronaf Mulher; Saúde da Mulher; Educação na primeira infância; Combate ao abuso e à exploração sexual de crianças e adolescentes; Igualdade de Gênero nas Relações de Trabalho; Combate à Violência Contra as Mulheres; Cotas na política, nas universidades e no trabalho; e o mais recente, Programa Brasil sem Homofobia – Programa de Combate à Violência e à Discriminação contra Gays, Lésbicas, Transgêneros e Bissexuais (GLTB). (RODRIGUES, 2004)

Nas questões raciais ainda é mais fácil encontrar números de participação, no pleito de 2016, se candidataram 84.319 mulheres brancas, 13.383 mulheres negras, 59.587 mulheres

pardas, 691 mulheres amarelas e 473 mulheres indígenas (TSE, 2016). Desses totais, foram eleitas 5.865 mulheres brancas, 355 mulheres negras, 2.955 mulheres pardas, 53 mulheres amarelas e 24 mulheres indígenas (TSE, 2016). Não existe dados no TSE acerca das mulheres LGBT's, o que demonstra que as questões de gênero ainda não têm pauta, nem discussão na Corte Eleitoral.

Analisando a representação feminina brasileira num campo macroespacial, vê-se que “não é um problema exclusivamente brasileiro, pois em escala global as mulheres estão sub-representadas na política, tanto como eleitoras quanto nos cargos eletivos em todos os níveis” (BUENO, 2017). Ou seja, o fato do pouco espaço para elas na política não é uma realidade restrita ao Brasil, a dificuldade é enfrentada mundialmente.

O Projeto Mulheres Inspiradoras (PMI) divulgou no início de 2017 um *ranking* mundial acerca da representação feminina nos parlamentos. Com base nos dados do TSE e do Banco Mundial (Bird) o Brasil ficou em 115ª posição, no universo de 138 países usados no estudo (BERALDO, 2017). Em outro estudo realizado pelo Inter-Parliamentary Union, o Brasil aparece em 154º lugar, no universo de 193 países (SANTOS, 2017). Tais dados são alarmantes pelo fato de que

o nível de participação de mulheres no Poder Legislativo é um indicador confiável do grau de amadurecimento das democracias: quanto mais postos o sexo feminino conquista na cúpula do governo, mais igualitário tende a ser aquele país – ou, pelo menos, mais preocupados os governos estão em reduzir as diferenças entre homens e mulheres. (SANTOS, 2017)

Nos últimos 26 anos, o Brasil conseguiu aumentar em 87% a participação das mulheres no Parlamento Federal, ficando na 97ª posição na classificação que analisa o desempenho dos países em aumentar a participação política da mulher. Entretanto, mesmo com tamanho aumento, não foi possível superar os 30 anos de atraso, posto que o Brasil não atingiu a média mundial de 1990 que é de 12,7%. A média de representação do Brasil hoje é de 9,9% (BERALDO, 2017).

O Brasil nas questões de representatividade aparece atrás de países como Ruanda, Bolívia, Cuba e Equador. É de se observar que esses países têm, respectivamente, o percentual de 63,8%, 53,1%, 48,9% e 41,6% de mulheres presentes em seus parlamentos, percentuais muito acima do Brasil, e é de se apontar, ainda, que na questão de desenvolvimento humano (IDH) o Brasil está muito à frente desses países, esses países menos desenvolvidos conquistaram o sufrágio feminino muito depois que o brasileiro. Ruanda, por exemplo, conquistou o sufrágio feminino em 2003 com a redemocratização do país e com a nova Constituição (PORTAL CIDADES SUSTENTÁVEIS, 2015).

O ambiente político, assim como o ambiente social e econômico, é marcado pela dominação masculina e pela realidade construída socialmente de que uma mulher não pode ter autoridade sobre homens e tem, portanto, todas as possibilidades de, sendo todas as coisas em tudo iguais, ver-se preterida por um homem para uma posição de autoridade ou de ser relegada às funções subordinadas e de auxiliar (OLIVEIRA apud BOURDIEU, 2013).

O Brasil aparece no “154º lugar entre 193 países do ranking elaborado pela associação, à frente apenas de alguns países árabes, do Oriente Médio” (SANTOS, 2017). Tais países têm por comum característica a repressão às mulheres, onde os homens comandam e os espaços são feitos e construídos para eles. Dado os números é possível afirmar que há um empecilho para que a mulher se estabeleça no cenário político, sendo o machismo o fator mais presente e que, ainda, está enraizado na sociedade brasileira.

Em um estudo realizado por Bruno Santos (2017) foram analisados dados acerca do nível de escolaridade dos eleitores apresentados ao TSE e o Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) dos municípios, não sendo encontrada relação entre estes e a falta de representação feminina nas casas legislativas, já que na pesquisa realizada tais fatores corroboram com a falta de participação da mulher na política. O pesquisador afirma que

A falta de correlação indica que o mau desempenho das mulheres nas eleições brasileiras não tem a ver com as características do eleitorado em termos de nível de renda, educação ou saúde nas cidades brasileiras. Não são os mais pobres, ou os menos escolarizados, ou os moradores dos rincões do país que votam menos nas mulheres – somos todos nós. Ou seja, não levar as mulheres a sério nas eleições é algo disseminado pelo território brasileiro. [...] É provável que exista uma questão cultural, ligada a preconceito e discriminação. (SANTOS, 2017)

Destarte, é possível afirmar que o grande fator para que a mulher brasileira não tenha uma maior representação na política, além da falta de apoio, está ligado ao machismo que se encontra institucionalizado.

Após o afastamento de Dilma Rousseff, em maio de 2016, Michel Temer assumiu interinamente o governo federal e apresentou a nova equipe de governo. É de extrema significância apontar os 24 Ministros (MATOSO; CALGARO; MARTELLO, 2016) todos são homens, ou seja, nenhuma mulher foi escalonada para gerir um ministério, o que apenas comprova o quão árduo, ainda, é para uma mulher estar presente no cenário público. Hoje, há apenas 02 (duas) mulheres no escalão do Governo Federal: o Ministério dos Direitos Humanos, chefiado por Luislinda Valois, e a Advocacia-Geral da União, com Grace Maria Mendonça.

Como demonstrado por Bruno Santos (2017), quanto maior o número de mulheres nos cargos de comando é possível observar o desenvolvimento do país e também mostrar que este se preocupa em deixar igualitário o posicionamento entre homens e mulheres.

Então, mesmo com a equiparação pelo art. 5º da Constituição, onde as mulheres e os homens são iguais e mesmo com os avanços constitucionais e legislativos para que a mulher tenha força, poder e, ainda, igualdade na participação na política nacional, é preciso que inúmeros paradigmas sejam mudados e ressignificados. É, ainda, necessário que exista uma maior fomentação, tanto dos partidos, quanto da própria sociedade, para que a mulher seja um maior agente político, mais participativo, mais representante e mais presente.

Conclusão

Pode-se afirmar que os espaços de lutas por causas femininas têm crescido consideravelmente nos últimos anos, através organizações distintas, no Brasil e internacionalmente, contudo não significa que a mulher é aceita no espaço público, ou que a sociedade brasileira esteja desconstruindo de maneira factual sua herança machista e cultura patriarcal. É necessário modificar esse cenário para que a mulher possa participar verdadeiramente da política no país e ter seus direitos resguardados, por outras mulheres, que as represente nesses espaços de poder, mudando o cenário atual de maneira emancipatória.

Evidencia-se, por meio da análise bibliográfica realizada, que a participação da mulher na política progrediu consideravelmente. Contudo, esse avanço foi maior no âmbito teórico do que no prático. Embora a trajetória política da mulher tenha ascendido nos últimos anos, ainda existe uma necessidade de que haja um equilíbrio maior para que a representatividade feminina se solidifique e, assim, proporcione maior espaço para discussão de gênero no âmbito político.

Referências

AMÂNCIO, Kerley Cristina Braz. **“Lobby do Batom”**: uma mobilização por direitos das mulheres. Revista Trilhas da História, Três Lagoas, v. 3, nº 5, 2013. Disponível em: <<http://seer.ufms.br/index.php/RevTH/article/viewFile/444/244>>. Acesso em: 10/10/2016.

ANDREUCCI, Ana Claudia Pompeu Torezan. **Igualdade de Gênero e Ações Afirmativas**. Desafios e perspectivas para as mulheres brasileiras pós Constituição Federal de 1988. 1. São Paulo: LTr, 2012.

BERALDO, Lilian. EBC Agência Brasil. **Brasil ocupa 115º lugar em ranking de mulheres na política**. Disponível em <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2017-03/brasil-ocupa-115o-lugar-em-ranking-de-mulheres-na-politica>> Acesso em 08/10/2017.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. 292 p. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 07/10/2017.

_____. **Lei nº 9.100**, de 29 de setembro de 1995. Estabelece normas para a realização das eleições municipais de 3 de outubro de 1996, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 29 de setembro de 1995. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9100.htm> Acesso em 08/10/2017.

_____. **Lei nº 9.504**, de 30 de setembro de 1997. Estabelece normas para as eleições. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 30 de setembro de 1997. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9504.htm> Acesso em 08/10/2017.

_____. **Lei nº 12.034**, de 30 de setembro de 2009. Altera as Leis nºs 9.096, de 19 de setembro de 1995 - Lei dos Partidos Políticos, 9.504, de 30 de setembro de 1997, que estabelece normas para as eleições, e 4.737, de 15 de julho de 1965 - Código Eleitoral. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/12034.htm> Acesso em 08/10/2017.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. **Dados estatísticos: eleições 2014**. Secretaria de Gestão da Informação. Brasília: Tribunal Superior Eleitoral, 2014.

BRITO, Sávila Midiã Florindo Pereira de. Fundação Ulysses Guimarães. **A falta de representação feminina na política: lugar de mulher também é na política**. Disponível em <<http://www.fundacaoulysses.org.br/blog/noticias/falta-de-representacao-feminina-na-politica-lugar-de-mulher-tambem-e-na-politica/>> Acesso em 08/10/2017.

BUENO, Juliana Moura. Carta Capital. **Ainda precisamos falar sobre as mulheres na política**. Disponível em <<https://www.cartacapital.com.br/sociedade/ainda-precisamos-falar-sobre-as-mulheres-na-politica>> Acesso em 08/10/2017.

CARNEIRO, Sueli. **Mulheres em movimento**. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ea/v17n49/18400.pdf>>. Acesso em: 30/10/2017.

COELHO, Leila M.; BAPTISTA, Marisa. **A História da Inserção Política da Mulher no Brasil: uma Trajetória do Espaço Privado ao Público.** *Revista Psicologia Política* (Impresso), v. 9, 2009. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1519-549X2009000100006> Acesso em 20/10/2017.

FONSECA-SILVA, M. C. . **Memória, mulher e política: do governo das capitâneas à presidência da república, rompendo barreiras.** In: Ismara Tasso; Pedro Navarro. (Org.). *Produção de identidades e processos de subjetivação em práticas discursivas.* 1ed. Maringá: Eduem, 2012, v. 1. Disponível em: <<http://books.scielo.org/id/hzj5q/pdf/tasso-9788576285830-09.pdf>> Acesso em: 20/10/2017.

GOULART, Michel. **25 Conquistas das Mulheres no Brasil.** Disponível em <<http://www.historiadigital.org/curiosidades/25-conquistas-historicas-das-mulheres-no-brasil/>>. Acesso em: 20/10/2017.

GROSSMANN, L. A; NUNES, Josiane B. A. **A importância da participação política das mulheres para a construção de uma nova cidadania.** In: XI Seminário Internacional Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea e VII Mostra de Trabalhos Jurídicos Científicos, 2014, Santa Cruz do Sul. XI Seminário Internacional Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea e VII Mostra de Trabalhos Jurídicos Científicos, 2014. Disponível em: <<http://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidssp/article/view/11847>> Acesso em: 20/10/2017.

INSTITUTO TEOTÔNIO VILELA. Editorial. **Maioria do eleitorado brasileiro, mulheres vão comandar apenas 638 prefeituras.** Disponível em <<http://itv.org.br/pensando-o-brasil/eleicoes/majoria-do-eleitorado-brasileiro-mulheres-vaocomandar-638-prefeituras>> Acesso em 08/10/2017.

MATOSO, Filipe; CALGARO, Fernanda; MARTELLO, Alexandro. **Michel Temer dá posse a 24 novos ministros do governo.** Disponível em <<http://g1.globo.com/politica/processo-de-impeachment-de-dilma/noticia/2016/05/michel-temer-da-posse-aos-novos-ministros-do-governo.html>> Acesso em 20/10/2017.

PORTAL BRASIL. **Mulheres ainda têm baixa representatividade na política, diz especialista.** Cidadania e Justiça. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2016/07/mulheres-ainda-tem-baixa-representatividade-na-politica-diz-especialista>> Acesso em 08/10/2017.

OLIVEIRA, Kamila Pagel. **A trajetória da mulher na política brasileira: as conquistas e a persistência de barreiras.** Disponível em <<http://www.eg.fjp.mg.gov.br/index.php/docman/publicacoes-2013/6-a-trajetoria-da-mulher-na-politica-brasileiraas-conquistas-e-a-persistencia-de-barreiras/file>> Acesso em 20/10/2017.

PROGRAMA CIDADES SUSTENTÁVEIS. **Ruanda: único país onde as mulheres são maioria no parlamento.** Disponível em <<http://www.cidadessustentaveis.org.br/boas-praticas/ruanda-unico-pais-onde-mulheres-sao-maioria-no-parlamento>> Acesso em 17/10/2017.

RODRIGUES, Almira. **Participação Política das Mulheres e Gestão em Política de Gênero.** Disponível em <http://www.spm.gov.br/assuntos/poder-e-participacao-politica/referencias/politica-e-genero/participacao_politica_das_m.pdf> Acesso em 17/10/2017.

ROSSI, Amanda e MAZOTTE, Natália. **Partidos recorrem a candidatas “fantasmas” para preencher cota de 30% para mulheres.** Gênero e Número. Disponível em: <<http://www.generonumero.media/partidos-recorrem-candidatas-fantasmas-para-preencher-cota-de-30-para-mulheres/>> Acesso em 08/10/2017.

SANTOS, Bruno Carazza dos. Politize. **5 dados sobre a participação das mulheres na política brasileira.** Disponível em <<http://www.politize.com.br/participacao-das-mulheres-na-politica-brasileira/>> Acesso em 08/10/2017.

TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DO ESPÍRITO SANTO. **82 anos da conquista do voto feminino no Brasil.** Gestor Responsável: Assessoria de Planejamento Estratégico e Comunicação Institucional. Disponível em <<http://www.tre-es.jus.br/imprensa/noticias-tre-es/2014/Fevereiro/82-anos-da-conquista-do-voto-feminino-no-brasil>> Acesso em 08/10/2017.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. **Eleições 2016: mulheres representam mais de 30% dos candidatos.** Gestor Responsável: Assessoria de Comunicação Disponível em <<http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2016/Setembro/eleicoes-2016-mulheres-representam-mais-de-30-dos-candidatos>> Acesso em 08/10/2017.

_____. **Estatísticas eleitorais 2016 – Candidaturas.** Eleições. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/eleicoes/estatisticas/estatisticas-eleitorais-2016/candidaturas>> Acesso em 08/10/2017.

ANÁLISE DA FAMÍLIA GOUVEIA E SEU PERFIL DE VOTO COM APONTAMENTOS NO DESENHO CONSTITUCIONAL E FEDERALISMO BRASILEIRO

Wiguina Rayam da Silva¹
Leilianne Francielle Silva²
Vanuccio Medeiros Pimentel³

Resumo

O desenho constitucional concebido no Brasil deixa evidente que a constituição de 1988 foi o fator gerador de uma forte descentralização política e administrativa no País. Tal arquitetura não apenas o descentralizou política e administrativamente, mas acima de tudo levou os municípios a condição de ente federativo. O trabalho visa compreender como as elites políticas locais desempenham uma função de poder, ao utilizarem uma nova forma de conseguir chegar a este fim através de alianças que começariam, primeiramente pelo município através de troca de favores, prestando serviços e facilitação orçamentária em favor da política local. Para que se alcance este propósito será utilizado como estudo de caso a família Gouveia que se divide em três irmãos esses atuam nas cidades de Primavera, Amaraji e Escada no Estado de Pernambuco. Analisando também como as estratégias criadas moldam-se ao desenho constitucional, o que corroborou com a eleição de Mary Gouveia a Deputada Estadual em 2010, confirmando a metodologia de apoio de clã para perpetuação na esfera política abordando a figura do nepotismo elencada na súmula vinculante n° 13 do STF e na resolução do CNJ n° 07/2005, já que, o apoio ofertado na candidatura da deputada se configura na distribuição de parentes nos cargos da administração pública dos municípios acima mencionados. Ocorre que ao analisar a votação municipal de cada um dos três municípios se pretende entender que a transição familiar se desenvolve por meio da gestão pública, o apoio político no âmbito estadual, e ao compreender que tipo de estratégia é utilizada pela família Gouveia oportunizando a avaliação das lacunas que se formam referentes a institucionalização do federalismo brasileiro na CF/88.

Palavras-Chaves: Clãs Políticos; Descentralização, Federalismo Brasileiro, Nepotismo, Família Gouveia.

1. O federalismo e a Descentralização como estabilidade dos clãs Políticos

A resposta no processo legislativo do constituinte originário de 1985 foi à descentralização por meio do federalismo, já que, a ansiedade por um sistema perfeito difuso na sociedade, principalmente, porque a constituição foi à resposta há anos de ditadura e que acabariam com qualquer arbitrariedade do Estado, pois o contexto histórico é encontrado a tutela e a dificuldade na CF/88 para não haver uma retroatividade política.

¹ Graduanda em Direito pela ASCES-UNITA, wrayane@hotmail.com

² Graduanda em Direito pela ASCES-UNITA, leiliannefrancielle@gmail.com

³ Doutor em Ciência Política pela UFPE e Professor do Centro Universitário Tabosa de Almeida- ASCES-UNITA, vanucciopimentel@asces.edu.br

O federalismo desenhado pelo Brasil ressalva as oportunidades que os antigos regimes desempenharam no poder no Brasil. Observam-se os mesmos institutos pré-federalismo quando ocorre a mudança da forma de Estado brasileiro. O modelo estadunidense trazido não conseguiu seus objetivos idênticos ao Brasil pela forma estrutural que o Estado estava são algumas delas:

i. Modelo patriarcal: Na qual o Brasil mantém através de seus modelos de família e as instituições de poder públicos;

O olhar sobre o patrimonialismo revela que nos regimes políticos o controle é desempenhado por um pequeno grupo que detém o poder e o controle dos diversos aparelhos que o Estado detinha. Para o sociólogo Max Weber, o patrimonialismo é uma forma de dominação essencialmente tradicional, característica de regimes antigos, ou seja, ocorre como traço característico a necessidade de polos dentro da sociedade para haver o funcionamento da sociedade.

ii. Modelo Clientelista: Na qual eu confundo as instituições públicas e privadas;

Esta terceira característica não se liga a um modelo mais um efeito histórico trazido na parte jurídica das constituições que tiveram grande influência na forma de governo do país que é a centralização e descentralização causando um efeito sanfona e construindo espíritos absolutistas nas altas classes.

iii. Modelo Cultural: O Brasil não exercia na sua Cultura uma abertura federalista tão grande igual aos EUA. É impossível um efeito ser igual quando se têm culturas, meios diferentes.

2. Da Descentralização Estrutural no Brasil

O desenho constitucional concebido no Brasil depreende-se através da descentralização política e pelo federalismo. Tal arquitetura levou a construção dos modelos dos quais conhecemos na parte organizacional e administrativa da constituição denominado os entes federativos: União, Estado e Municípios.

Na organização da Constituição, nos debates acalorados da Assembleia Constituinte, observa-se que a iniciativa do federalismo brasileiro através da descentralização caracteriza-se pela distribuição de subsídios maiores para a União e, em contra partida se realiza a criação do novo ente federativo, o município. Instituído novos gastos governamentais na explosão da criação dos municípios.

O estado passou a ser o grande conflito distributivo acerca dos recursos orçamentários, assim também, como a União e o Município. Tal processo gerou um processo de alianças e

conflitos entre os partidos de maior representação no congresso nacional para a assembleia nacional constituinte. Afirma (SOUZA, 2001, p.08):

Argumento que, embora a decisão de descentralizar poder político e financeiro, o que gerou um novo federalismo, tenha sido marcada por conflitos, tensões e contradições, ela favoreceu a consolidação da democracia, tendo tornado o Brasil um país mais “federal”, pela emergência de novos atores no cenário político e pela existência de vários centros de poder soberanos que competem entre si.

O ato de descentralizar na Constituição de 1988 inicia de um procedimento histórico de repressão que o país viveu anteriormente. (SOUZA, 2001, p.10): A Constituição foi desenhada para formar as bases da nova ordem e para legitimar a redemocratização. A descentralização e um federalismo que constringe o centro, na expressão de Stepan (2000a), foram vistos como formas de legitimar a redemocratização e reestruturar o Estado.

Portanto, a constituição gera uma nova adaptação e novos objetivos e fundamentos gerando diversos problemas sociais, na política, mas o que contribui em massa para ampliar o problema de efetividade dos direitos no Brasil em seus aparelhos federativos. Caracterizado por (SOUZA, 2001, p.12):

A engenharia constitucional brasileira gerou um federalismo que incorpora múltiplos centros de poder e que pode ser caracterizado como um sistema complexo de dependência política e financeira entre esferas de governo. Desde 1988, vários centros de poder, embora desiguais, passaram a ter acesso ao processo decisório e à implementação de políticas. Em um sistema democrático e com marcas os políticos subnacionais tornaram-se uma fonte de apoio para a coalizão nacional de governo, com possibilidades de sustentar ou vetar políticas públicas, inclusive nacionais. A força desses políticos e dessas esferas não significa, todavia, que o Executivo e o governo federal tornaram-se atores passivos.

As escolhas que se moldaram na constituinte geram impacto dentro sistema organizacional e governamental brasileiro. Os problemas fiscais, a falta de organização da criação de municípios, os subsídios que foram decididos através de alianças políticas foram pontos decisivos para acarretar a dificuldade do desenho constitucional traçado na constituição. Tal modelo criado gerou para (SOUZA, 2001, p.14):

A síntese que pode ser feita é que a solução para os principais problemas que afetam o federalismo brasileiro depende menos de como o federalismo está hoje desenhado na Constituição e das instituições que o modelam do que (a) do encaminhamento de conflitos políticos mais amplos, em que o das desigualdades regionais inscreve-se, e (b) da redefinição de prioridades governamentais – tema, portanto, do território das políticas públicas e não da Constituição.

A precariedade gerada pela falta de organização no desenho constitucional levou aos partidos e chefes políticos a traçarem uma nova forma de conseguir chegar ao poder através de alianças que começariam, primeiramente, pelo município através de troca de favores, prestando serviços, facilitando orçamento para a política local. As estratégias criadas moldam-se ao desenho constitucional.

A grande contribuição vem da troca de favores, da influência da família nestas cidades que se colonizaram como engenhos e tendo o senhor comandando os papéis organizacionais

deste local. Aponta-se que o modelo foi essencial para tal. Não se pode descartar tal aspecto social e cultural quando se fala em clãs políticos no Brasil.

A gama de direitos que cuidam e disciplinam as regras para a atuação da soberania popular para contribuir ao exercício da liberdade de participação dos negócios político do Estado, conferindo-lhe os atributos da cidadania. Já os direitos à existência, organização e participação em partidos políticos regulamentam para preservar os instrumentos necessários à preservação do Estado democrático de direito, assegurando autonomia e plena liberdade de desempenhar para concretizar o aparelho representativo.

Sendo a ideia de pacto social que cria a relação da legislação escrita e federalismo onde a sociedade garantidora do direito de participação política promovendo o caminho para a descentralização política compondo então todo esse sistema. Tal rigidez é necessária para poder haver uma estabilidade e garantir a separação de poderes no Estilo americano.

O desenho constitucional facilitou vários rearranjos que colocaram os esquemas de votos garantindo o poder nas mãos de quem construía uma estratégia. Na historicidade política e também pelo apoio de diversas instituições para representação no Legislativo são formas de conseguir. A ideia de desenvolvimento do poder que as igrejas desenvolvem dá-se pela defesa da moral e bons costumes da família tradicional, modelo este pregado na maioria das cidades brasileiras que no federalismo brasileiro desempenha o papel de ente federativo.

A pesquisa vai compreender como a família Gouveia conseguiu desenvolver nas cidades de Amaraji, Primavera e Escada chegando a ter apoio no legislativo estadual com a eleição de Mary Gouveia no pleito (2010-2014) analisando as estratégias desenvolvidas através da máquina pública e a receita destes municípios. Observando o estudo do Padrão de voto de (AMES,2003) que se caracteriza pela expressão numérica espacial de como é conquistado pelo candidato e a segunda palavra demonstra de como se traduziu pela distribuição espacial, ou seja, se as regiões ou locais de voto são dominantes, compartilhados.

3. Do Perfil do Voto

A premissa inicial do trabalho será traçada no estudo do Estado Brasileiro com o desenvolvimento do federalismo e suas características contribuíram para a condensação dos clãs Políticos tendo por consequência a utilização dos padrões de votos a seguir:

- a. Disperso-compartilhado: Ocorre quando o padrão o voto é conseguido por camadas numericamente pouco expressivo e em vários municípios. Poderá ser aplicado a candidatos que façam parte da bancada evangélica nordestina que se

candidatem no interior de seus estados e tenham apoio tão somente das igrejas locais utilizando seus fiéis.

- b. Disperso-dominante: Quando as distribuições espaciais dos municípios principais são dispersas, mas a dominância é alta. Exemplo: É o que ocorre com políticos com acordo com líderes locais ou exerceram cargos na administração pública que conseguiu utilizar-se das práticas clientelistas e patrimonialistas.
- c. Concentrados-dominantes: Ocorre quando os candidatos domina um grupo de municípios próximos. Um exemplo seria uma histórica influência de determinada família em uma determinada região. Que será utilizado para o estudo por a família desenvolver os clãs políticos em 3 (três) municípios da mata sul pernambucana.
- d. Concentrados-compartilhados: São os candidatos que por estarem em locais de grandes áreas metropolitanas, reúnem certos setores do eleitorado que, sozinhos, elegem muitos deputados. Aplicar-se-á aos casos dos deputados que se encontram em zona metropolitana e capitais dos seus respectivos estados da bancada evangélica nordestina, ou seja, são políticos que querem o apoio de segmentos amplos em comunidades específicas e, apesar de se identificarem com essa comunidade, enfrentam uma forte oposição política.

O perfil de voto a ser estudado pela pesquisa será o concentrado-dominante, já que a característica da família Gouveia é a aliança dos Municípios para angariar seus feitos por meio de ascensão na política. Na revisão bibliográfica, se verifica o contexto politico- social que o tema reflete pela geografia do voto: Estudo do estado brasileiro, compreensão dos sistemas eleitorais e investigação das bases de votação do candidato e se ocorrerá o uso do publico para seus interesses particulares. Portanto, afirma (SANTOS,2015, p.32):

Estudos de voto geográfico admitem (e até necessita de) uma intersecção entre a Ciência Política e a Geografia, permitindo o desenvolvimento de estudos mais completos sobre apoios eleitorais e como tais apoios interagem de maneira complexa com os aspectos do território.

3.1 Análise da Família Gouveia: Eleições Municipais de 2008

Este ano foi crucial para a Família Gouveia que é formada por 4 irmãos, porém o estudo dar-se-á em favor de 3 que predominam nos municípios de Escada, Amaraji e Primavera. São eles:

- A. Jandelson Gouveia; (Escada)
- B. Jadeildo Gouveia; (Primavera)
- C. Jânio Gouveia. (Amaraji)

Estes três serão o objeto da pesquisa, já que, são eles os precursores para a elegibilidade da esposa de Jandelson que é Mary Gouveia a deputada estadual no ano de 2010. Foi tão importante esta troca que a pauta de Mary, além de atender, a agenda da mulher, era voltada também para os três municípios, em especial para Amaraji, onde o esposo foi prefeito em 2008 e em outros mandatos anteriores.

Eleições 2008 - 1º Turno - Resultado da votação para Prefeito de AMARAJI

22 JÂNIO GOUVEIA DA SILVA Vice: Maria Bernadete Cabral de Brito PSDB / AMARAJI VOLTADA PARA O FUTURO	PR / AMARAJI VOLTADA PARA O FUTURO 7.782 Eleito
44 Tarcísio do Mercadinho Vice: Verônica do Nascimento Santos Silva PRP	PRP 57 Não eleito
17 Dedé, Vice: Adriana Maria de Albuquerque - PSL / MUDANÇA DE VERDADE COM DIGNIDADE	PSL / MUDANÇA DE VERDADE COM DIGNIDADE 51 Não eleito

FONTE: TSE- Votação Por Município

Eleições 2008 - 1º Turno - Resultado da votação para Prefeito de ESCADA

22- JANDELSON GOUVEIA DA SILVA, Vice: Jose Francisco Bezerra Cavalcanti	PR / ESCADA NO RUMO CERTO 18.906 - Eleito
40- Lucrecio Jorge Gomes Pereira da Silva /Vice: Jose Alves da Silva PC	PSB / FRENTE POPULAR DA ESCADA 16.623 Não eleito

FONTE: TSE- Votação Por Município

Eleições 2008 - 1º Turno - Resultado da votação para Prefeito de PRIMAVERA

22- JADEILDO GOUVEIA DA SILVA/Vice: Valdemir Anibal da Silva	PR / PRIMAVERA RETOMANDO O DESENVOLVIMENTO 2.655 Eleito
45- Romulo Cesar Moura Peixoto/Vice: Fernando Antonio Feitosa Cavalcanti	PSDB / UNIDOS PARA O PROGRESSO 2.425 Não eleito
40- Hermes Alves Cabral/Vice: Alberto Rodrigo Ferreira	PSB / COLIGAÇÃO JUNTOS POR PRIMAVERA 1.731 Não eleito
14- Amaro Batista da Silva Vice: Gustavo Henrique Pereira Dos Santos	PTB / TRABALHANDO PARA NOVOS RUMOS 695 Não eleito

FONTE: TSE

Os dados retirados do TSE, confirmam que em 2008 foi, em outras palavras, o “auge”, do clã estabelecido, em anos anteriores, seja por falta de satisfação popular, ou enfraquecimento local, no caso de Primavera, que, nesta cidade em especial, existe uma lide interna entre os Gouveia que são os “GÁS” e outro candidato do PSDB são conhecidos como “PÃO COM OVO”.

Há de se afirmar que nas eleições municipais de 2016 não ocorreu o mesmo, pela falta de apoio, já que as cidades foram fortemente atacadas com investigação do TCE do Estado de Pernambuco, onde o quarto irmão, não objeto de pesquisa, por não ter sido privilegiado com os gastos da gestão denunciou os demais para serem investigados, como aponta os noticiários locais.

Em 2016, ainda, De acordo com informações dos bastidores da política primaverense, os ex-prefeitos de Escada, Primavera e Amaraji. Jandelson Gouveia, Jadeildo Gouveia (popular Galego do Gás) e Jânio Gouveia, irão assumir secretarias no governo da prefeita eleita Dayse Juliana (PDT), além dos três irmãos, o ex-candidato a prefeito de Amaraji, Juninho Gouveia (PSB), que é sobrinho dos três ex-prefeitos, deverá assumir a secretárias de Agricultura do pequeno município, o mesmo foi derrotado nas urnas pelo agora prefeito eleito Rildo Reis (PR).

O ex-prefeito de Escada, Jandelson Gouveia, assumirá a secretaria de Administração, o ex-prefeito de Amaraji, Jânio Gouveia, assumirá a secretaria de obras, o ex-prefeito de primavera, Galego do Gás, assumirá a secretaria de finanças, Danubia Jussara, deverá assumir a secretaria de saúde, a ex-secretária de educação Joelma, deverá voltar ao posto, e o mais inusitado de tudo é que o cantor Rogério Som, assumirá a secretaria de Cultura de Primavera.

Além destes cargos, na imprensa local é de conhecimento de cargos em comissão por tios, irmãos que são vedados na súmula vinculante nº13 do STF:

A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.

Tal conhecimento foi descoberto pois no ano de 2010, após as eleições da esposa de Jandelson, Mary Gouveia, o TCE rejeitou as contas do Município de Escada e começaram as investigações decorrendo em processos junto ao TRF 5º Região e com a devolução de dinheiro aos cofres públicos, e sendo averiguado a prática de nepotismo e outras infrações decorrentes da lei de improbidade administrativa, como enriquecimento ilícito.

Chegou a tal ponto que houve fragmentação dos Gouveias, acerca da não participação dos gastos e o Prefeito eleito de Amaraji, que não participa do clã: Adailton Antônio de Oliveira em 2012, em investigação afirmou haver um fomento dentro da família para pressioná-lo a fraudar um empréstimo junto a prefeitura, mostrando a força local e do jogo político familiar neste espaço.

Também houve o enfraquecimento desta família, por outro clã, os Magalhães, que têm como foco as cidades de Xexéu e Água Preta se candidataram e parcela da população, eleitores de Jandelson em Primavera, votaram em Eudo Magalhães, neste mesmo ano de 2016.

Devido as investigações e o enfraquecimento citado, a candidata Mary não se reelegeu em 2014 para mais um período como Deputada Estadual de Pernambuco, apenas exercendo um único mandato de 2010-2014.

3.2 Eleição Mary Gouveia em 2010 e Perpetuação do Clã

Mas ao analisar os votos de Mary Gouveia em 2010, verifica-se que esta ascendeu ao cargo, graças à legenda, porém, percebe-se a forte influência da família pela votação que a candidata obteve. Como se observa pelo voto em cada município, primeiramente, Primavera:

1º turno - Resultado da Votação do candidato em Primavera

Nº	Candidato	Partido/Coligação	Votos	Situação
31000	Mary Gouveia Maria Jose Fidelis Moura Gouveia	PHS	1.909	Eleito

* Os candidatos que não foram exibidos obtiveram 0 (zero) votos para os campos selecionados.

*** Os candidatos com situação "Renunciante ou Indeferido" são apresentados com 0 (zero) votos.

**** Para saber a votação dos candidatos indeferidos acesse Eleições 2010 > Divulgação de Resultados > Resultado dos candidatos indeferidos.

Comparecimento: 7.596 (70,80% de 9.723 eleitores aptos)

Votos Apurados: 7.596

1º turno - Resultado da Votação do candidato em Amaraji

Nº	Candidato	Partido/Coligação	Votos	Situação
31000	Mary Gouveia Maria Jose Fidelis Moura Gouveia	PHS	3.301	Eleito

* Os candidatos que não foram exibidos obtiveram 0 (zero) votos para os campos selecionados.

*** Os candidatos com situação "Renunciante ou Indeferido" são apresentados com 0 (zero) votos.

**** Para saber a votação dos candidatos indeferidos acesse Eleições 2010 > Divulgação de Resultados > Resultado dos candidatos indeferidos.

Comparecimento: 12.751 (67,10% de 17.368 eleitores aptos)

Votos Apurados: 12.751

Votos Brancos: 1.304 (10,23% de 12.751 votos apurados)

Votos Nulos: 320 (2,51% de 12.751 votos apurados)

Votos Válidos: 11.127 (87,26% de 12.751 votos apurados)

Abstenção: 5.714 (32,90 de 17.368 eleitores aptos)

Amaraji:

E por fim, Escada:

1º turno - Resultado da Votação do candidato em Escada

Nº	Candidato	Partido/Coligação	Votos	Situação
31000	Mary Gouveia Maria Jose Fidelis Moura Gouveia	PHS	12.083	Eleito

* Os candidatos que não foram exibidos obtiveram 0 (zero) votos para os campos selecionados.

*** Os candidatos com situação "Renunciante ou Indeferido" são apresentados com 0 (zero) votos.

**** Para saber a votação dos candidatos indeferidos acesse Eleições 2010 > Divulgação de Resultados > Resultado dos candidatos indeferidos.

Comparecimento: 36.995 (73,92% de 46.561 eleitores aptos)

Votos Apurados: 36.995

Votos Brancos: 1.063 (2,87% de 36.995 votos apurados)

Votos Nulos: 603 (1,63% de 36.995 votos apurados)

Votos Válidos: 35.329 (95,50% de 36.995 votos apurados)

Abstenção: 12.144 (26,08 de 46.561 eleitores aptos)

Observa-se que a cidade de maior expressão foi a do seu esposo como prefeito que é Escada, e depois ao analisar sua agenda política, é de investimentos para estas três cidades chegando a dar a uma estrada que liga Primavera e Amaraji o nome do seu sogro.

Desprezando os votos inválidos e brancos, e que a candidata só obteve votos expressivos nestas cidades, os municípios de amaraji e primavera, agregaram votos, porém pelo número de eleitores e o tamanho das cidades, Escada foi a de maior expressão e a que mais se favoreceu com a troca de favores na Assembleia Legislativa de Pernambuco, onde diversas empresas se instalaram ao se retirar a região metropolitana e o Porto de Suape. E as conclusões são:

- i. A utilização de gastos municipais para os favores políticos;
- ii. A caracterização do Nepotismo nas cidades com cargos comissionados e funções de confiança conforme súmula vinculante nº13 do STF entre tios, sobrinhos e outros irmãos;
- iii. Por causa deste Nepotismo a família perdeu espaço e começou a enfraquecer, após investigações do TCE-PE;
- iv. E a identificação do Clã da Família Gouveia nesta região.

Portanto, as elites políticas locais desempenham uma função de poder, ao utilizarem uma nova forma de conseguir chegar a este fim através de alianças que começariam, primeiramente pelo município através de troca de favores, prestando serviços e facilitação orçamentária em favor da política local.

Referências

ABRUCIO, Fernando Luiz. **A coordenação federativa no Brasil**. Revista de Sociologia e Política, n. 24, p. 41, 2005.

AMES, Barry. **Os entraves da democracia no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2003.

BRASIL. **Superior Tribunal Federal**. Súmula Vinculante nº 13.

SANTOS. DIEGO A. DOS. **“Geografia dos votos”: Breves apontamentos**. <https://www.ufrgs.br/sicp/wp-content/uploads/2015/09/DiegoSantos.pdf>. Acesso em 28 de setembro de 2016.

SOUZA, Celina. **Federalismo e descentralização na Constituição de 1988: processo decisório, conflitos e alianças**. Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro, 2001.

SOUZA, Celina. **Federalismo, desenho constitucional e instituições federativas no Brasil pós-1988**. Revista de Sociologia e Política, v. 24, n. 24, p. 105-122, 2005.

ASPECTOS CONTROVERTIDOS DA PROPOSTA DA REFORMA DA PREVIDÊNCIA À LUZ DA QUESTÃO DEMOGRÁFICA BRASILEIRA

Ianne Raíssa de Sousa Galvão¹
Prof. Msc. Marcela Proença Alves Florêncio²

Resumo

Este trabalho propõe uma análise acerca da Proposta de Emenda Constitucional (PEC) nº 287 sob a perspectiva demográfica. Abordando, portanto, tanto o argumento do déficit previdenciário suscitado pelo governo, quanto a questão do envelhecimento populacional do país. Percebe-se que nesta discussão, as questões econômicas se sobrepõem em detrimento das sociais, por esta razão, a população se sente ameaçada quanto aos seus direitos, especialmente aqueles menos favorecidos economicamente. Há muitos anos já era sabido que o Brasil estava passando por um processo de transição demográfica, portanto, era previsível o fato de que teríamos uma população de idosos cada vez maior, entretanto, não percebe-se a existência de políticas públicas para atender as novas demandas sociais decorrentes desta transição, como por exemplo a criação de mais postos de trabalho e melhoria dos serviços da saúde, de forma a possibilitar um mercado mais inclusivo para as pessoas com idades avançadas. Na atual conjuntura do Brasil, bem como pelas suas disparidades regionais, é inviável o aumento da idade mínima para percepção de benefícios assistenciais ou previdenciários. **Objetivo geral:** analisar a ameaça de retrocesso social da PEC 287 quanto a questão do aumento da idade mínima para acesso aos benefícios previdenciários e assistenciais. **Objetivo específico:** verificar os Índices de Desenvolvimento Humano de diversos estados brasileiros, e com isso demonstrar que a dita reforma vai de encontro com a realidade brasileira. **Metodologia:** o método utilizado foi dedutivo, por meio de pesquisas bibliográficas bem como coleta de dados em órgãos oficiais, os conhecimentos foram estendidos utilizando-se de dissertações, artigos, monografias, bem como, outras fontes do Direito Previdenciário. **Conclusão:** Com o aumento da idade mínima para o acesso aos referidos benefícios, sem respaldo de outras políticas públicas, tais como saúde, acessibilidade e geração de empregos, corre-se o risco de excluir determinados grupos da cobertura previdenciária e assistencial, seja por não atingirem a idade ou o tempo mínimo de contribuição, principalmente se considerarmos as diferenças regionais do Brasil.

Palavras Chave: Seguridade Social; Previdência Social; Retrocesso Social; Demografia; Políticas Sociais.

Introdução

A previdência social enfrentou algumas mudanças desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, entre elas, podemos destacar: As Emendas Constitucionais (EC) nº 20/98 e

¹ Estudante do 8º Período de Direito do Centro Universitário ASCES/UNITA e aluna do curso de extensão Conhecendo a Previdência da ASCES-UNITA. Email: iannegalvao@hotmail.com

² Orientadora.Coordenadora Adjunta e Professora dos cursos de Graduação e Pós Graduação em Direito da ASCES-UNITA. Pós graduada em Direito Público pela ESMape. Mestre em gestão Pública pela UFPE.

41/03, a Lei nº 9.876/99, e a Lei nº 13.135/2015, que resultaram no atual modelo para concessão de aposentadorias e benefícios.

Diante da crise econômica e democrática que o Brasil enfrenta, estão em trâmite no Congresso Nacional algumas reformas que mudam de forma significativa a vida da população. Acontece que o governo e a mídia trazem informações distorcidas sobre as reformas, principalmente quando se tratam de reformas que privilegiam os aspectos econômicos em detrimento das políticas públicas e dos avanços sociais.

A PEC nº 287 é fundamentada no argumento do *déficit* previdenciário e no aumento da expectativa de vida do brasileiro. *Déficit* que é desmistificado pela Associação Nacional dos Auditores Fiscais da Receita Federal do Brasil (ANFIP) e será exposto no decorrer deste artigo. Quanto ao argumento da demografia brasileira, a reforma afirma que o Brasil está envelhecendo, e por isso os benefícios sociais e as aposentadorias também devem acompanhar o envelhecimento. Entretanto, o aumento isolado da idade mínima para concessão de benefícios ou aposentadorias não pode ocorrer, visto que deve ser acompanhado de políticas públicas para inserir idosos no mercado de trabalho e dar uma melhor qualidade laboral.

A proposta de aumentar a idade da aposentadoria da mulher não leva em consideração a diferença salarial e a jornada dupla ou tripla vivenciada pela maioria esmagadora das mulheres. Além disso, dados do censo do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE, 2015) demonstram que grande parte dos lares brasileiros são "chefiados" por mulheres, aproximadamente 40,5%, ou seja, apesar da cultura machista a mulher está conseguindo conquistar cada vez mais seu espaço na via pública, e como consequência disso aumentam as contribuições previdenciárias provenientes das mulheres.

Não obstante, o aumento da idade mínima para concessão do Benefício de Prestação Continuada (BPC LOAS) não acompanha a expectativa de vida do brasileiro, principalmente da população que faz jus a este benefício, a que possui menos recursos econômicos. De acordo com a proposta, a idade para concessão do benefício que hoje é de 65 anos, passará a ser 68 anos, porém haverá um período de transição de dois anos para o aumento de cada ano da idade mínima.

Diante disto, a realidade brasileira está longe de ser amparada por essa reforma, pelo contrário, parte da população pode correr o risco de não ter a cobertura da Assistência Social e da Previdência. Evidenciando com isso que é de conhecimento de todos que os estados que possuem o maior IDH do Brasil estão no Sul e Sudeste do país, sobrando os menores índices para regiões Norte e Nordeste, como demonstra os dados coletados pelo Programa das Nações

Unidas para o Desenvolvimento do Brasil (PNUD)³ em 2010, onde o município de São Caetano do Sul - SP, ocupa a primeira posição do *ranking* de municípios com o IDH de 0,862, enquanto a cidade de Melgaço - PA ocupa a última posição com apenas 0,418.

Esse fato é intensificado quando considera-se a desigualdade social do país, ao verificar que um homem ou mulher com poucas condições econômicas e que trabalham mais de oito horas por dia têm suas expectativas de vida diminuídas pelo esforço diário, podendo nem chegar a alcançar a idade mínima para aposentadoria integral. Essa mesma situação se agrava quanto aos pobres na forma da lei que fazem jus aos benefícios assistenciais, que por muitas vezes não conseguem ter uma educação de qualidade, realizam trabalhos informais (quando encontram) e vivem em condições de pobreza, isso fragiliza o corpo e a mente humana a ponto de não obter uma longevidade alta.

Com a situação econômica que o país enfrenta e os retrocessos sociais de algumas reformas, este trabalho propõe analisar a PEC 287 quanto a questão do aumento da idade mínima para acesso aos benefícios previdenciários e assistenciais, verificar os índices de desenvolvimento humano que comprovam que esse aumento não acompanha a realidade demográfica brasileira. Além de demonstrar o retrocesso social dessa proposta.

Como resultados pode-se concluir que as políticas públicas de saúde, acessibilidade e geração de empregos devem ser prioridades antes de se levar ao plenário uma reforma tão polêmica quanto a da previdência, pois corre-se o risco de aumentar as desigualdades sociais do país e excluir determinados grupos da proteção estatal relativa à seguridade social.

1. As divergências do desenvolvimento social no Brasil

Que a população brasileira está envelhecendo é fato, e a partir dessa perspectiva existe a necessidade da preparação do país para lidar com um número maior de idosos. Isto exige a organização da oferta de serviços e de atendimentos especiais no âmbito da proteção social, pela assistência e saúde, promovendo a autonomia e o desenvolvimento populacional. Esta proteção tem que ser feita a partir da realidade do idoso e do brasileiro, para melhor construção de políticas públicas que garantem os direitos e as necessidades, principalmente quando se refere ao Brasil, que possui uma extensa variedade regional e de renda.

³ O *ranking* do Desenvolvimento Humano do Brasil realizado pela PUND com dados do IBGE encontra-se no site oficial: <http://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/>

Entretanto, a proposta da reforma da previdência visa resolver o envelhecimento populacional investindo principalmente no aumento da idade mínima para concessão de benefícios e aposentadorias, sem considerar que para acontecer a alteração de programas assistenciais é de suma importância um estudo detalhado e principalmente a eficácia de políticas públicas que ampare a população vítima do retrocesso social.

A seguridade Social, amparada pelo artigo 194 da Constituição Federal de 1988 configura um conjunto de ações com destinação a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social. Que segundo José Afonso da Silva (2007, p. 308), é o instrumento mais eficiente de liberação das necessidades sociais, para garantir o bem-estar material, moral e espiritual de todos os indivíduos da população. Em consonância, para Uendel Ugatti (2009, p. 151) os direitos sociais, nesse caso os da previdência social, são instrumentos de concretização da dignidade humana, de modo que só poderiam ser alterados para aumentar os níveis de democratização do acesso aos bens indispensáveis a uma vida digna, mediante a contemplação de maior número de pessoas (democratização quantitativa) e ou pessoas ainda mais carentes (democratização qualitativa), sob pena de ofensa ao princípio da proibição do retrocesso social. Esses conceitos vão de encontro ao que permeia a PEC 287, que está focada na maior arrecadação previdenciária e na diminuição do alcance de benefícios e aposentadorias.

Tomando como base o Relatório do Desenvolvimento Humano (RDH) do ano de 2016⁴, mesmo com os avanços importantes no desenvolvimento humano, mulheres, grupos étnicos e raciais, populações rurais e cidadãos de alguns países têm encontrado óbices no benefício desses avanços. A realidade brasileira é um exemplo da existência de "dois mundos" econômicos no país, onde a renda média *per capita* familiar, em 2010, era de R\$ 793,87. Na cidade de São Caetano do Sul-SP, porém, resultava em R\$ 2.043,00, enquanto em Marajá do Sena-MA (município de menor renda do país) era apenas R\$ 96,25.

Com relação à desigualdade, medida a partir do grau de concentração de renda em determinado grupo e da diferença entre os rendimentos dos mais pobres e dos mais ricos, o Brasil (37%) ocupa a quarta pior posição da América Latina e Caribe, ficando atrás do Haiti, Colômbia e Paraguai. Essas desigualdades sociais vão além do sexo e adentram na cor da pele do brasileiro, dados de 2005 coletados pela Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílio

⁴ O Relatório do Desenvolvimento Humano do Brasil do ano de 2016, que verifica os aspectos de desigualdades sociais, encontra-se no site oficial: <http://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/idh0/relatorios-de-desenvolvimento-humano/rdhs-globais.html#2016>

(PNAD)⁵ afirmam que brancos adultos (20 a 59 anos) têm uma renda média de duas vezes o valor recebido pelos negros. Já em relação aos idosos brancos, esses recebem 82% a mais que um idoso negro.

O RDH de 2016, demonstra que mesmo possuindo um patamar alto pela ONU, o Brasil tem a nota de 0,754 em IDH, o seu indicador social é de apenas 0,561. Quanto mais próximo de 1 melhor é o índice de desenvolvimento, ou seja, enquanto a expectativa de vida é intermediária, o desenvolvimento social do país está longe de ser um dos melhores.

Em relação ao gênero, segundo o relatório, a desigualdade social também cresceu, mulheres ainda recebem menos, tendo a renda per capita 66,2% inferior aos homens. A posição ocupada pelo Brasil na questão de desigualdade de gênero é de 92^a entre 159 países, onde a maioria dos países que estão atrás do ranking são conservadores e religiosos, como por exemplo o Líbano que ocupa a 83^a posição. Nada mais do que esperado de um país em que as mulheres ocupam 10,8% dos assentos no Congresso Nacional enquanto a média mundial é de 22,5%. Até a última colocada no ranking de IDH, a República Centro Africana, tem o parlamento com maior ocupação feminina que o Brasil, com 12,5%.

Diante dessa atual conjuntura de disparidades do desenvolvimento social e demográfico do Brasil, é evidente a necessidade do cuidado do legislador em verificar se essa reforma vai abarcar o maior número de pessoas que necessitam da seguridade social ou retroceder os direitos conquistados, visto que as desigualdades sociais no país demonstram dados alarmantes e preocupantes.

2. O envelhecimento populacional e a ameaça de exclusão de determinados grupos sociais da cobertura da previdência e benefícios assistenciais

O envelhecimento populacional não diz respeito apenas ao Brasil, mas compreende em um fenômeno mundial, afirma Solange Teixeira (2008). De acordo com a Organização das Nações Unidas (ONU), o quantitativo de pessoas com mais de 60 anos será maior que o dobro do atual número em uma previsão de aproximadamente 43 anos.

Segundo dados do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA)⁶, o Brasil possui um bônus demográfico, o que significa um aumento da participação de indivíduos em idade

⁵ Os dados da PNAD foram retirados através do site oficial:

https://ww2.ibge.gov.br/home/estatistica/pesquisas/pesquisa_resultados.php?id_pesquisa=40

⁶ Os do IPEA encontram-se disponíveis em um slide simplificado feito pelo próprio instituto que está disponível em PDF: http://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/capt12_estrutura.pdf

produtiva, ou seja existem mais jovens, já o período de 2030 a 2050 é o de reversão em razão de dependência e de aceleração do envelhecimento populacional.

Através das considerações de Marília Berzins (2008, p.25), a associação da redução da fecundidade com a queda da mortalidade reflete-se na evolução da composição etária da população do país que segue em processo de envelhecimento. No mesmo seguimento, José Alves (2008, p.03), escrevem que a transição demográfica compreende o seu início na redução das taxas de mortalidade e, em seguida, com a queda das taxas de natalidade, causando assim alterações na estrutura etária da população. Essas questões concernentes ao envelhecimento populacional exigem uma resposta do Estado, por meio da implantação e implementação de políticas públicas.

Quando fala-se em envelhecimento, surge a indagação de a partir de quantos anos pode-se considerar uma pessoa idosa, a Organização das Nações Unidas (ONU) estabelece 60 anos de idade para o início da velhice nos países considerados em desenvolvimento e 65 anos nos países desenvolvidos, embora precise considerar as variações sociais e regionais que contribuem ou não para o envelhecimento. Considerando que o Brasil é um país em desenvolvimento, a idade para o início da velhice compreende em 60 anos.

Goldaman (2000, p.13-42), questiona que o envelhecimento populacional é contraditório, pois, os avanços tecnológico que possibilitaram uma maior qualidade de vida não são acessíveis a toda a população brasileira, mas ao contrário, a uma pequena parte, ficando a maioria à margem dos serviços mínimos a serem prestados para que se garanta uma vida saudável e digna.

Com o aumento do envelhecimento populacional, foram implementadas algumas leis que oferecem uma maior seguridade a quem possui mais idade. A exemplo temos a lei orgânica de assistência social de 1993, que instituiu o Benefício de Prestação Continuada, o BPC, expondo em seu artigo 20: “a garantia de um salário mínimo mensal a pessoas portadora de deficiências e ao idoso com 65 anos ou mais e que comprovem não possuir meios de mover a própria manutenção nem de tê-la provida por sua família”. Já em 2004, a lei número 8842 cria o Conselho Nacional do Idoso, onde assegura em seu artigo 10: “assegurar os direitos sociais do idoso, criando condições para promover sua autonomia, integração e participação efetiva na sociedade”.

Recentemente tramita no Congresso Nacional a reforma da previdência, embasada no aumento da expectativa de vida da população brasileira, mas esquece do cuidado da análise do

desenvolvimento social, insistindo assim em um grande retrocesso, especialmente no que tange aos idosos.

Aumentando a idade para aposentadoria e não implantando políticas de emprego só fragiliza o idoso. Para Florêncio e Cintra Filho (2017, p.167), existe uma crença no mercado de trabalho que trabalhadores idosos são menos produtivos e mais resistentes à mudanças e possuem baixa escolaridade, razão pela qual são facilmente substituídos pelos jovens. Isso sem considerar que um idoso talvez não consiga ingressar no mercado de trabalho.

Por outro lado, se os idosos permanecerem por mais tempo no mercado de trabalho, e não havendo a criação de novos postos de trabalho no mercado formal, de acordo com Balera (*apud* Florêncio e Cintra Filho, 2017, p.170), as gerações mais novas buscam refúgio na informalidade, sem contribuir para previdência, e exigindo no futuro a concessão de benefícios assistenciais. Percebe-se com isso que a PEC 287 não está amparada dos prováveis efeitos a longo prazo que serão causados a população jovem, isso sem levar em consideração os efeitos atuais a população idosa.

Situação que se agrava diante dos benefícios assistenciais, que são devidos a idosos ou deficientes de baixa renda. Geralmente quem possui situação econômica baixa não tem uma boa qualidade de vida, conseqüentemente sua longevidade é diminuída, ou seja, se a idade mínima de concessão ao benefício BPC LOAS for aumentada para 68 anos é provável que muitos idosos não cheguem a recebê-lo.

Considerando o Atlas do Desenvolvimento Humano do Brasil (2013)⁷ que utiliza dados do último censo de 2010, há uma discrepância imensa entre os idosos de acordo com a região, Brasília-DF possui uma das melhores longevidades do país, com expectativa de vida de 79 anos, em contrapartida Brejo de Areia-MA tem a média de 67 anos. É importante mencionar que os 408 últimos municípios do ranking do IDH Brasileiro são do Norte e Nordeste do país, justamente os estados com menos políticas públicas de crescimento econômico e suas necessidades postas de lado pelo governo.

A partir desses dados percebe-se a injustiça do aumento da idade para concessão de benefícios assistenciais, visto que com isso muitos idosos deixarão de recebê-los, conclusões que pode-se tirar através do Índice de Desenvolvimento das suas respectivas cidades. Com um maior número de idosos desamparados pelos benefícios e aposentadorias resta mais dinheiro

⁷ O site do Atlas do Desenvolvimento Humano do Brasil permite conhecer o *ranking* de cada município brasileiro: <http://www.atlasbrasil.org.br/2013/>

para o governo, corroborando com a real intenção da PEC 287, que nunca foi assegurar direito aos idosos.

Novaes Martinez (2015, p.71) discorre que o princípio da solidariedade é um eixo fundamental do direito previdenciário, significando a contribuição da maioria em favor da minoria. A partir disso, a solidariedade ultrapassa a dimensão ética e jurídica das normas e abarca o dever de ajudar o próximo, a obrigação que o indivíduo e o estado tem perante o bem comum. A seguridade social, que abrange a saúde, a previdência e assistência social deve ser respeitada, e com isso garantir o direito de todos os cidadãos.

O problema da previdência está muito além das questões demográficas pura e simplesmente, o governo está preocupado apenas em estabelecer um orçamento equilibrado, entretanto, a sonegação, a informalidade do trabalho e as desigualdades sociais devem ser levadas em consideração.

3. O retrocesso social e a falta de equidade da PEC 287

A Constituição Federal de 1988 traz em seu artigo 3º os objetivos fundamentais da República, entre eles o de erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais. Lamentavelmente esse objetivo parece ser esquecido pela pretendida reforma, que não busca um crescimento sustentável sem penalizar os mais pobres. É incoerente pensar em uma reforma que minimiza direitos diante de um país que possui inúmeras riquezas mas que estão mal distribuídas, causando escassez de recurso e pobreza em muitas áreas do Brasil .

Konder Comparato (2007, p.71-74), levanta que a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) é a principal fonte dos direitos sociais, estabelecendo que a base desses direitos é o princípio da solidariedade, bem como o princípio da dignidade da pessoa humana, visto que o princípio da solidariedade é indispensável para a proteção das classes e dos grupos sociais hipossuficientes. Com isso, logo em seguida da fase do Estado Liberal, passou a entender-se que as conquistas sociais não podem retroagir, admitindo apenas progressão, o avanço e jamais o retrocesso.

Para José Canotilho (2003, p.339-340), o princípio da proibição de retrocesso social é formulado através de direitos sociais já efetivados por meio de medidas legislativas ("lei da segurança social", "lei do subsídio de desemprego", "lei do serviço de saúde"), a partir disso deve ser considerado constitucionalmente garantido, tornando-se inconstitucionais quaisquer medidas tomadas sem que haja a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios.

Ou seja, retirar direitos adquiridos, em especial dos mais pobres, sem que as vozes de diferentes partes da população sejam ouvidas ou espaço para interlocução na sociedade é inconstitucional.

O que percebe-se diante dessa reforma são os interesses econômicos e políticos que reduzem o nível de proteção social sem realizar políticas públicas compensatórias. A equidade deve ser garantida e respeitada, não ignorada. Entretanto, a realidade na qual vivemos, de acordo com Savaris (2011, p.121), é fundada na hegemonia neoliberal, no primado do mercado (ensino, previdência e planos de saúde privados, privatizações de empresas públicas, delegações de serviços públicos), expressando o discurso ideológico de equilíbrio fiscal e rigoroso controle de gastos públicos. A partir disso, o ser humano é tratado como meio, não como fim.

Seguindo o exposto, o princípio da dignidade humana não permite a concretização da dita reforma, o bem social deve estar acima de qualquer interesse econômico. A principiologia que abarca a seguridade social tem tratamento de intangibilidade diante dos direitos sociais, dentre eles da previdência. Com isso, o princípio da proibição do retrocesso social é uma garantia de que os direitos sociais conquistados através de anos não sejam reduzidos, de modo a preservação do mínimo existencial.

Domingues Ugatti (2009, p.151), afirma que não há dignidade humana com a criação de situações de morte, ou com reações que a provocam, assim como não há avanço social quando se restringe os níveis de acesso aos bens inerentes à realização da humanidade, pois quando se trata de dignidade humana não se pode permitir retrocessos quanto à existência humana digna. Em um país onde mais de 30 milhões de pessoas são beneficiadas pela previdência, atingindo aproximadamente 15% da população brasileira, segundo o Censo do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) de 2010, é notório que essa reforma pode interferir negativamente na dignidade humana. Percebe-se com isso que a previdência é uma das maiores fontes para minimização das desigualdades sociais, sendo dever do legislador fazer uma análise detalhada e prestar uma maior atenção nos beneficiários antes de qualquer modificação.

É de suma importância para este trabalho mencionar que em 2016 o plenário aprovou a PEC nº 31/2016, permitindo ao governo realocar livremente 30% das receitas obtidas com taxas, contribuições sociais e de intervenção sobre o domínio econômico (Cide), as quais eram destinadas por determinação da constituição a órgãos, fundos e despesas específicas. Essa destinação de receitas livre vigorará até o ano de 2023. Se a previdência possui *déficit* como o

governo afirma, não faz sentido retirar verbas que eram destinadas a ela para vincular a outro destino.

O *déficit* afirmado pelo governo é desmistificado. Segundo a Associação Nacional dos Auditores Fiscais da Receita Federal do Brasil (ANFIP, 2016)⁸, ano de 2014 as receitas da Seguridade Social geraram 686,1 bilhões de reais, sendo as despesas calculadas em 632,2 bilhões, resultando com isso um superávit de 53,9 bilhões.

Levando em consideração a arrecadação líquida da Previdência Urbana que foi de 312,8 bilhões e as despesas de 296,4 bilhões, é obtido um superávit de 16,4 bilhões. Já em 2015, o resultado também foi positivo, com 24 bilhões. Esses dados foram levantados pela Associação tomando como base os dados oficiais do próprio Governo Federal.

A partir da demonstração do superávit previdenciário, faz-se importante mencionar a Medida Provisória nº 793 elaborada pelo atual presidente Michel Temer, que segundo o Jornal Eletrônico *EL País* (15/08/2017), a MP tem o intuito de beneficiar nove dos cem maiores devedores da Previdência, onde os nove juntos devem cerca de 5,5 bilhões. Os grandes empresários tem suas dívidas beneficiadas enquanto resta para o trabalhador as consequências do perdão dessas dívidas.

Savaris (2011, p. 123) observa que no caminho de obsessivo controle de finanças públicas com vistas à eficiência econômica, os direitos sociais prestacionais são percebidos como um obstáculo inconveniente. É o que está ocorrendo com a atual reforma, onde as desigualdades sociais são ignoradas.

Como exposto anteriormente neste artigo, o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento aponta grandes diferenças regionais, principalmente no último relatório de 2016. É possível observar que essas diferenças dificultam o acesso por parte da população à aposentadorias e benefícios assistenciais caso seja aprovada a PEC para o aumento de idade. No mínimo 19 cidades do Nordeste tem a expectativa de vida de 65 ou menos, com isso a maioria dos moradores dessa cidade correm o risco de jamais receberem o benefício, ou receberem por pouquíssimos meses.

A seguridade, cláusula pétrea garantida pela Constituição Federal, não pode retroceder, visto que deixará de amparar milhões de brasileiros que dependem da assistência ou de aposentadorias, tampouco pode diminuir o alcance de grupos marginalizados pela sociedade.

⁸ Dados e mais informações sobre o *déficit* no site da ANFIP: https://www.anfip.org.br/noticia.php?id_noticia=21174

Conclusão

Na atual conjuntura brasileira, onde as reformas proposta visam retroceder direitos adquiridos a partir de muitas lutas, vê-se a precarização das relações de trabalho a partir da redução de empregados, suspensão de concursos públicos, redução de salários e de verbas relativas a educação. Com isso aumenta a desigualdade social no Brasil e fragiliza ainda mais a população.

A proposta a Emenda Constitucional ° 287 não deu espaço de interlocução na sociedade, e um povo livre tem direito a ser ouvido. A população mais vulnerável do país, que hoje são os idosos e os mais pobres correm o risco de perder aposentadorias e benefícios já que suas regiões não oferecem políticas públicas para que cheguem a uma longevidade maior. Que a previdência precisa ser adequada a realidade é fato, mas a qual realidade? A uma realidade em que as disparidades das desigualdades sociais no Brasil só crescem, onde o idoso tem dificuldade em ingressar no mercado de trabalho, onde as regiões pobres oferecem a população uma baixa longevidade.

Pode-se concluir que a PEC 287 desconsidera as desigualdades sociais e pretende aumentar a idade para concessão de benefícios previdenciários e assistenciais. Uma contradição, diante de um país com grande concentração de riqueza com poucos habitantes e uma maioria que sobrevive com menos de um salário mínimo. É preciso analisar as desigualdades regionais do Brasil, que possui uma pluralidade de regiões, culturas, crenças e renda *per capita*.

Em consonância com o referencial teórico exposto, foi demonstrado no artigo que se essa reforma for aprovada habitantes de vários municípios deixarão de contar com a cobertura previdenciária, por sua região não possuir uma expectativa de vida pretendida pelo governo.

O aumento da idade não é a solução para a situação econômica do país, podendo inclusive, gerar consequências desastrosas. Políticas públicas de geração de empregos, resultando em maiores contribuições, maior acessibilidade aos idosos, saúde, e assistência social são de extrema necessidade na atual conjuntura que o país enfrenta. A longevidade adquirida pelo brasileiro, que tende a aumentar deve ser tratada da forma correta. É preciso conscientizar que o viés financeiro não pode se sobrepor ao viés social.

Referências

Alves, JED. **A transição demográfica e a janela de oportunidade**. São Paulo: Instituto Fernand Braudel de Economia Mundial; 2008.

ANFIP. **Desmistificando o déficit da previdência (Diário da Manhã)**. Disponível em: <https://www.anfip.org.br/noticia.php?id_noticia=21335>. Acesso em: 10/10/2017.

BALERA, Wagner. **A necessidade da reforma previdenciária**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI240426,31047A+necessaria+reforma+previdenciaria>>. Acesso em 30/10/2017.

BERZINS, Marília Anselmo Viana da Silva. **Envelhecimento populacional: uma conquista para ser comemorada**. In: Serviço Social e Sociedade. Ano XXIV, n.75, set 2003. Côrtes: São Paulo, 2008, p.25.

BRASIL. **Constituição Federal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. 9. reimp. Coimbra: Almedina, 2003, p.339-340.

COMPARATO, Fabio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p.71-74.

EL PAIS, Jornal. **Brasil despensa 19 posições em ranking de desigualdade social da ONU**. 21/03/2017. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2017/03/21/politica/1490112229_963711.html>. Acesso em: 01/10/2017.

_____. **Política**. 15 de agosto de 2017. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2017/08/15/politica/1502754070_555329.htm>. Acesso em: 25/10/2017.

FLORENCIO, MARCELA; CINTRA FILHO, DARCI. **TRANSIÇÃO DEMOGRÁFICA, EMPREGABILIDADE E PREVIDÊNCIA SOCIAL: UMA ANÁLISE A PARTIR DAS PROPOSTAS DE REFORMAS DO ATUAL GOVERNO**. Temas atuais de relações previdenciárias e trabalhistas / Helio Gustavo Alves, coordenador. -- São Paulo : LTr, 2017.

GOLDMAN, S. Velhice e direitos sociais. In GOLDMAN, S. Et all. (orgs.). **Envelhecer com cidadania: quem sabe um dia?** Rio de Janeiro: CBCISS; ANG/Seção Rio de Janeiro, 2000. (pp. 13-42).

IBGE. **Pesquisa Nacional por Amostra em Domicílio**. 2001 a 2012. Disponível em: <<https://ww2.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/trabalhoerendimento/pnad2015/microdados.shtm>>. Acesso em: 16/10/2017.

ISTOÉ, Revista. **Aos 90 anos, Previdência brasileira concede 30 milhões de benefícios**. 24/01/2013. Disponível em: <

https://istoe.com.br/270606_AOS+90+ANOS+PREVIDENCIA+BRASILEIRA+CONCEDE+30+MILHOES+DE+BENEFICIOS/> Acesso em: 22/10/2017.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Princípios de Direito Previdenciário**. 6. ed. São Paulo: Ltr, 2015.p.71.

ONUBR. **Desenvolvimentos Sustentáveis**. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/?post_type=post&s=envelhecimento>. Acesso em: 02/10/2017.

PNUD. **Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento do Brasil**. Disponível em: < <http://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/>> Acesso em: 03/10/2017.

SENADO, Notícias. **Senado aprova proposta que prorroga a DRU até 2023**. 24/08/2016. Disponível em:< <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2016/08/24/senado-aprova-proposta-que-prorroga-a-dru-ate-2023>>. Acesso em: 15/10/2017.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 200, p. 308.

SAVARIS, José Antônio. **Uma teoria da decisão judicial da Previdência Social: Contributo para a superação da prática utilitarista**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2011, p. 121-123.

TEIXEIRA, Solange Maria. **Envelhecimento e trabalho no tempo do capital: implicações para a proteção social no Brasil**. São Paulo: Cortez, 2008.

UGATTI, Uendel Domingues. **Limites e possibilidades de reforma na seguridade social**. São Paulo: LTr, 2009, p. 151.

VALOR ECONÔMICO, Jornal. **Brasil conta com mais lares chefiados por mulheres**. 02 de dezembro de 2016. Disponível em: < <http://www.valor.com.br/brasil/4794419/brasil-counta-com-mais-lares-chefiados-por-mulheres-diz-ibge>>. Acesso em: 28/10/2017.

ATIVISMO JUDICIAL: ANÁLISE DA AMBIGUIDADE DA INTERFERÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA ESFERA LEGISLATIVA

Nathaly Thais Dantas Guimarães de Oliveira¹

Resumo

O Ativismo Judicial é reconhecido como uma posição mais protagonista do Poder Judiciário em face das outras esferas de Poder. Este panorama tem sido largamente percebido no Brasil, principalmente em situações onde não há uma norma que seja anterior ao fato ou mesmo quando há lacunas legislativas em relação a determinados temas. Diante deste contexto, através do método hipotético-dedutivo, o presente trabalho pretende analisar casos julgados pelo Supremo Tribunal Federal (STF), partindo-se da problemática acerca dos contornos jurídicos de uma decisão ativista e suas repercussões no ordenamento jurídico brasileiro. Como hipótese de trabalho, entende-se que suas consequências são interpretadas como positivas quando o tema versa sobre direitos e garantias fundamentais; por outro lado, seu viés negativo é apresentado quando o debate é essencialmente político, voltado para decisões de competência dos demais Poderes, especialmente sobre matéria *interna corporis* das Casas legislativas. Em linhas gerais, verifica-se uma maior aceitação do ativismo quando as decisões da Corte versam sobre reeleições constitucionais dos direitos e garantias fundamentais. Mas há limites claros em termos de instrumentalização pelo STF? Quais os riscos decorrentes de sua utilização para a população?

Palavras-chave: Ativismo Judicial; Supremo Tribunal Federal; Separação dos Poderes; Decisão ativista.

Introdução

O protagonismo do Poder Judiciário tem sido matéria de discussão frequente entre estudiosos, doutrinadores e até leigos nos últimos anos no Brasil. Fato que se deve a atuação muitas vezes controversa por parte do STF (Supremo Tribunal Federal) em matéria legislativa, com o uso de decisões e súmulas vinculantes. O próprio termo utilizado para esse fenômeno, Judicialização, retrata como alguns assuntos políticos, sociais e legislativos, que antes eram de mérito do Congresso Federal, estão sendo decididos pelos Juízes do Poder Judiciário.

A preocupação entre a separação do universo político e judiciário tem sido um dos maiores desafios utópicos da democracia brasileira. Enquanto a política teria como domínio a supremacia da vontade popular e da maioria, o direito teria como fonte de atuação, a supremacia da lei e o respeito total à Constituição Federal, ou seja, na teoria não haveria encontro no desempenho de suas funções. Todavia, na prática a judicialização é um fato, e os dois polos

¹ Estudante do curso de Direito da Universidade ASCES/UNITA. Estagiária do Escritório de Práticas Jurídicas ASCES/UNITA-EPJ.

vivem em constante embate em seus ofícios, sendo o Direito um produto político e seus magistrados, juízes constitucionais.

Na época ditatorial que o Brasil vivenciou nos anos de 1964 a 1985, o Judiciário brasileiro viu-se silenciado e de mãos atadas frente ao Executivo. Foi privado de suas funções principais: o de guardião da Constituição e impedido de garantir o exercício dos direitos fundamentais, em um momento, em que os Atos Institucionais suspendiam direitos constitucionais. Com a queda da ditadura e a instauração da Constituição de 1988, e mesmo antes na República, o Poder Judiciário nunca foi tão próximo e tão presente na vida dos cidadãos como nas últimas três décadas.

A Constituição de 1988 é um diploma analítico, ou seja, detalha suas normas, sendo muito mais que artigos e parágrafos e sim, traça regras que o legislador e os operadores do Direito devem seguir. Neste contexto, o Supremo Tribunal Federal tem como uma de suas funções primordiais, o de guardião da Constituição, de zelar pelo seu cumprimento por parte do Poder Legislativo e Executivo.

Dada essa explanação inicial, o trabalho tem como foco o Ativismo Judicial, quando, em determinado momento, o Judiciário leva uma norma constitucional para disciplinar em juízo e esta não tenha sido disciplinada de nenhuma forma anteriormente nem pelo constituinte nem pelo legislador, e ainda se o Judiciário interpreta a norma de forma expansiva à Constituição, estaria tomando atitudes ativistas.

Com a quantidade que parece infinita de escândalos políticos que vem sendo constantemente divulgados pela imprensa, não foi de total surpresa que alguns ministros do STF fossem citados nas investigações, o que faz questionar o grau de eficiência e imparcialidade do Supremo Tribunal. Desde a promulgação da atual Constituição, mais de 500 parlamentares foram investigados pela Corte, porém, a primeira condenação só veio em 2010, mais de vinte anos depois. Será justo e democrático que uma porção de 11 juristas possa legislar e julgar sem nem ter sido escolhidos e votados pela população? E mais, como constituir uma democracia tão jovem em um país tão vasto, com o Judiciário forçando um protagonismo frente aos demais poderes?

Todavia, são altamente notórias as conquistas realizadas no âmbito dos direitos fundamentais, principalmente das minorias, através do Supremo Federal. Como defensor da Constituição, o STF tem agido muitas vezes no lugar do Legislativo, o qual demora muitas vezes a abordar sobre o tema por motivos meramente políticos, para abranger e defender alguns direitos básicos que, porém, não são tratados de forma explícita pela norma vigente.

Diante do exposto, serão analisadas algumas medidas e posicionamentos tomados pelos Ministros e pelo Supremo de modo geral, que foram considerados por muitos ativistas. Com um sistema de análise, o presente artigo tem como objetivo mostrar as faces negativas desse fenômeno e suas consequências, bem como seu lado positivo quando o tema for as causas sociais e que é necessário um sistema maior de controle do Supremo, pois até agora parece ser um órgão livre de qualquer sistema de gestão.

É certo que uma democracia sólida necessita de um judiciário forte, porém uma instituição independente, que não possua excessivos privilégios, que ouça e considere a voz e diversidade da sociedade, garantindo seus direitos fundamentais.

1. O fenômeno do Ativismo Judicial

O termo *ativismo judicial* é utilizado de diversas formas, em conceitos diferentes por variados autores. A primeira vez que foi utilizado, foi no ano de 1947, nos EUA, em uma publicação jornalística, sobre a atual composição e atuação da Corte Americana. No Brasil, desde a promulgação da nossa atual constituição que esse termo vem sendo abordado sempre que o Supremo Tribunal Federal entende de forma a extrapolar suas funções de interprete da lei e legisla sobre determinado assunto sem a devida provocação dos Poderes Executivo e Legislativo.

Segundo Alexandre de Moraes (2012, p. 01):

A possibilidade do Supremo Tribunal Federal em conceder interpretações conforme à Constituição, declarações de nulidade sem redução de texto, e, ainda, mais recentemente, à partir da edição da Emenda Constitucional nº 45/04, a autorização constitucional para editar, de ofício, Súmulas Vinculantes não só no tocante à vigência e eficácia do ordenamento jurídico, mas também em relação à sua interpretação, acabaram por permitir, não raras vezes, a transformação da Corte em verdadeiro legislador positivo, completando e especificando princípios e conceitos indeterminados do texto constitucional; ou ainda, moldando sua interpretação com elevado grau de subjetivismo.

Tendo isso em vista, este presente artigo tem o objetivo de tratar o ativismo como um grave problema que já tem profundas raízes numa democracia ainda tão nova, e analisar os benefícios trazidos na esfera social que este fenômeno apresenta. Contudo, não podemos deixar de lado que quando o Judiciário entende além da legislação, interpreta a norma de forma ampla ou ele próprio legisla, está ferindo os pilares da própria Constituição, da qual este deveria ser guardião.

Deixa evidente, Ives Gandra da Silva Martins (2011, p. 26):

Infelizmente, nada obstante o imenso respeito e inquestionável admiração que tenho por todos os Ministros do Supremo Tribunal Federal, tem ele se transformado em constituinte derivado, em legislador positivo e invadindo a esfera de competência do Congresso Nacional, lastreado exclusivamente no princípio “magister dixit” e não pode ser contestado.

A Separação dos Poderes é de tamanha importância que é tratado logo no início da nossa atual Constituição Federal, no artigo 2º onde são ditadas quais as funções típicas de cada Poder e como deve ser a relação entre eles através de suas respectivas funções atípicas, prezando sempre a harmonia entre os poderes. O Ativismo Judicial nada mais é que a clara obstrução deste artigo, causando um forte desequilíbrio entre os poderes, onde o Judiciário, força seu protagonismo quando deveria haver uma relação de igualdade.

Luis Roberto Barroso conceitua (2008, p. 06):

A idéia de *ativismo judicial* está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.

Para ter a competência de produzir leis em uma democracia representativa, deverá este indivíduo ser eleito pelo povo através do voto. Quando o Supremo cria uma lei sem a devida instigação por partes dos outros poderes, desrespeita não apenas a Constituição, mas a toda a população brasileira.

Barroso ainda expõe (2008, p. 04):

Nessa linha, cabe reavivar que o juiz: (i) só deve agir em nome da Constituição e das leis, e não por vontade política própria; (ii) deve ser deferente para com as decisões razoáveis tomadas pelo legislador, respeitando a presunção de validade das leis; (iii) não deve perder de vista que, embora não eleito, o poder que exerce é representativo (i.e, emana do povo e em seu nome deve ser exercido), razão pela qual sua atuação deve estar em sintonia com o sentimento social, na medida do possível. Aqui, porém, há uma sutileza: juízes não podem ser populistas e, em certos casos, terão de atuar de modo contra majoritário. A conservação e a promoção dos direitos fundamentais, mesmo contra a vontade das maiorias políticas, é uma condição de funcionamento do constitucionalismo democrático. Logo, a intervenção do Judiciário, nesses casos, sanando uma omissão legislativa ou invalidando uma lei inconstitucional, dá-se a *favor* e não contra a democracia.

Talvez um dos maiores perigos more no fato de apenas 11 indivíduos serem capazes de legislar sobre determinada pauta, sem o aval da população, da qual eles nem se quer respondem,

pois, o STF não deve ceder à opinião pública e sim manter uma posição de imparcialidade, em um cargo que é vitalício.

Para piorar o cenário, quando um ou mais ministros decidem de acordo com suas preferências, ou levam em consideração algum debate político, o que torna o instrumento que deveria ser regulador, muitas vezes inapto para exercer suas funções. A situação fática do cenário jurídico brasileiro torna obsoleta uma das hipóteses de Soares (2010, p. 26) de explicação do uso do ativismo pelo Judiciário: “A moralidade passa a ser um dos elementos que explicam a falta de confiabilidade nas instituições políticas e o aumento da procura por soluções judiciais. Assim, temos a terceira hipótese: o ativismo judicial permite que sociedade exerça maior controle da ética na política”.

Todavia, é importante destacar que a vinculação entre os Poderes e o ponta pé inicial para o que pode se tornar um Supremo parcial, está na forma como a composição do Tribunal é formada. É de competência do chefe do Poder Executivo indicar os Ministros, indicação esta, que é ainda aprovada pelo Senado Federal. Esse fenômeno pode trazer certa inconstância às decisões proferidas pelo STF, pois à medida que a composição for modificada, terá posições diferentes ou não sobre determinado tema.

O Supremo Tribunal Federal é o órgão máximo do Sistema Judiciário Brasileiro. Composto por 11 ministros, dentre eles um presidente, que devem ser brasileiros natos (art. 12, § 3º, IV, da CF/88), escolhidos dentre cidadãos com mais de 35 e menos de 65 anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada (art. 101 da CF/88). Possui a função de julgar a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal, devendo ser seu guardião e intérprete, além de garantir e preservar os Direitos Fundamentais da pessoa humana.

José de Ribamar Barreiros Soares (2010, p. 82), porém, ainda afirma:

Analisando essa questão da representatividade das minorias no âmbito das cortes constitucionais, Thamy Pogrebinski (2009) traz a lume a discussão a respeito do lugar de representação desses grupos, inseridos cada vez mais no conceito de minorias políticas e a possibilidade da defesa de seus interesses pelas cortes constitucionais. Desse modo, afirma a autora que o caráter não-majoritário das cortes constitucionais transforma essas instituições em lugar propício para o exercício da representação propriamente política, e não meramente judicial.

Os estudiosos e doutrinadores que apoiam o tema sugerem que o ativismo traz mais benefícios que malefícios para o ordenamento brasileiro. Com decisões positivas na esfera social como, por exemplo, o reconhecimento da união estável para casais homoafetivos, trouxe uma espécie de atualização da norma em vigor.

Barroso (2008, p. 17) entende que:

O ativismo judicial, por sua vez, expressa uma postura do intérprete, um modo proativo e expansivo de interpretar a Constituição, potencializando o sentido e alcance de suas normas, para ir além do legislador ordinário. Trata-se de um mecanismo para contornar, *bypassar* o processo político majoritário quando ele tenha se mostrado inerte, emperrado ou incapaz de produzir consenso.

Quando se trata da garantia dos direitos fundamentais e das causas sociais, o Supremo estaria exercendo seu papel de guardião e defensor da Constituição? E mais, o Ativismo usado para as causas sociais seria uma forma de defesa dos Direitos e garantias no cidadão? O resultado justificaria os meios utilizados?

2. O crescente protagonismo do Poder Judiciário

Na ceara política internacional, o protagonismo do judiciário já está mais que consumado em alguns países. Porém, o assunto virou pauta internacional recentemente com a eleição do polêmico presidente americano Donald Trump, onde as cortes americanas, tem tido um papel de destaque em relação à atuação do novo presidente.

O decreto presidencial de Trump que proíbe a entrada de imigrantes de sete países de maioria mulçumana como a Síria e a Líbia em solo americano, tem exigido das cortes judiciais dos seus Estados uma posição mais rígida em relação ao poder de decisão e atuação do presidente. Usando como base a Constituição Americana, juízes de alguns Estados tem derrubado este decreto afirmando que se trata de uma ordem totalmente inconstitucional, já que se defende discorrer de uma perseguição religiosa, proibida pela Carta Magna do país. Segundo o conceituado mundialmente jornal Folha de São Paulo (2017):

“Na batalha jurídica travada neste momento, interpreta-se o texto para extrair as obrigações e restrições nele contidas; pergunta-se a Trump, como presidente, tem poderes para legislar sozinho sobre a matéria e se os decretos presidenciais estão sujeitos a controle de legalidade e constitucionalidade por partes dos Tribunais”.

Mesmo possuindo uma estrutura de formação de governo e Separação dos Poderes um pouco distinta do nosso país, é bastante clara a liberdade de atuação e o protagonismo do judiciário presente nos Estados Unidos, onde não é dado o poder de legislar apenas ao próprio Poder Legislativo e por meio de Decretos ao Poder Executivo, e sim dá as cortes um poder maior de decisão e intervenção.

A esfera jurídica nos Estados Unidos é tão independente e de considerável valor, que possui a competência de derrubar o posicionamento do cargo político mais alto de um país, o presidente, se for considerada uma decisão inconstitucional. A liberdade de atuação das cortes

é tanta, que não importa a hierarquia do tribunal, o mesmo pode julgar como constitucional ou não determinada posição.

Trazendo para uma ótica mais perto do nosso território e mais próximo da nossa realidade, a Colômbia é outro país que tem dado ao seu Poder Judiciário uma maior importância no governo do país. Rodrigo Uprimny Yepes (2007) especifica algumas das mudanças que ocorreu com o Sistema de Separação de Poderes Colombiano:

A partir da Constituição de 1991, a Corte Constitucional decidiu exercer um controle judicial mais estrito do uso dessas faculdades pelo governo. Em particular, decidiu exercer um controle "material" das declarações de emergência por parte do presidente, em virtude do qual a Corte analisa se efetivamente existe ou não uma crise suficientemente grave que justifique o recurso aos poderes de exceção. Antes, essa avaliação era considerada uma questão política, pois cabia ao presidente avaliar autonomamente se existia ou não uma perturbação econômica ou da ordem pública que justificasse recorrer a um estado de exceção. Por isso, a Corte Suprema, que antes da Constituição de 1991 exercia o controle constitucional, considerou que essa avaliação escapava ao controle judicial e estava submetida unicamente ao controle político exercido pelo Congresso. Ao contrário, com a Constituição de 1991, a Corte Constitucional assumiu, desde suas primeiras decisões em 1992, até suas últimas sentenças em 2003, que embora o Governo goze de uma margem de apreciação para avaliar se existe ou não uma crise e se é ou não necessário recorrer a um estado de exceção, suas decisões estão submetidas não somente ao controle político do Congresso, mas também a um controle judicial.

A judicialização e participação cada vez maior e necessária do poder Judiciário tem se tornado uma tendência internacional. Em sua maioria, o Judiciário tem sido utilizado como uma forma de controle da moralidade e legalidade do governo, atuando na maioria das vezes como um fiscal e guardião da lei, mas também ultrapassando barreiras funcionais, antes de outros Poderes, com a possibilidade de modificar e criar normas através de decisões judiciais.

Tanto na Colômbia quanto no Brasil, desde promulgação de suas atuais constituições, a área de atuação e poder de decisão de suas Cortes aumentou consideravelmente, devido tanto à necessidade de intervenção do judiciário em casos sociais, quanto à falta de eficiência prática do Poder Legislativo. É importante verificar que esse fenômeno não é mais tendência apenas em países de primeiro mundo, os subdesenvolvidos estão concedendo ao seu Judiciário uma maior participação em seu sistema de governo.

Como já dito anteriormente, o Ativismo Jurídico é uma tendência não apenas em nosso país e sim, em todo o globo. Contudo, depois da promulgação de nossa atual Constituição, o protagonismo do Judiciário Brasileiro cresceu de forma considerável, através do fato de que a nova Carta dá mais liberdade de atuação ao Poder Judiciário. A nossa Carta Magma deu ao Supremo Tribunal Federal o papel de guardião, protetor e intérprete da própria lei.

Além das funções descritas na Constituição, o Supremo, através da Emenda Constitucional 45 de 2004, pode tornar suas reiteradas decisões constitucionais em Súmulas Vinculantes, que deverão ser seguidas pelos órgãos inferiores do poder Judiciário e pela administração. Este instituto deu ao Poder Judiciário, a habilidade de também legislar, já que algumas de suas decisões deverão ser obrigatoriamente seguidas por outras esferas do jurídico, aumentando o raio de influência de decisão do STF.

Segundo Alexandre de Moraes (2012, p. 08):

As súmulas vinculantes surgem a partir da necessidade de reforço à ideia de uma única interpretação jurídica para o mesmo texto constitucional ou legal, de maneira a assegurar-se a segurança jurídica e o princípio da igualdade, pois os órgãos do Poder Judiciário não devem aplicar as leis e atos normativos aos casos concretos de forma a criar ou aumentar desigualdades arbitrárias, devendo, pois, utilizar-se de todos os mecanismos constitucionais no sentido de conceder às normas jurídicas uma interpretação única e igualitária.

Com a criação das Súmulas Vinculantes, perde-se a noção de que apenas o Legislativo através de sua principal atribuição, pode criar normas jurídicas. Cabe agora ao Judiciário não apenas a aplicação das normas e sim sua própria criação.

O Ativismo Judicial, tema central deste artigo, é considerado por muitos uma consequência da falta de eficiência dos parlamentares em legislar, de forma que abre precedentes para a politização da justiça, fazendo com que o Judiciário decida sobre questões fora de sua alçada originária.

Pode haver Ativismo através do uso de Súmulas, quando o STF não apenas interpreta a norma, mas acrescenta um preceito que não estava antes na lei, ou seja, a criação de uma precedente totalmente nova. Seria a decisão considerada ativista, porque a incumbência de criar e legislar pertence ao Poder Legislativo e não ao Supremo Tribunal Federal. Por conseguinte, entende-se que se o Supremo, através de uma decisão transformada em Súmula Vinculante, trouxer nova norma que não houvesse nenhum precedente legislativo anterior, estaria agindo de forma ativista.

3. Sistema de análise das decisões proferidas pelo STF

Apesar de ser um tema muito discutido e de se tratar de uma preocupação recorrente nos últimos anos, muito ainda se é discutido sobre o que faz uma decisão ser ativista ou não. É de entendimento majoritário que é dever do Supremo decidir sobre temas sociais e de Direitos Fundamentais mais livremente. Todavia, como saber que determinada decisão ou súmula proferida pelo STF é ativista?

O próprio conceito do que é o ativismo judicial já ajuda nesse quesito. Seria ativista no caso, toda decisão que se tratasse de fato não positivado anteriormente pela norma, ou seja, que o legislador constituinte não tivesse regulado antes da decisão proferida sobre aquele tema. Também são consideradas ativistas decisões com caráter político ou partidário ou que ainda exprimisse visões pessoais de juízes, o que também acaba por ferir o princípio da imparcialidade jurídica. Há ainda, o entendimento de que é ativista a decisão que se mostra totalmente contrária ao que já é estabelecido pela Constituição, ou seja, a decisão que contraria a norma. E por fim, quando o judiciário age sem a provocação dos outros Poderes em suas funções atípicas.

Segundo Lênio Luiz Streck (2016):

Há uma pergunta fundamental que deve ser feita e que pode dar um indicador se a decisão é ativista: a decisão, nos moldes em que foi proferida, pode ser repetida em situações similares? Há outras perguntas que podem ser feitas, conforme explicito em *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*(4ª. Ed, RT). Sendo essa primeira resposta um “não”, há fortes indícios de que estejamos a ingressar no perigoso terreno do ativismo.

Essa seria uma forma mais profunda e particular de monitoramento das decisões do STF. Uma forma de evitar que decisões ativistas fossem proferidas pelo Supremo Tribunal, mesmo quando não se tratar de Súmulas Vinculantes, ou seja, seria um método de prevenção contra posicionamentos que fossem considerados ativistas. Controlar e evitar que erros como esses serem cometidos é de suma importância para o funcionamento adequado da funcionalidade do Supremo Tribunal Federal.

Ainda segundo Lênio Luis Streck (2016):

Entendam-me bem: nem toda resposta juridicamente errada é, por ser errada, ativista; aliás, a postura pode ser ativista e, a resposta jurídica, correta. A questão é que, *pelo só fato de ser ativista*, há um problema de princípio que a torna errada, na sua formulação. É uma questão de dever judicial.

Trata-se de um entendimento mais duro e mais crítico sobre o tema, no qual o doutrinador segue a linha de raciocínio de que mesmo que determinada decisão tenha a aparência de está correta e não ser ativista se for analisada mais profundamente, pode ter sinais claros de ativismo e deve ser evitada a todo custo. Outro ponto importante, é que toda decisão deve ser suficientemente justificada. A regra seria de que tanto como um juiz de primeira instância deve (não acontece com a frequência que deveria ocorrer) justificar suas sentenças, o STF tem o dever de fundamentar de forma clara e concisa o posicionamento ou decisão proferida, para melhor análise tanto pelos próprios ministros quanto pela população.

3.1. Estudo de casos

Todavia, algumas vezes a decisão proferida é fundamentada, porém deixa evidente sua formação ativista. O artigo 5º da Constituição Federal de 1988 em seu artigo 5º, LVII, artigo este, repleto de Direitos, princípios e garantias do cidadão, não deixa dúvidas quando retrata taxativamente que: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Contudo, no ano de 2016, o Supremo decidiu por 7 (sete) votos a 4 (quatro), que não é necessário esperar o trânsito em julgado para que o réu seja preso. Essa decisão vai totalmente contra ao objetivo do Legislador da carta Magna e ao princípio da inocência consagrado como um Direito Fundamental na Constituição Federal. A Ministra Rosa Weber que votou contra a decisão reclamou em seu discurso: “Se a Constituição, com clareza, em seu texto vincula o princípio da presunção de inocência a uma condenação transitada em julgado, não vejo como possa chegar-se a uma interpretação diversa”.

Segundo o jornalista René Ariel Dotti da Gazeta do Povo (2017):

O Supremo Tribunal Federal, com o malsinado precedente no HC 126.292 e agindo como arauto da mídia sensacionalista, de uma só “penada” afrontou: (a) o princípio constitucional da *presunção de inocência* (CF, art. 5º, LVII);(b)os princípios de independência e *harmonia* entre os poderes do Estado, essenciais em um Estado Democrático de Direito;(c)a regra legal da presunção de inocência (CPP, art. 283);(d)o direito de iniciar o pagamento da multa somente após 10 (dez) dias do trânsito em julgado da sentença (CP, art. 50); (e) os comandos dos arts. 105, 147, 160 e 164 da Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/1984), que regulam a execução das penas privativas de liberdade, restritivas de direitos, do *sursise* da multa.

Fazendo-se uma análise baseada nas características citadas anteriormente de uma decisão ativista, o posicionamento do Supremo deixa evidente que se trata de uma usurpação quase que escancarada de função do Poder Legislativo, pois o Supremo estaria se sobrepondo ao objetivo do legislador constituinte, com a produção de Direito novo e negando uma garantia fundamental ao cidadão.

Outro grande perigo que mora nas decisões ativistas ocorre quando envolvem assuntos da esfera política do país. Recentemente, o Ministro Edson Fachin, relator da operação Lava Jato, pediu o afastamento do senador Aécio Neves do Senado Federal. Sobre uma ótica artificial parece ser uma atitude condescendente com a situação, já que o senador estaria aparentemente envolvido com o processo da Lava Jato, segundo as investigações realizadas. Porém, analisando mais intimamente o caso, desde quando é função do Supremo Tribunal Federal interferir em assuntos *interna corporis* de uma casa Legislativa?

Hely Lopes Meirelles entende que (2003, p. 683): “Pode-se inferir então que o Judiciário pode se pronunciar a respeito de atos *interna corporis*, quando estes não estejam ajustados a prescrições constitucionais, regimentais ou legais as quais definam condições, rito ou forma para sua realização”. De acordo com a Constituição em seu artigo 55º, parágrafo 2º, e pela Emenda Constitucional 76 de 2013, é de competência de o próprio Senado decidir sobre a perda de mandato de um de seus membros, assim como o Congresso Nacional decide sobre os seus deputados. Novamente a carta legislativa deixa claro o objetivo e vontade do legislador e mais uma vez o STF vai totalmente contra ao que fora proposta pela lei, exercendo mais uma vez uma função que não possui.

Depois de vários desentendimentos entre o Senado Federal e o Supremo Tribunal Federal, no dia 17 de outubro de 2017, o Plenário por maioria de 44 votos a 26, decidiu derrubar a decisão proferida pelo STF de afastamento do deputado federal Aécio Neves de seu mandato. Uma forma de deixar bem claro que em assuntos internos da casa, quem tem a prerrogativa de decidir sobre tais atos é a própria Casa Legislativa, não sendo função de o Supremo interferir.

Ou seja, partindo do ponto de análise proposto neste artigo, o posicionamento do STF vai de encontro contrário ao registrado pelo legislador constituinte e mais ainda, dá a entender que se trata de uma decisão ativista com caráter político e partidário que fere o princípio básico do judiciário que para muitos se trata da imparcialidade do judiciário, ou seja, um órgão acima de questões políticas, com a única responsabilidade de seguir a legislação.

Todavia, há quem defenda que o ativismo tem seu lado positivo quando o assunto são as causas sociais e defesa dos direitos fundamentais e das minorias que muitas vezes não são representadas por seus governantes. Como já aluído anteriormente, o ministro Barroso acredita que o ativismo voltado às causas sociais pode ser positivo, pois atualiza a legislação com as transformações vivida pela sociedade.

Um exemplo é a resolução do Conselho Nacional de Justiça, composto por ministros do STF, sobre a aprovação do casamento homoafetivo. Mesmo possuindo algumas características consideradas ativistas, até por este presente artigo, como o tema não ter sido tratado anteriormente pelo legislador, e talvez uma usurpação de poder e função do Legislativo ferindo o princípio da Separação dos Poderes, contudo, fora justificado como uma defesa aos princípios e garantias fundamentais presentes na Constituição, como a que somos iguais perante a lei e temos direito à liberdade sexual e a dignidade humana e a privacidade da vida particular. Também foi usada como justificativa a demora do Legislativo em tratar do tema, deixando uma

parte da população desprovida de um Direito Fundamental por este não estar esmiuçado na Norma.

Outro caso em que um posicionamento foi considerado como ativista e trouxe certa polêmica ao tema, foi a decisão do Supremo Tribunal por 8 (oito) votos a 2 (dois) em considerar que o aborto de feto anencefálico não é crime. O código penal prevê em seu artigo 128, que o aborto que trazer risco a vida mãe e a gravidez decorrente de estupro não se tratam de crime. Novamente, o Supremo estaria criando uma norma que não foi tratada em momento anterior.

Todavia, a fundamentação para a decisão foi a proteção da saúde psicológica da mãe, pois um feto sem a formação de um cérebro não tem condições de sobreviver depois de trazido ao mundo. O relator da decisão, o Ministro Marco Aurélio (2012) abordou sobre o caso: *“Aborto é crime contra a vida. Tutela-se a vida em potencial. No caso do anencéfalo, não existe vida possível. O feto anencéfalo é biologicamente vivo, por ser formado por células vivas, e juridicamente morto, não gozando de proteção estatal. [...] O anencéfalo jamais se tornará uma pessoa. Em síntese, não se cuida de vida em potencial, mas de morte segura. Anencefalia é incompatível com a vida”*. Sua fala trata-se de uma defesa aos que afirmavam que ele estava claramente contrariando a Constituição que considera o aborto crime contra a vida.

Barroso argumenta (2008, p. 19) que:

Em suma: o Judiciário é o guardião da Constituição e deve fazê-la valer, em nome dos direitos fundamentais e dos valores e procedimentos democráticos, inclusive em face dos outros Poderes. Eventual atuação contra majoritária, nessas hipóteses, se dará a favor, e não contra a democracia.

Faz-se a análise por fim de que, as duas decisões anteriormente citadas tem algumas características mencionadas neste artigo de ativismo, como a de que tanto a aprovação do casamento homoafetivo, como a permissão do aborto do feto anencefálico, não terem sido citadas pelo legislador anteriormente a posição deferida pelo STF, ou seja, seria novamente a produção de um Direito novo.

Mesmo tomando uma atitude considerada ativista, quando se trata da garantia dos direitos fundamentais e das causas sociais, o Supremo estaria exercendo seu papel de guardião e defensor da Constituição? E mais, o ativismo usado para as causas sociais seria uma forma de defesa dos Direitos e garantias no cidadão? O resultado justificaria os meios utilizados?

Conclusão

O Brasil vem experimentando certa incerteza tanto política quanto jurídica nos últimos anos. Isso nada mais é que uma consequência dos eventos que vem ocorrendo desde o ano de 2010, como escândalos políticos e econômicos envolvendo desde a presidente da República a Ministros do Supremo. A grande maioria da população não deposita mais sua confiança em seus representantes e o Judiciário sofre cada dia mais com a queda de sua popularidade entre os brasileiros.

Como retratado nos tópicos anteriores, o Supremo é uma entidade composta por 11 ministros que deveriam atuar de forma única, como um organismo, de forma a atender e decidir de forma mais justa e coerente. Porém, o que mais acontece é um ministro decidindo de forma particular, de acordo com suas próprias percepções, causando um desequilíbrio no funcionamento do órgão. A falta de um sistema de controle no Supremo traz um perigo enorme para andamento adequado do órgão, pois um Supremo sem uma alguma forma de gestão e moderação, carrega perigos gigantescos para a organização do país. O risco de a corrupção política, que é infelizmente uma situação atual no nosso país, criar raízes no Judiciário é enorme e uma preocupação não só de estudiosos da área e sim da população em geral, que vem sendo bombardeada diariamente com manchetes jornalísticas de decisões e posições questionáveis tomadas pelo Supremo Tribunal Federal.

Toda essa incerteza é mais acentuada quando um órgão que deveria seguir de maneira precisa a lei, ser seu defensor absoluto, onde deveria agir, essencialmente, como intercessor do interesse social e principalmente, manter como objetivo constante, uma busca eterna pela justiça, afinal sua própria criação tem como propósito maior atingir todos esses objetivos. Todavia, atua de forma contrária, colocando-se acima da norma, forçando um protagonismo de atuação frente aos outros Poderes, agindo com interesses políticos, defendendo o ganho de terceiros específicos ou seu em particular, sendo parcial em suas decisões e, por fim, agindo de forma ativista, criando normas de caráter novo no ordenamento jurídico, gerando repercussões jurídicas em todas as instâncias do Poder Judiciário, função esta, fora de sua competência.

Em relação às decisões proferidas pelo Supremo consideradas ativistas, foram propostas pelo presente artigo um sistema de análise sobre como perceber que estamos diante do fenômeno do Ativismo Judicial. O ativismo revela-se de forma clara (a) quando o Supremo profere decisão sobre fato que não foi retratado ainda pelo legislador em nenhum meio de constituição de lei do ordenamento jurídico, ou seja, positiva um direito novo; ou (b) quando

toma uma decisão baseada em alguma posição política ou em defesa ou de forma prejudicial relacionado a algum membro ou partido político; ou ainda (c) quando o órgão atua de forma contraditória ao que foi especificado anteriormente pelo legislador, decidindo por conta própria desrespeitando o Ordenamento Jurídico, e finalmente, quando (d) atua sem que o Poder Executivo e o Legislativo, no exercício de suas funções atípicas, o provoquem para tal.

Foram indigitadas no presente trabalho algumas decisões emitidas pelo STF para que com a utilização do sistema de análise proposto, fosse constatada a presença do ativismo Judicial nos citados posicionamentos tomados pelo Supremo. Nesse exame indicado, foi verificada a presença de uma ou mais das características citadas do ativismo em cada caso em análise. Como resultado do estudo, foi averiguado o uso negativo do fenômeno em algumas áreas do Direito, como na esfera Penal e Tributária, como aludido pelo presente artigo e, ainda na esfera política, com a interferência do Supremo em assuntos privados do Senado Federal.

Nesse diapasão, percebe-se como o ativismo pode apresentar riscos ao bom funcionamento do Sistema Judiciário, distorcendo suas funções ao mesmo tempo em que não impõe limites a sua atuação, ou seja, fazendo com que o Supremo não siga e nem responda sequer a norma vigente. Vale salientar que o ativismo também pode interferir no equilíbrio no sistema de Separação dos Poderes, fazendo com que o Supremo se considere legitimado a interferir no campo de atuação dos outros dois Poderes, tornando possível um futuro cenário de ditadura do Judiciário, onde há a constante intervenção do Supremo, tanto no Sistema de Governo quanto nas Casas Legislativas, desrespeitando o objetivo do Legislador Constituinte.

Por fim, também foram apontados durante o texto através da citação de duas decisões emitidas pelo Supremo, os benefícios do fenômeno do Ativismo quando se trata dos Direitos e Garantias Fundamentais. Como exposto, a sociedade passa por mudanças em sua composição diariamente e seria necessário e ideal que as normas acompanhassem essas mudanças; porém, muitas vezes, o legislador age de forma morosa em responder a essas modificações, principalmente quando se trata de interesse das minorias. Nesse caso, o ativismo é de grande auxílio, pois contribui para agilizar e assegurar os direitos fundamentais e ainda consegue defender os interesses de algumas minorias que muitas vezes não são bem representadas por seus representantes.

Assim, podemos concluir que, apesar de ser negativo seu uso de forma geral, especificamente nas causas sociais o Ativismo Judicial traz notáveis benefícios para a população, fazendo com que nosso ordenamento evolua junto com a sociedade, impedindo que alguns princípios constitucionais sejam obstruídos apenas por não se encontrar de forma

objetiva e concisa na lei. Também é de entendimento defendido neste artigo que é necessário um sistema de controle do Supremo Tribunal Federal para prevenir as constantes práticas ativistas de seus membros, para que o STF possa atingir seu objetivo constitucional máximo de defensor da lei, acima de tudo.

Referências

AIDAR, Carlos Miguel. **Democratizando as indicações ao STF**. Gazeta Mercantil, São Paulo, 3 jul. 2002.

A Judicialização da política na Colômbia: casos, potencialidades e riscos. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1806-64452007000100004. Acesso em : 08/07/2017.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em 20.05.2017.

Brasileiro confia mais em STF que Congresso, diz IBOPE. Disponível em: <http://ultimosegundo.ig.com.br/politica/2012-12-24/brasileiro-confia-mais-em-stf-que-congresso-diz-ibope.html>. Acesso em 05/10/2017.

Confiança no judiciário é de apenas 29%, diz FGV. Disponível em: <http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/confianca-no-judiciario-e-de-apenas-29-da-populacao-diz-fgv/>. Acesso em 05/10/2017.

Conversas acadêmicas: Gilmar Mendes e a Jurisdição Constitucional (II). Disponível em: <http://www.osconstitucionalistas.com.br/conversas-academicas-gilmar-mendes-e-a-jurisdicao-constitucional-ii>. Acesso: 24/07/2017.

FALCÃO, Joaquim. ARGUELHES, Diego W.; RECONDO, Felipe.; **Onze supremos: o supremo em 2016**. Belo Horizonte (MG), 2017.

GAZETA DO POVO. **Execução imediata da condenação pelo júri - um equivocado exemplo de ativismo judicial**, 2017. Disponível em: <http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-e-direito/columnistas/rene-ariel-dotti/execucao-imediata-da-condenacao-pelo-juri---um-equivocado-exemplo-de-ativismo-judicial-20fzbsncl05kikeprzsebvkc5>. Acesso em 20.05.2017.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **O Ativismo Judicial e a Ordem Constitucional**. Disponível em: [http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-18/RBDC-18-023-Artigo_Ives_Gandra_da_Silva_Martins_\(O_Ativismo_Judicial_e_a_Ordem_Constitucional\).pdf](http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-18/RBDC-18-023-Artigo_Ives_Gandra_da_Silva_Martins_(O_Ativismo_Judicial_e_a_Ordem_Constitucional).pdf). Acesso em: 20.05.2017.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. Atualizado por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestrero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 683

MORAES, Alexandre. **As súmulas vinculantes no Brasil e a necessidade Limites ao Ativismo Judicial**. Disponível em <http://www.alexandremoraesadvogados.com.br/wp-content/uploads/2014/02/2-As-S%C3%BAmulas-Vinculantes-no-Brasil-e-a-Necessidade-de-Limites-ao-Ativismo-Judicial...pdf> . Acesso em 20.05.2017.

O Rubicão e os quatro ovos do condor: de novo, o que é ativismo? Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-jan-07/senso-incomum-rubicao-quatro-ovos-condor-ativismo>. Acesso em: 01/11/2017.

Resultado de batalha jurídica ajudará a definir cara dos EUA. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/mundo/2017/02/1856142-resultado-de-batalha-juridica-ajudara-a-definir-cara-dos-eua.shtml>. Acesso em: 07/08/2017.

SOARES, José de Ribamar Barreiros. **Ativismo Judicial no Brasil: O Supremo Tribunal Federal como arena de deliberação política.** Disponível em: <http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/5244>. Acesso em: 20.05.2017.

Supremo decide por 8 a 2 que aborto de feto sem cérebro não é crime. Disponível em: <http://g1.globo.com/brasil/noticia/2012/04/supremo-decide-por-8-2-que-aborto-de-feto-sem-cerebro-nao-e-crime.html>. Acesso em 07/08/2017.

FISIOLOGIA DA DEMOCRACIA BRASILEIRA CONTEMPORÂNEA: LEGITIMIDADE E LEGITIMAÇÃO JURÍDICO-POLÍTICA DIANTE DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

João Marcos Frutuoso Azevedo¹

Resumo

Introdução: Com aproximadamente 30 anos da promulgação da Constituição Cidadã – elaborada no período que marcou o processo de redemocratização do Brasil após 21 anos de ditadura militar – figura-se o momento oportuno para várias reflexões sobre as vicissitudes operadas e em processo, desde então. **Objetivo:** Nesse contexto, o presente artigo estuda o funcionamento da atual democracia brasileira diante das mudanças institucionais pelas quais vem passando o Supremo Tribunal Federal. Além disso, segue com a consequente análise da legitimidade e legitimação do tribunal para decisões de conteúdo cada vez mais político. Deste modo, propõe-se a examinar, de forma paralela, os aspectos da democracia brasileira com a atividade do poder judiciário, reservando maior atenção à jurisdição constitucional. **Métodos:** Para facilitar no desenvolvimento, seguiu-se uma abordagem histórica e comparativa dos institutos, trabalhando-se na análise de dados apresentados em pesquisas e disponíveis no acervo dos órgãos especializados para a dedução em sugestões de modificações e melhorias. **Resultados:** Observou-se uma alteração substancial no funcionamento do Supremo Tribunal Federal em um processo, ainda em andamento, que aponta para uma transformação da democracia brasileira. Isso pelo conteúdo e alcance de suas decisões num novo quadro de legitimação jurídico-política da jurisdição constitucional, tanto perante as outras instituições, como perante o próprio povo brasileiro. **Conclusões:** Por fim, como característico das fases de transição, tais como a contemporânea, o processo de formação dos membros do tribunal necessita acompanhar a mudança de seu funcionamento. Maior transparência e legitimidade nesse processo reforçaria a representação popular de suas decisões – cada vez mais políticas –, seguindo o caminho aberto pelas necessidades trazidas às suas mãos.

Palavras-chave: Supremo Tribunal Federal; democracia; legitimidade; jurisdição constitucional.

Introdução

A vigente Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988, tem representado a marca de um período de amadurecimento do sistema político brasileiro. Isso, não obstante o fato desse amadurecimento não ser observado em um processo ininterrupto e contínuo de progresso (antes disso, mostra-se um avanço entre muitas idas e vindas) é fato que se operaram avanços.

E é com a marca dos 30 anos da promulgação da Constituição Cidadã e sua carga simbólica – elaborada no período que marcou o processo de redemocratização do Brasil após

¹ Possui Bacharelado em Direito pela Faculdade ASCES. Servidor público. Tem experiência na(s) área(s) de: Fundamentos de conhecimentos jurídicos, Noções Básicas de Direito Criminal, Constitucional, Administrativo, e outras. E-mail: jmarcosazevedo@yahoo.com.br

21 anos de ditadura militar – que figura-se o momento bastante oportuno para várias reflexões sobre as vicissitudes operadas e em processo, desde então.

Quais mudanças devem ser revistas? O que deu certo e o que deve ser melhorado? Como garantir as conquistas alcançadas e repensá-las ante a realidade em constante transformação a apresentar novas demandas?

Nesse contexto, o presente artigo busca enfrentar essa temática levando-a para a área do Direito Constitucional, mais precisamente no âmbito da atividade jurisdicional do Supremo Tribunal Federal – STF. Assim, desenvolve o estudo do funcionamento da atual democracia brasileira diante das mudanças institucionais pelas quais vem passando o Supremo Tribunal Federal. Além disso, segue com a consequente análise da legitimidade e legitimação do tribunal para decisões de conteúdo cada vez mais político. Deste modo, propõe-se a examinar, de forma paralela, os aspectos da democracia brasileira com a atividade do poder judiciário, reservando maior atenção à jurisdição constitucional.

Com essa proposta, o estudo divide-se em três subtópicos a fim de uma análise gradual do tema proposto. Nesse sentido, o primeiro tópico faz uma contextualização sobre o regime democrático com suas características e transformações ao longo da história, observando os reflexos das constantes transformações sociais e das atribuições do STF. Num segundo momento, mergulha-se mais a fundo no estudo da jurisdição constitucional, com observações na atividade do Supremo Tribunal Federal. E, por fim, a questão da legitimidade do tribunal é debatida frente os aspectos políticos e jurídicos de sua atuação no contexto do ambiente democrático brasileiro, o que abre espaço para ajustes em busca de melhorias.

O STF, como o guardião da Constituição, deve seguir os anseios propostos pela Carta Magna a fim de continuar a bem defendê-la, mesmo que para isso sejam necessárias mudanças.

1. Democracia: um longo caminho

Embora seu uso encontre bastante difundido no palco político, democracia se mostra um conceito bastante complexo e que traz uma carga valorativa muito elevada. O termo tem origem na junção de duas palavras gregas *demos* e *kratos* (povo e poder, respectivamente) sendo assim o poder do povo (MATTOS, 2017, p. 81). Esse significado se encontra insculpido na nossa Carta Magna de 1988, onde no § 1º do artigo 1º declara que “(t)odo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.”

Vários parâmetros podem ser indicadores de um regime político ser mais democrático, mas que não podem isoladamente garantir que estando presentes, estar-se diante de uma democracia de fato. A presença de eleições, por exemplo, é um fator relevante, mas a história tem demonstrado que existiram e existem ditaduras com eleições. Nesses casos, o processo eleitoral serve como uma máscara democrática a fim de legitimar o regime. (MATTOS, 2017, p. 81).

No mesmo sentido, não é a existência de uma constituição com o estabelecimento da separação dos poderes ou com a invocação de direitos fundamentais e suas garantias, nem ainda a existência de um significativo número de leis que caracterizarão um dado regime político como democrático. Tudo isso de nada adiantará se, de fato, o arbítrio político persiste. (TOMAZ, 2010, p. 72)

O fato de haver eleições é um componente fundamental da democracia, mas não pe condição suficiente para sua existência. A democracia ainda está em processo de existência e aperfeiçoamento em todo o mundo. A democracia é o futuro que se constrói hoje através da ação e participação de todos e de cada um. A democracia não é inevitável, mas pode ser criada. A democracia não é um atalho, mas um caminho. Muitas vezes o atalho é a ditadura. (RODRIGUES et al., 1996, p. 68).

No contexto brasileiro, a história é longa. Embora normalmente se detenha mais na análise do regime político após o ‘descobrimento’, antes dos portugueses chegarem, os povos indígenas viviam seus regimes comunitários. Aqui, os fatores que mais se destacam são a igualdade e a solidariedade entre os membros da comunidade indígena. Mesmo não sendo todos iguais, todos estavam contemplados com alguma parte do que pertencia a toda a comunidade. (RODRIGUES et al., 1996, p. 68).

Porém, apesar da grande aceitação que o conceito de democracia tem alcançado nos últimos tempos, o ideal democrático, nos moldes dos regimes políticos modernos, tem se mostrado muito longe de sua configuração inicial. (AZEVEDO, 2010, p. 4).

1.1 Importância do STF para a democracia brasileira

Sento a Suprema Corte da jurisdição brasileira, trazendo a última palavra em relação a temas abordados pela Constituição pátria, o STF tem um elevado papel para o amadurecimento do regime político nacional. Isso por diversos fatores, estando constantemente incerto no debate político da mais alta relevância.

Um exemplo dessa implicação se vê mais recentemente pelo debate em torno do processo de *impeachment* dos chefes do Executivo federal, com a perda do mandato da

presidente eleita Dilma Rousseff e com o acompanhamento do processo do atual presidente Michel Temer.

Mas a atuação política do referido tribunal não se limita a esses casos extremos, pois no controle de constitucionalidade de leis e atos normativos o STF serve de barreira para violações de direitos e preservação da democracia.

2. Jurisdição constitucional e democracia

Como consequência da ascensão da Constituição como documento normativo a dar fundamento ao Estado as instituições políticas ocidentais no período pós-guerra reservou espaço significativo à função jurisdicional. Nesse mesmo passo, isso promoveu o desenvolvimento de uma extensa e progressiva jurisdição constitucional., visto que aos tribunais constitucionais entregou-se, ao longo dos anos, o papel fundamental de guarda do texto constitucional. Com isso, os Tribunais Constitucionais vêm adquirindo cada vez mais espaço na resolução dos conflitos normativos do dia a dia da sociedade. Hoje, por exemplo, não é preciso ser operador do direito para que os nomes dos ministros do STF soem de um modo mais familiar, não tão estranhos para a população brasileira em geral.. Porém, esse fenômeno observado em várias partes do mundo traz um questionamento inerente: estaria a Corte atuando politicamente de forma muito acentuada? (SVHELEDER, 2016, p. 42)

Mas, como conciliar o governo do povo quando decisões de cunho político são tomadas por um tribunal formado por membros que não foram eleitos pela população? Estar-se-ia a desnaturar a democracia? Para enfrentar esses questionamentos deve-se observar que qualquer concepção específica de democracia carrega em si uma delimitação da realidade a que se visa analisar. Assim, por exemplo, a democracia social está ligada a um aspecto econômico, fundada em políticas de redistribuição das riquezas. Já a democracia procedimental estaria ligada às regras de escolha de governantes, enquanto a democracia participativa destaca o acesso dos cidadãos e suas influências na construção das decisões políticas. (BARRETO, 2006, p. 1)

Diante desses concepções, embora todas apontem um elemento importante, a participação dos cidadãos ao processo de tomada de decisões tem se destacado, embora tenha sofrido interferências de diversos fatores. Porém, estaria a se observar, nas democracias atuais, uma redução da capacidade de realizar as funções de integração social e de transmitir a vontade popular ao Estado. (FELDHAUS; DUTRA, 2009, p. 127)

No Brasil, em tema de jurisdição constitucional, o papel do Supremo Tribunal Federal está destacado no artigo 102 da Constituição Federal onde se firma que “(c)ompete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição”.

Assim, nesse tópico, abordar-se-á o tema da jurisdição constitucional, mas primeiro analisar-se-á o aspecto do alcance da eficácia das decisões dos tribunais em geral para posteriormente observarem-se as mudanças no funcionamento do Supremo Tribunal Federal diante da configuração do regime democrático brasileiro. Tais análises trarão a contextualização sobre democracia e legitimidade na atuação do Tribunal realizada mais à frente, na terceira parte do presente artigo.

2.1 Alcance da eficácia das decisões dos tribunais

O momento em que se passa a atividade jurisdicional brasileira indica o ponto ápice, ate aqui, de um longo processo em que se desenvolve um sistema de precedentes judiciais. Isso porque, recentemente, houver a edição da Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015 que instituiu o novo Código de Processo Civil.

Dessa forma, anteriormente mais voltado para uma atividade jurisprudencial, o sistema processual pátrio avança para uma atuação ainda mais incisiva com uso dos precedentes judiciais. Isso se relaciona de forma muito estreita com a ampliação do alcance da eficácia das decisões dos tribunais em geral, incluindo do exercício da jurisdição constitucional.

Nesse passo faz-se necessário tangenciar o tema dos precedentes judiciais. É que, umas das importantes novidades do NCPC 2015 é justamente o uso dessa técnica para a solução de casos repetitivos.

Precedente é um pronunciamento judicial, proferido em um processo anterior, que é empregado como base da formação de outra decisão judicial, prolatada em processo posterior. Dito de outro modo, sempre que um órgão jurisdicional, ao proferir uma decisão, parte de outra, proferida em outro processo, empregando-a com base, a decisão anteriormente prolatada terá sido um *precedente* (CÂMARA, 2017, p. 432).

Embora anteriormente já se observasse esse fenômeno da ampliação da eficácia das decisões dos tribunais por meio de outros institutos, tais como a jurisprudência e súmulas vinculantes, têm-se aqui uma via mais direta de realização dessa vinculação dentro da atividade jurisdicional.

Não há dúvidas quanto ao enorme avanço em direção a uma prestação jurisdicional mais célere e com maior segurança jurídica trazidas com esses institutos. Entretanto, conforme proposto no presente estudo, tais modificações têm atribuído maior poder às decisões dos

tribunais, com repercussões políticas cada vez mais notórias, o que repercute em outros aspectos secundários e que vêm ganhando maior força.

Com essa visão macro sobre a atividade jurisdicional dos tribunais no sistema normativo brasileiro, passa-se à observação mais aproximada do objetivo proposto: as mudanças operadas na jurisdição constitucional.

2.2 As constituições e o Supremo Tribunal Federal

Uma rápida análise histórica das constituições em relação ao controle de constitucionalidade já aponta para a progressiva relevância que o tema tem conquistado com o passar do tempo e as seguidas modificações que têm se operadas no funcionamento do STF.

No Brasil, observa-se que: 1 - em 1824 o controle de constitucionalidade era realizado pelo próprio Legislativo, devendo-se destacar o Poder Moderador a trazer certo equilíbrio ao limitar a força do parlamento e chamado Supremo Tribunal de Justiça; 2 - a constituição de 1891 introduziu o controle judicial de constitucionalidade das leis, sendo a primeira a apresentar a denominação Supremo Tribunal Federal. (influência americana foi decisiva para consolidar o sistema de controle difuso); 3 - a Constituição de 1934 mudou a denominação do órgão para “Corte Suprema” criando o recurso extraordinário o Mandado de Segurança e concentrando maior poder na esfera federal com a introdução de mecanismos de intervenção federal, aproximando-se do modelo europeu de um tribunal constitucional. 4 - a Carta de 1937 trouxe de volta o nome “Supremo Tribunal Federal”, mas o controle de constitucionalidade foi enfraquecido pelo caráter centralizador do regime no poder executivo federal; 5 - com a redemocratização do país, a Constituição de 1946, além do retorno das inovações de 1934, houve a instituição da reserva de plenário e do recurso extraordinário para causas decididas em última ou única instância (consagrou-se o sistema concentrado/abstrato do controle de constitucionalidade por representação); 6 - no regime militar não houve inovação substantiva, coexistindo ambos os sistemas como na Constituição de 1946; e, 7 - com a redemocratização, a Constituição de 1988 realçou a função do Supremo Tribunal Federal como guarda da Constituição, ampliando os legitimados para propor a Ação Direta e criando a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (FILHO, 2009, p. 4-20).

Assim, se com a Constituição Brasileira de 1988 a jurisdição constitucional ganhou novo patamar (com uma progressiva prevalência do controle concentrado sobre o difuso) a

Emenda Constitucional 45 representou mais um passo à diante, com a previsão das Súmulas Vinculantes e do instituto da Repercussão Geral (MEDEIROS, 2013, p. 189).

2.3. Mudança das características do STF (números e gráficos)

Como visto, observa-se ao longo do tempo uma mudança da característica em que o Supremo Tribunal Federal vem atuando: cada vez mais como um Tribunal Constitucional. Assim, mesmo após a CF de 1988, a Emenda Constitucional n. 45 (chamada de reforma do Judiciário), trouxe várias alterações nesse sentido (§ 2º do artigo 102 e artigo 103-A).

Como observado em tópico anterior, o CPC 2015 seguiu esse movimento ao ampliar o afeito das decisões dos tribunais e, quanto ao STF não foi diferente. Além da Assunção de competência (947, §3º do CPC), do incidente de resolução de demandas repetitivas (artigo 985 e 987, §2º do CPC) e do julgamento de recursos extraordinários ou especiais repetitivos (art. 1.040 do CPC), destaca-se o disposto no artigo 927:

- Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:
- I – as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;
 - II – os enunciados de súmula vinculante;
 - III – os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;
 - IV – os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;
 - V – a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

Esses dispositivos indicam uma evolução em que o tema tem apresentado durante os últimos anos. Cumprida essa finalidade, faz-se interessante a observação dessa mudança pela análise dos dados disponibilizados pelo STF relativo à movimentação processual a partir de 1940. Assim, primeiramente, observa-se um aumento gradativo do trabalho do órgão ao longo dos anos (conforme gráfico 01) o que reflete o crescente número de processos protocolados no tribunal (conforme gráfico 02):

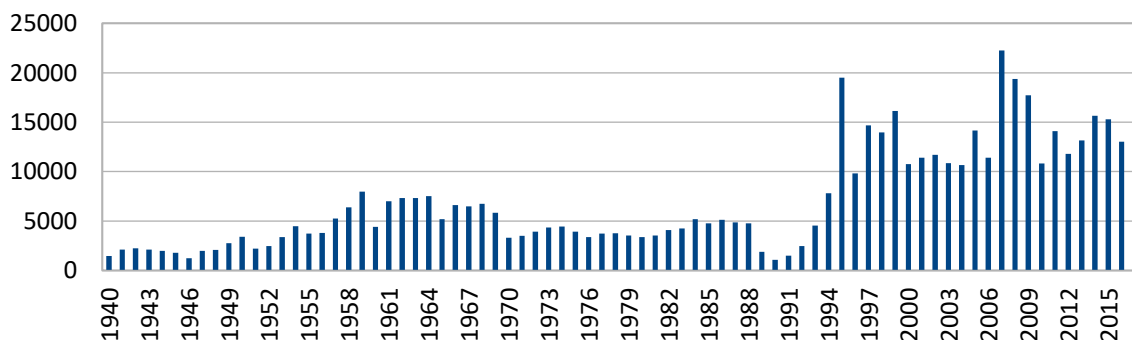


Gráfico 01 – STF. Número de acórdãos publicados por ano (STF, 2017)

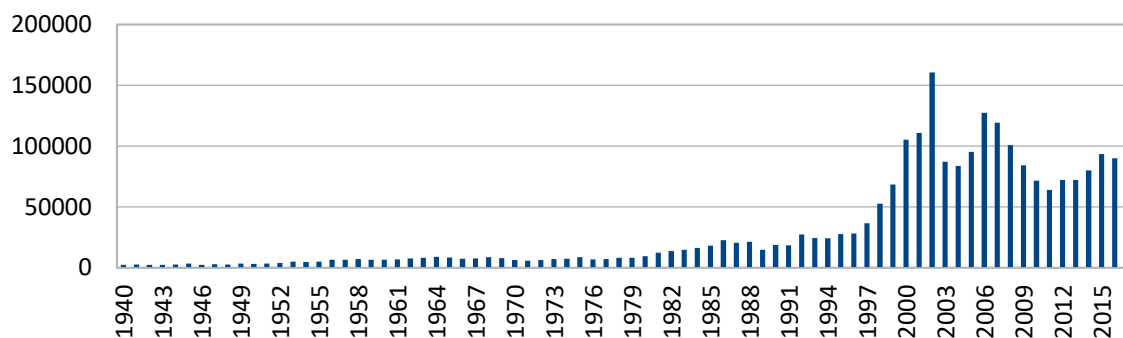


Gráfico 02 – STF. Número de processos protocolados por ano (STF, 2017)

Como alternativa, observa-se uma aposta na ampliação da eficácia das decisões do órgão por meio das modificações legislativas indicadas e pela valorização do controle de constitucionalidade concentrado, com o aumento dos legitimados e criação de novas possibilidades de sua interposição, principalmente a partir da Constituição de 1988 (Gráficos 03 e 04):

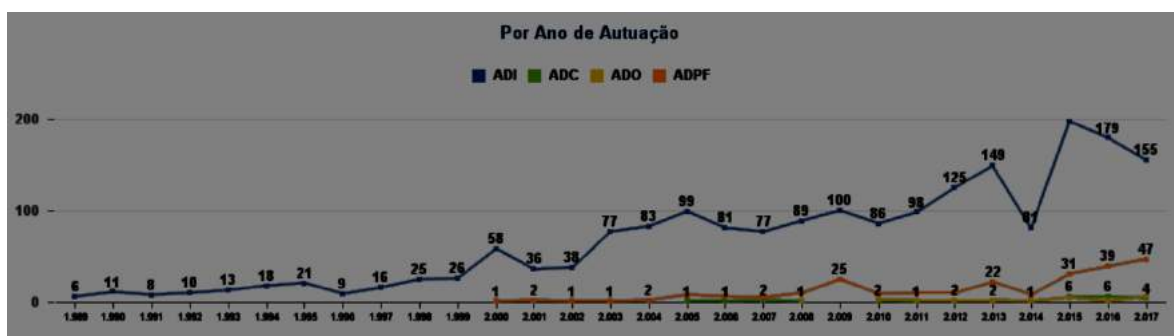


Gráfico 03 – STF. A partir de 1988: Ações constitucionais (STF, 2017)

Embora seja uma alternativa para uma prestação jurisdicional efetiva e eficaz, tendo em vista o aumento da demanda, buscando-se ainda a desejável isonomia e coerência no julgamento de demandas, este caminho tem revertido numa ampliação judicial em que repercute muito além das partes em litígio. Assim, a questão que se coloca é a respeito da legitimidade, ou seja: qual a legitimidade política para que um grupo pequeno de magistrados, dentro das regras da democracia representativa, tenha poderes para interferir no ambiente legislativo (quer pelo controle das leis, que pela ampliação da eficácia de suas decisões) visto que os legisladores seriam os representantes da vontade da maioria? (SHELEDER et al., 2016, p. 101)

3. A questão da legitimidade e legitimação

Aqui se abordará o ponto mais sensível da temática proposta. Para tanto, por razões metodológicas, dividir-se-á o tópico em três seções, onde: a) na primeira se tratará do diálogo entre a legitimidade e legitimação jurídico-política; b) depois da abertura do processo com objetivo para a legitimação pela participação num processo democrático; b) se encerrando com a abordagem da perspectiva do funcionamento da atual democracia brasileira.

3.1 Diálogo entre a legitimidade e legitimação jurídico-política

Primeiramente, observa-se que o termo Legitimidade possui dois significados, um genérico (tendo aproximadamente o sentido de justiça ou de racionalidade) e um específico (para a linguagem política). Assim, o Estado é o ente a que mais se refere o conceito de Legitimidade, podendo-se defini-la como sendo um atributo do Estado, que consiste na presença, em uma parcela significativa da população, de um grau de consenso capaz de assegurar a obediência sem a necessidade de recorrer ao uso da força, a não ser em casos esporádicos. É por esta razão que todo poder busca alcançar consenso, de maneira que seja reconhecido como legítimo, transformando a obediência em adesão. (*BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 1998, p. 675*)

Já a legitimação seria o processo em busca da Legitimidade. Assim, sob o enfoque sociológico (e não jurídico), o processo de legitimação não tem como ponto de referência o Estado no seu conjunto, e sim nos seus diversos aspectos: a comunidade política, o regime, o Governo etc. Consequentemente, a Legitimidade do Estado aproxima-se mais a um objetivo que a uma qualidade, onde um Estado será mais ou menos legítimo na medida em que mais se aproxima a um consenso, ou seja, na medida em que se aproxima à ideia-limite da eliminação do poder e da ideologia nas relações sociais. (*BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 1998, p. 678*)

Nesse processo de Legitimação, observa-se que a atuação de um Tribunal constitucional encontra-se inserido, servindo não só como substantivo a buscar Legitimidade, mas como meio de Legitimação do Estado. Desta forma, o jurídico e o político se encontram, o que têm levado a uma certa perplexidade por parte da comunidade de estudiosos do direito sobre a Legitimidade do tribunal quando do enfrentamento de temas jurídico-políticos recentes, tais como: 1 - Estado de Coisas Inconstitucional (na ADPF nº 347/DF), 2 - judicialização das políticas públicas (ADPF 45 MC/DF) ou 3 - o impedimento da Dilma como questão jurídico-política, dentre outros.

3.2 Legitimação pela participação num processo democrático

A preocupação quanto ao aspecto da legitimidade frente a atividade jurisdicional dos tribunais já vem sendo demonstrada pela abertura de outros meios de discussão e participação da sociedade no processo, quando o alcance dessa atividade se extravasa para além das partes em um litígio.

O estímulo à participação do *amici curiae* e a realização de audiências públicas na construção dessas decisões (seja na elaboração das súmulas, seja nos incidentes onde os precedentes são construídos) são alternativas para essa abertura em busca de maior participação para legitimidade. Isso pode ser conferido em alguns dispositivos do NCPC, conforme dispões o artigo 138 (sobre o Amicus Curiae) e nos artigos 983 e 1.038 (quando da regulação do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e do julgamento dos Recursos Extraordinário e Especial Repetitivos). Pela sua pertinência ao tema, observe-se a redação do artigo 1.038 do NCPC:

Art. 1.038. O relator poderá:

- I - solicitar ou admitir manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia, considerando a relevância da matéria e consoante dispuser o regimento interno;
- II - fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e conhecimento na matéria, com a finalidade de instruir o procedimento;
- III - requisitar informações aos tribunais inferiores a respeito da controvérsia e, cumprida a diligência, intimará o Ministério Público para manifestar-se

Tanto na elaboração das súmulas, quanto na alteração ou cancelamento de enunciado de súmula dos tribunais, deverá ser observado a realização de audiências públicas e a participação de *amici curiae*, a fim de maior efetivação do contraditório pela reanálise da tese firmada. Isto ampliará, deste modo, a legitimidade na elaboração, alteração ou no cancelamento sumular (CÂMARA, 2017, p. 437).

Entretanto, em se tratando do Supremo Tribunal Federal – ante o alcance de suas decisões em todo o território nacional – tal abertura precisa de ainda maior força. Isso em parte para se contrapor ao questionamento de que as Cortes Constitucionais não têm legitidade democrática para decisões com tamanha extensão em seus efeitos, visto que seus integrantes não foram eleitos diretamente pelo povo. (BOTELHO, 2008, p 15)

Tendo como base a relação entre legitimidade e o sufrágio, as Cortes Constitucionais apresentariam grandes défices de representatividade. Entretanto, não é apenas o voto a forma de se trazer legitimidade quando se fala em jurisdição constitucional. Isso porque, sua legitimidade pode vir do fato de o processo em si representar o espaço público por excelência

em que as questões constitucionais podem ser debatidas num ambiente democrático. Assim, os sujeitos interessados podem trazer seus argumentos e contribuir diretamente para a construção das decisões. (BOTELHO, 2008, p 15)

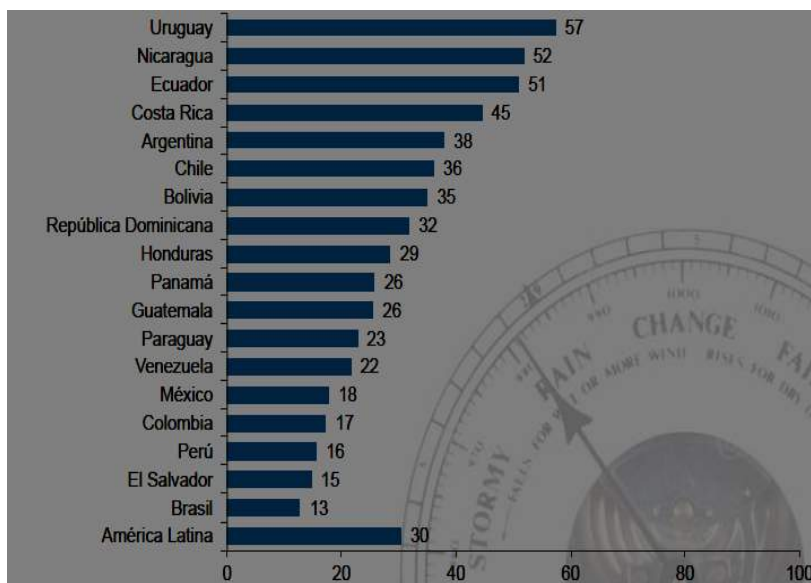
Sob essa perspectiva, as Cortes Constitucionais, antes de apresentarem uma baixa na de legitimidade em suas decisões seriam a própria ação da democracia pelo dialogo na construção de suas decisões. Pois, em sede de jurisdição constitucional, viabilizaria o espaço público onde a participação discursiva na construção das decisões seria observada de modo mais evidente. (BOTELHO, 2008, p 15)

Porém, em relação à crítica sobre a legitimidade do Tribunal, não se pode refutá-la sem repensar em sua parcela de contribuição para uma melhoria nesse sentido.

3.3 Fisiologia da atual democracia brasileira

Partindo-se de uma visão funcionalista da democracia, onde os elementos de uma sociedade se relacionam entre si, em uma analogia com os organismos biológicos, onde o mau funcionamento de um desses elementos repercutiria na atividade dos outros, numa concepção sistêmica (TESKE, 2005, p. 46-47). Assim, a expressão utilizada no tema do presente artigo: “fisiologia da democracia” (physis: natureza, função ou funcionamento; e logos: palavra ou estudo) seria o estudo do funcionamento do atual regime político brasileiro.

Nesse passo, recentemente, o Latinobarómetro (estudo de opinião pública que aplica anualmente cerca de 20 mil entrevistas em 18 países da América Latina, representando mais de 600 milhões de habitantes) apresentou dados bastante preocupantes a respeito da percepção da democracia no Brasil. Dentre vários questionários, por exemplo, a insatisfação do brasileiro com o funcionamento da atual democracia pode ser vista diante do quesito: Em geral você diria que está satisfeito com o funcionamento da democracia em seu país? Apenas 13% indicaram que sim. Tal perspectiva ainda piora quando os quesitos são a aprovação do governo do atual presidente (6%) ou sobre se estar diante de uma democracia plena no país (1%) (LATINOBARÓMETRO, 2017, p. 15):



*Satisfação com a democracia – Total América latina 1995 a 2017. Total por país 2017.

Em geral diria que está muito satisfeito, bem satisfeito, não muito satisfeito ou nada satisfeito com o funcionamento da democracia em (país)? No gráfico apenas os que responderam estar ‘muito satisfeito’ e ‘bem satisfeito’.

Em dez países, menos de um terço da população está satisfeita com a democracia.

Gráfico 04 – Percepção do funcionamento da democracia (Latinobarómetro, 2017)

Essa insatisfação que deve ser considerada para fins de melhorias. Assim, o movimento de democratização deve continuar e ser ampliado, alcançando novos patamares de participação social. E nesse contexto, a atuação do STF não está excluída. Diante da maior importância política que o Tribunal tem atingido para a democracia brasileira, o atual processo de formação de seus membros inscrito no artigo 101 da Carta Magna (abaixo) precisa seguir esse movimento, trazendo maior legitimidade para suas decisões. Para tanto, o uso de algum dos instrumentos de democracia participativa (artigo 14 da CF/88) seria uma alternativa para fazer essa função, devendo ser estudada:

Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: I – plebiscito; II – referendo; III - iniciativa popular.

Art. 101. O Supremo Tribunal Federal compõe-se de onze Ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada.

Parágrafo único. Os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal

Assim, a democratização do processo de formação dos membros do STF estaria *pari passu* aos anseios de melhoria no funcionamento da democracia e de legitimidade do tribunal.

Conclusão

Fala-se em escola democrática, cultura democrática, gestão democrática etc. Isto demonstra que democracia não se refere somente à ordem do poder público, do Estado, mas é

um valor a ser buscado em todas as relações sociais, econômicas, políticas e culturais. Democracia começa na relação interindividual e segue passando pela família, a empresa, as igrejas, as instituições da sociedade civil. Sociedade e Estado. Uma sociedade democrática, então, é aquela que vai democratizando todas as suas instituições e práticas. (RODRIGUES, 1996, p. 68)

O debate em torno da temática da democracia brasileira aponta para um futuro bastante imprevisível. Porém não se pode questionar que nesse intervalo existiram avanços na democracia brasileira. Isso porque, mesmo que nessa trajetória se possam verificar retrocessos, observa-se como resultado geral um caminho democratização. Na Administração Pública, por exemplo, os últimos anos indicam a abertura de informações, buscando-se mecanismos de gestão da coisa pública mais transparente com a edição de normas importantes: 1 - Lei Complementar nº 131/2009 (Lei da transparência), 2 - Lei nº 12.527/2011 (regulamenta o direito constitucional de acesso às informações públicas), 3 - Lei nº 13.460/2017 (dispõe sobre participação, proteção e defesa dos direitos do usuário dos serviços públicos da administração pública). No âmbito processual não poderia ser diferente, e conforme observado, o Novo Código de Processo Civil de 2015 espelhou, em vários dispositivos, essa busca pela transparência e participação.

Ao passo desse desejo social, a Corte Suprema do Brasil tem, cada vez mais, se inserido no limite entre o jurídico e o político, o que tem acentuado, em muito, sua necessidade de transparência e abertura para a participação social.

Deste modo, como característico das fases de transição, tais como a contemporânea, o processo de composição dos membros do tribunal necessita acompanhar a mudança de seu funcionamento. Apesar de as mudanças legislativas para trazer um processo mais democrático – pela participação social na construção das decisões – a indicação, escolha e nomeação dos ministros de forma totalmente indireta (conforme previsto no artigo 101 da Constituição de 1988) parece não suprir mais as condições para tanto. Aqui, a soberania popular a ser exercida “*ad referendum*” mostra-se uma alternativa a ser estudada.

Maior transparência e participação popular traria maior legitimidade nesse processo e reforçaria a representatividade de suas decisões – cada vez mais políticas –, seguindo o caminho aberto pelas necessidades trazidas às suas mãos.

Referências

AZEVEDO, João Marcos Frutuoso. **Democracia e Corrupção**. XIII Congresso de direito da Faculdade ASCES – Direito, Estado e Desenvolvimento: o desafio da sustentabilidade, CD-ROM, Caruaru, 2010.

AZEVEDO, João Marcos Frutuoso. **Valores democráticos: desenvolvendo uma gestão pública transparente**. 1 ed. Caruaru: Edição do autor, 2011.

BARRETO, Leonardo. **Quanto de quê? O debate teórico e os estudos de democratização**. Tese (Mestrado). Brasília: UNB, 2006.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Vol. 1. Brasília: UNB, 11ª ed., 1998.

BOTELHO, Marcos César. **Democracia de Jurisdição: a legitimidade da jurisdição constitucional na democracia procedimental de Jurgen Habermas**. Disponível em: <<https://pt.scribd.com/document/219628712/38-100-1-PB>> Acesso em 17 de out. 2017.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2017.

FELDHAUS, Charles; DUTRA, Delamar José Volpato. **Habermas e a sociologia médica: saúde, estado e direito**. Revista brasileira de estudos políticos, vol. 99, 2009, p. 113 – 134.

INFORME. LATINOBARÓMETRO. **Informe latinobarómetro 2017**. Buenos Aires, 2017. www.latinobarometro.org. Acesso em 28 de out. 2017.

MATTOS, Alessandro Nicoli de. **O livro urgente da política brasileira**. Um guia para entender a política e o Estado no Brasil. 2ª ed. Edição do Google Books, 2017.

MEDEIROS, Orione Dantas de. **O controle de constitucionalidade na constituição brasileira de 1988: do modelo híbrido à tentativa de alteração para um sistema misto complexo**. Revista de informação legislativa, v. 50, n. 200, out./dez. 2013, p. 189-210.

RODRIGUES, Carla ... [org.]. **Democracia: cinco princípios e um fim**. 2ª ed. São Paulo: Moderna, 1996.

SLAIBI FILHO, Nagib. **Breve História do Controle de Constitucionalidade**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 27 abr. 2009. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.23836&seo=1>>. Acesso em: 22 out. 2017.

SOUZA, Herbert de. **Democracia e cidadania**. In: RODRIGUES, Carla ... [org.]. Democracia: cinco princípios e um fim. 2ª ed. São Paulo: Moderna, 1996. cap. 6, p.65-75.

STF. **Estatísticas do STF**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=decisoeginicio>>. Acesso em 23 de out. 2017.

SVHELEDER, Adriana Fasolo Pilati ... [et al.]. **Jurisdição constitucional e democracia.** Itajaí: Ed. da Univali, 2016.

TESKE, Ottmar. **Sociologia: textos e contextos.** 2ª ed. Canoas: ULBRA, 2005.

TOMAZ, Carlos Aleberto Simões de. **Democracia e jurisdição: entre o texto e o contexto.**

Tese (Doutorado) –, São Leopoldo: Universidade Vale do Rio dos Sinos, 2010.

IMPEACHMENT POLÍTICO: A DESCARACTERIZAÇÃO DA FORMA PRESIDENCIALISTA DE GOVERNO

José Helenilson da Silva Lima¹

Resumo

O presente trabalho tematiza o mecanismo de impeachment, objetivando afirmar a natureza jurídico-política do instituto, fazendo uma análise da evolução histórica acerca de sua consolidação e tecendo crítica ao decisionismo político decorrente da possibilidade de um processo que desconsidera os ditames do artigo 85 de nossa Constituição Federal assim como da lei 1.079/1950. Por fim evidenciando os reflexos da interpretação meramente política no Presidencialismo, forma de governo adotada pelo nosso país. Para tal estudo foi utilizada a análise bibliográfica. É proposta a seguinte pergunta: Seria legítimo um processo de impeachment baseado apenas em preceitos políticos?

Introdução

Diante da relevância do tema e do notório debate acerca das questões formais e materiais implicadas na utilização do impeachment surge a importância de estudar os reflexos de suas interpretações e os objetivos para os quais o mecanismo se propõe buscando na história e na análise do mecanismo tal qual se encontra, assim fazê-lo. Traçar as diretrizes históricas como forma de remontar as origens do mecanismo de impeachment torna-se fundamental para estabelecer como consolidou-se e conseqüentemente como tornou-se o que é hoje, assim como estabelecer a necessidade de observância aos seus parâmetros normativos.

É notória a defasagem doutrinária a respeito do tema uma vez que geralmente é tratado de forma rasa, interpretado apenas como norma de natureza política, o que claramente deixa de lado os reflexos jurídicos do mecanismo que afetam diretamente a forma presidencialista adotada em nossa constituição. Logo, deve ser estudado seu valor ao Estado Democrático de Direito, ao controle da tripartição de poderes e ainda observados os riscos e os reflexos advindos de sua má utilização.

1. Evolução histórica

O mecanismo de impeachment encontra seu nascedouro na Inglaterra, de forma anterior às origens do parlamentarismo, que por sua vez surgiu das inúmeras instabilidades e necessidades apresentadas pela sociedade inglesa da época, sendo apontada ainda tal evolução por inúmeros autores como natural, e não necessariamente ligada a nenhum indivíduo, ainda

¹ Graduando em Direito, Centro Universitário Tabosa de Almeida.

que alguns tenham sido os seus influenciadores. Os primeiros exemplos de sua aplicação encontram-se em meados dos anos de 1376 e 1377 quando no reinado de Eduardo III foram despojados de seus cargos e ainda sancionados de formas patrimoniais e pessoais aqueles acusados da má utilização de seus respectivos cargos. Já em sua nascente o processo de impeachment movimentava o parlamento inglês em sua plenitude e posteriormente os lordes da época, ensejando por fim, na maioria das vezes na condenação. A priori, já é observada a utilização do instituto como forma de proteger os cargos públicos, não havendo porém objetividade no que concerne as atitudes ensejadores a tais responsabilidades, sendo válido salientar a caracterização como processo criminal, motivo pelo qual as sanções alcançavam as mais variadas possibilidades quanto a sua extensão, chegando até as sanções capitais. Assim, quaisquer poderiam ser as atitudes das autoridades nomeadas pelo rei que causassem descrença popular ou ameaça à integridade do cargo resultando na aplicação do impeachment.

Após cair em desuso o impeachment, “impedimento” ou “impugnação” tal qual seu significante inglês, séculos depois diante da Revolução Americana percebeu-se adaptável as novas necessidades, no que dizia respeito a evitar o retorno às antigas práticas que assombravam a estabilidade da constituição de 1787, onde fora incorporado. Os Estados Unidos buscaram agregar mecanismos que possibilitam-se maior controle e limitações a tripartição de poderes e aos ideais liberais presentes na declaração de direitos. Assim foram estabelecidas junto a Constituição Nacional que entrara em vigor dois mecanismos controladores: O veto, e o impeachment, surgindo em aplicação prática nesse momento o sistema de freios e contrapesos, até hoje utilizado e originalmente esboçado por Montesquieu. Em consonância aos princípios que nortearam o abandono das antigas práticas monárquicas o impeachment sofreu nos Estados Unidos sua principal mudança, a descriminalização, passando a possuir apenas natureza política. Logo, como indica Paulo Bossard (1964), o instituto deixa de atingir ao homem e passa a atingir apenas a autoridade, culminando com a perda do respectivo cargo.

A constituição Norte americana tratou de estabelecer a disciplina jurídica do impeachment no artigo I, seção III, nas cláusulas VI e VII, concedendo ao Senado a obrigação de julgar as acusações opostas pela Câmara dos representantes, sendo na hipótese de acusação contra o Chefe do poder executivo, de competência do chefe do poder Judiciário a presidência da seção, e necessitando de dois terços do quórum dos presentes para a respectiva condenação. Como já mencionado, não existiam mais a possibilidade de sanções que extrapolassem a perda do cargo, não sendo porém excluída a possibilidade de punição mediante as demais leis que fizessem jus ao caso concreto, como por exemplo a exoneração do cargo no momento em que

fossem acusados, punição que se estendia ao presidente da república, vice-presidente e a funcionários do Estado. Mantendo consonância aos ideais constitucionais recém estabelecidos o instituto também passou a ter sua configuração (os atos necessários para ensejar a responsabilidade) descrita em lei, estando disciplinadas as condutas no artigo II, seção 4 desse mesmo diploma legal, sendo esta também importante inovação em relação ao antigo mecanismo tal qual era utilizado na Inglaterra uma vez que passa a estabelecer pressupostos jurídicos ainda que de forma vaga, mudança que refletiu a sua adoção na grande maioria das constituições subsequentes.

Exemplos de posturas variadas diante do risco de impeachment e observadas até hoje iniciaram-se também nos Estados Unidos, como a prática recorrente da renúncia do denunciado para fugir do processo, como exemplifica-se com o presidente Nixon, assim como em acontecimentos em que nem mesmo a renúncia impediu a aplicação do processo e da efetiva condenação. Houveram também casos em que de fato o presidente enfrentou todo o processo, sendo porém absolvido com curta vantagem como se verificou no caso do presidente Andrew Johnson ou nas demais aplicações que deram ao mecanismo de impeachment o estigma de ser um processo tumultuado e extremamente criticado no direito norte americano, apesar de ainda manter-se em seu ordenamento jurídico até os dias atuais, encontrando grande dificuldade em qualquer possibilidade de reforma em razão da sua grande importância como freio e contrapeso.

2.O impeachment no Brasil

O impeachment propriamente dito passa a ser encontrado em nossa história constitucional apenas na constituição de 1891, devendo porém ser ressaltado que a primeira constituição (A constituição do império, 1824) tratou de disciplinar um mecanismo que tinha por objetivo punir

Por traição, por peita, suborno, ou concussão, por abuso do Poder, pela falta de observancia da Lei, pelo que obrarem contra a Liberdade, segurança, ou propriedade dos Cidadãos, por qualquer dissipação dos bens publicos” (art. 133) sob iniciativa de ação popular “Por suborno, peita, peculato, e concussão haverá contra elles acção popular, que poderá ser intentada dentro de anno, e dia pelo proprio queixoso, ou por qualquer do Povo, guardada a ordem do Processo estabelecida na Lei.

Não sendo porém o impeachment, tal qual passara a ser utilizado posteriormente. Em 1891 o mecanismo de impeachment passa a figurar no direito brasileiro, com alterações como por exemplo a impossibilidade de extensão a todos os agentes públicos como era costume nos modelos colocados em prática em outras constituições, a partir de então o mecanismo

responsabilizava apenas o Presidente da República e os Chefes de Estado desde que guardando conexão com o presidente, sendo posteriormente de competência da câmara dos deputados o prosseguimento ou não da denúncia. Em seguida o processo seria julgado no Senado e presidido pelo Presidente do Superior Tribunal Federal, o quórum para condenação era de 2/3 e a sanção envolvia perda do cargo e respectiva inabilitação para exercer qualquer outro cargo.

Tal modelo percebe-se até hoje e pouco foi alterado durante a trajetória constitucional brasileira, sendo por exemplo nos dias de hoje de competência do Presidente da Câmara dos Deputados a competência em receber ou não as acusações, medida fortemente criticada por grande maioria da doutrina que entende que tal poder não deveria concentrar-se nas atribuições de um único agente que por escolha pessoal pode colocar em risco a estabilidade do Presidente da República, medida que coloca em colapso o equilíbrio entre os poderes. Logo, diante de tal fato o apoio do presidente da câmara pode impedir a efetivação da justiça no caso em que for cabida, assim como ameaçar um representante eleito de forma válida segundo interesses pessoais ou partidários.

3. Da lei 1.079/50

O impeachment é abordado na seção III acerca do poder executivo no que concerne aos crimes de responsabilidade, em seu artigo 85 de forma exemplificativa no rol que se segue

- I - a existência da União;
- II - o livre exercício do Poder Legislativo, do Poder Judiciário, do Ministério Público e dos Poderes constitucionais das unidades da Federação;
- III - o exercício dos direitos políticos, individuais e sociais;
- IV - a segurança interna do País;
- V - a probidade na administração;
- VI - a lei orçamentária;
- VII - o cumprimento das leis e das decisões judiciais.

Valor exemplificativo este atribuído pela palavra “especialmente”, constante no caput desse artigo, devendo ser abordado com maior profundidade em legislação especial conforme parágrafo único desse mesmo dispositivo legal. Visto não ter sido criada esta lei, encontram-se amparadas tais hipóteses pela lei 1.079 de 10 de Abril de 1950, onde o atendado ou a simples tentativa a qualquer dos referidos incisos são abordados, estando então passíveis de punição em

perda do cargo e inabilitação de até cinco anos para o exercício de qualquer função pública. O impeachment, especificamente por crime de responsabilidade pode ser denunciado por qualquer cidadão perante a Câmara dos Deputados conforme artigo 14 da lei 1.079 ficando suspenso o Presidente a partir do momento em que é instaurado o processo no Senado Federal.

Deve-se porém ser chamada a atenção a respeito da forma com a qual o texto constitucional percebe-se estranhamente a contrariado pela lei 1.079 quando discorre,

Lei 1.079 de 1950, art. 1º São crimes de responsabilidade os que esta lei especifica.

O texto legal dessa norma tal qual está disciplinada é anterior a Constituição Federal de 1988 e segundo seu teor passariam os crimes de responsabilidade a ter sua configuração vinculada, limitando a possibilidade de denúncias apenas as hipóteses em seguida citadas neste lei, acerca de tal discursão nada foi encontrado na doutrina, apesar de ensejar grande confusão uma vez que explicita um conflito normativo entre o texto da constituição propriamente dita e a lei que a disciplina diante da ausência de lei complementar posterior ao texto constitucional, tal qual expressa o artigo 85.

A priori parece mais acertado enxergar a lei 1.079 de forma que não retire a amplitude em que as hipóteses disciplinadas podem ser suscitadas, mas observando porém os limites dogmáticos que a própria lei determina, não sendo plausíveis nem condizentes com a ordem constitucional vigente a utilização de malabarismos hermenêuticos que extrapolem o conteúdo normativo, logo não sendo possível a criação de crimes que não estejam descritos em lei, assim como a indevida interpretação desses mesmos crimes. Sendo válido observar que a lei em sentido lato sensu oferece apenas um suporte físico para a construção da normatividade segundo a atribuição de valores pelo intérprete mas não ao ponto de gerar inseguranças e instabilidades jurídicas, principalmente em face de outras normas constitucionais e basilares a tripartição de poderes como a autonomia entre estes, pressuposto que dá validade ao Estado Democrático de Direito, nesse sentido é importante observância ao princípio da unidade da constituição, pelo qual as interpretações desta devem levar em consideração este mesmo diploma legal como um todo.

É importante chamar atenção a respeito da impossibilidade de controle quanto ao mérito atribuída ao Superior Tribunal Federal, ficando limitado a atuar apenas dentro dos limites constitucionais no que concerne a direito de defesa e legitimidade procedimental em face da

observância aos procedimentos processuais inerentes ao instituto, uma vez que compete apenas ao corpo político o julgamento.

Tal apontamento apresenta-se a nosso ver como dificultoso a implementação de um julgamento que leve em consideração e apenas tenha prosseguimento quando do descumprimento dos pressupostos normativos da lei 1.079, sendo mais uma problemática inerente a uma lei ultrapassada e repleta de lacunas que não deixa clara a intervenção judiciária nas hipóteses em que a denúncia não fundar-se em qualquer dos VII incisos deste mesmo texto legal, ou da irresponsável interpretação a respeito destes, estando o chefe do poder executivo nacional sujeito a certo grau de insegurança e desamparo judicial.

No sentido de afirmar as divergências, contradições e ausência de padronização no que diz respeito à aplicação do impeachment é interessante atentar para os acontecimentos de 1 de setembro de 1992 quando ainda eram acirrados os debates acerca da recepção ou não da lei 1.079, sendo aceita denúncia pelo então presidente da câmara dos deputados Ibsen Pinheiro apresentando óbvias disparidades com os procedimentos estabelecidos por esta mesma lei em face do então presidente Fernando Affonso Collor de Mello.

4. Da natureza jurídico-política

A necessidade de definir a natureza do mecanismo de impeachment reflete-se na instabilidade sob a qual a adoção de definições meramente políticas, sem a necessidade de obediência a requisitos objetivos atribuiriam ao cargo, que estaria subjugado aos desmandos do poder legislativo, e logo desprovido de independência e autonomia, tal qual é necessária segundo os ditames de nossa constituição.

A vertente política do mecanismo de impeachment por crime de responsabilidade é latente quando observado o rito pelo qual prossegue, sendo instaurado e julgado por corpo político, assim como apresentando ao final resultados políticos. Tais implicações são ainda mais notórias quando observadas as mutações ocorridas no dispositivo quando adotado pelos Estados Unidos, deixando de possuir conotação penal e abandonando as antigas formas de punição sendo por conseguinte adotadas características meramente políticas com consequências que refletiam apenas a perda do cargo e inabilitação, logo, resultados políticos.

É indiscutível a prevalência de eminente valoração política, porém, apesar de parcela considerável da doutrina entender o mecanismo de impeachment apenas dessa forma, conforme

as palavras de seus próprios defensores devem ser respeitados os preceitos jurídicos ensejadores da responsabilidade presidencial, assim como o “due process of law”, o contraditório, o direito de possuir legítimas investigações, o amplo direito de defesa, inclusive na produção de todas as provas admitidas pelo direito em sua defesa, nesse sentido indica Paulo Brossard

Tem feição política, não se origina senão de causas políticas, objetiva resultados políticos, é instaurado sob considerações de ordem política e julgado segundo critérios políticos, julgamento que não exclui, antes supõe, é óbvio, a adoção de critérios jurídicos.

Apesar de discordante no que diz respeito a adoção de critérios políticos, diante de tais palavras percebem-se limitados os posicionamentos daqueles que adotam como unicamente político o instituto, uma vez que tal posicionamento leva em consideração apenas a forma com a qual o processo é estabelecido, deixando porém de observar a necessidade de enquadramento das posturas segundo a norma constitucional e infraconstitucional. É válido observar o posicionamento de João Barbalho (1924) acerca dos procedimentos em razão do impeachment

Ficou consagrado que o presidente denunciado deverá ser processado, absolvido ou condenado, não absque lege e por meras considerações de ordem política, quaisquer que sejam, mas com procedimento de caráter judiciário, mediante as investigações e provas admitidas em direito, e julgado secundum acta et probata

O autor de forma semelhante ao anterior indica a motivação sob razões políticas, trazendo porém novas informações em razão dos procedimentos legais, sendo esta afirmação importante aos nossos apontamentos.

Assim, sob nosso entendimento apesar de ser atribuído ao impeachment grande maioria de características políticas há o dever de serem obedecidas regras jurídicas de direito público, não sendo apenas uma norma aplicável segundo razões políticas, pois diante de tal interpretação seriam ilimitadas as motivações para aplicação do instituto desconsiderando os regramentos legais e deixando a mercê do poder legislativo o dever de motivação. No que concerne a tal interpretação Pontes de Miranda (1946) já abordara que os princípios que regem a responsabilidade do presidente da república advém de natureza constitucional e processual. Sendo assim não há possibilidade de ensejo aos crimes de responsabilidade segundo discricionariedade do corpo político que o julga, mas sim apenas nas hipóteses previstas em lei. Por conseguinte não fazendo sentido entender o mecanismo de impeachment apenas de forma limitada ao órgão julgador, deixando de lado as regras do direito material que disciplinam o assunto.

Opiniões no sentido de apontar o impeachment como de natureza penal seja de forma mista junto a feição política ou de forma isolada ainda são presentes, não encontrando porém grande maioria, uma vez que como já exposto as sanções aplicadas segundo julgamento político e em observância a critérios jurídicos estabelecidos não encontram qualquer natureza penal. A necessidade de definir a natureza do mecanismo de impeachment reflete-se na instabilidade, sob a qual a adoção de definições meramente políticas atribuiriam ao cargo, que estaria em tal hipótese subjugado ao “decisionismo” do poder legislativo.

5. Parlamentarismo x presidencialismo

Tal distinção é importante para definir a diferença entre o voto de desconfiança encontrado nas formas parlamentaristas de governo e o impeachment atribuído as democracias presidencialistas.

No parlamentarismo, o chefe de Governo goza das atribuições concernentes aos poderes políticos, que no regimes presidencialistas são atribuídos ao chefe de Estado, tal modelo é adotado em países como a Inglaterra (monarquia) assim como em repúblicas, nessa forma de governo o Primeiro Ministro, como é chamado este Chefe de Governo é eleito segundo indicação do poder legislativo. Logo, o poder legislativo possui maior relevância diante da administração do país, sendo para a manutenção do poder do Primeiro Ministro fundamental o apoio deste, que pode sem qualquer motivação jurídica no que concerne ao cometimento de determinada irregularidade como é o caso do impeachment por crime de responsabilidade, por mera conjectura política destitui-lo do cargo. Sendo ainda diferente do impeachment no que diz respeito a celeridade com a qual é aplicável, podendo de forma rápida ser posto em prática.

O presidencialismo por sua vez tomou como base a tripartição de poderes atribuindo-lhes de forma igualitária autonomia. Tal regime, foi adotado em nosso país segundo plebiscito em 21 de abril de 1993 quando a maioria dos votantes escolheram pela adoção desse regime em detrimento do parlamentarismo do qual o país gozou breves experiências. Nesta formatação o Presidente da República detém a atribuição de Chefe de Estado e de Chefe de Governo, não estando sujeito a confiança legislativa. Por essa razão torna-se fundamental entender o impeachment de forma tal que não se atribua maior poder ao poder legislativo, assim como não lhe deixe livre o dever de motivação como já mencionado, uma vez que não lhe cabe segundo suas razões pessoais destituir um presidente se não pelas formas usuais de voto popular direto.

Essa breve abordagem é importante para indicar que a utilização do processo de impeachment em detrimento apenas da motivação política abre no Estado democrático de Direito precedentes gravíssimos e exacerbada valoração do apoio legislativo, descaracterizando assim categoricamente a democracia e ofendendo diretamente a autonomia dos poderes e a vontade popular. A democracia diante de tal acontecimento toma roupagens parlamentaristas, podendo sem que se necessite de uma motivação objetiva e prevista em lei destituir um governante que esteja contrário aos interesses do poder legislativo.

O mau uso de um mecanismo constitucional para consolidar interesses políticos particulares por meio de deturpações hermenêuticas, sob alegações de cunho apelativo de qualquer natureza, é completamente ilegítimo e abre precedentes gravíssimos que ameaçam a segurança jurídica, a confiança depositada pelo povo no voto direto na própria instituição do Estado e acentua, principalmente, práticas antidemocráticas e “decisionistas” que desprezam a imparcialidade sobrepondo a supremacia constitucional no que concerne a valoração de suas normas com total discricionariedade.

Dá-se assim uma perigosa atribuição de “superpoder” ao legislativo quando ele ilegitimamente utiliza-se de um mecanismo criado justamente para conter excessos no exercício da tripartição de poderes para fazer valer seus interesses. Por fim, não tem legitimidade uma aplicação limitadamente política, motivada pelas necessidades momentâneas de uma minoria. Sendo diante de tais afirmações inseparáveis a juridicidade presentes dos requisitos formais de instauração do processo e efetivamente expostos em nossa constituição e a política que historicamente atribuiu valor ao instituto, estando assim sem vida o mecanismo na falta de uma ou de outra.

Conclusão

A união entre a evolução histórica do mecanismo de impeachment e suas respectivas adaptações conforme os ideais constitucionais adotantes deste, a competência atribuída ao legislativo de processar e julgar os crimes de responsabilidade, a ampla gama de legitimados a proposição da ação a fim de responsabilizar o presidente da república dentre outras características já mencionadas evidenciam as características políticas e caminham juntas aos parâmetros jurídicos encontrados em nosso ordenamento, agir em desacordo com tais pressupostos coloca em risco toda a razão de ser constitucional criando sérios riscos em razão das instabilidades que uma valoração desprovida de limites trariam a um Estado Democrático de Direito pautado em fundamentos de legalidade.

Por fim entende-se como fator chave a respeito da temática em tela que se é de um todo político o impeachment, tudo se pode a respeito dele, porém, se entende-se também jurídico o mecanismo estão limitados aos ditames legais as decisões em face deste. Logo, são limitados e vinculados os atos e procedimentos em razão da lei do impeachment estando quaisquer das posturas que usurpem da disciplina e da competência atribuída por esta mesma lei em absoluta ilegalidade encontrando-se em situação idêntica aqueles atos ainda que com feições de legalidade atribuam valores diversos daqueles expressamente postos.

Referências

Carlos Alberto Menezes Direito – A disciplina jurídica do Impeachment (2006).

Constituição Brasileira de 1824 (1824).

Constituição Brasileira de 1988 (1988).

Gilvan Correia de Queiroz Filho - Natureza do Processo de Impeachment e controle judicial (2016).

João Barbalho - Comentários a Constituição Federal Brasileira (1924).

Lei 1.070 de 1950 (1950).

Paulo Brossard de Souza Pinto- O impeachment (1965).

Pontes de Miranda – Comentários a Constituição de 1946 (1946).

Sérgio Resende de Barros – Impeachment peça de museu? (2011).

INSERÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: REFLEXOS DA DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS NOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

Ana Flávia Fernandes Soares¹
Prof. Msc. Marco Aurélio Freire²

Resumo

O presente trabalho tem como objetivo demonstrar como se deu a introdução e constitucionalização dos direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro, os quais deram origem aos princípios norteadores dos direitos e garantias fundamentais, protegidos e petrificados pela atual Constituição Federal (1988), tal como, analisar a trajetória desta “fundamentação”, apresentando a ligação da Constituição de 1988 com a Declaração Universal dos Direitos Humanos (igualmente a influência desta sobre aquela), períodos axiológicos, trajetórias e ascensão, posto que, ambas surgiram em momentos específicos, de crise e desequilíbrio mundial (com a Segunda Guerra), e de transitoriedade nacional (com o Regime Militar e o processo de redemocratização), situações nas quais, ensejaram o Direito Internacional dos Direitos Humanos. O método empregado será dedutivo e indutivo, com a utilização de artigos científicos, bibliografias, legislação nacional e internacional, entre outras. **Palavras-chave:** Direitos Humanos; Constitucionalização; Direitos Fundamentais.

Introdução

No Brasil, os direitos humanos estão consolidados na Constituição Federal a partir da Carta de 1988, e vêm estabelecer em nosso ordenamento jurídico, os direitos humanos e os princípios constitucionais que incorporam o Estado Democrático de Direito, tendo como arrimo o princípio da dignidade da pessoa humana. A presente pesquisa vem apresentar os direitos que estão elencados e escudados na Declaração Universal dos Direitos Humanos e que foram inseridos nas Constituições internacionais, tal como, na Nova Carta brasileira por um processo de fundamentação, marcando também o processo de redemocratização no Brasil.

A positivação desses direitos visa dentre outros fundamentos internos, preservar a dignidade da pessoa humana e podemos aludir que esta é a principal relação que a Constituição Federal de 1988 tem com a Declaração Universal dos Direitos Humanos declarada em 1948.

O presente trabalho demonstra, de forma sucinta, como se deu o processo de fundamentação dos direitos humanos no Brasil, que foram trazidos da Declaração Universal dos Direitos Humanos. A pesquisa divide-se em três seções, sendo que a primeira apresenta

¹Graduanda em Direito pelo Centro Universitário Tabosa de Almeida (ASCES/UNITA).

² Orientador. Mestre em Direitos Humanos pela UFPE e professor do Centro Universitário Tabosa de Almeida (ASCES/UNITA)

como surgiu a Declaração Universal dos Direitos Humanos, sua importância para o mundo no pós-guerra e até os dias atuais, bem como, sua influência sobre os Tratados Internacionais de direitos humanos, e principalmente nas Constituições internacionais. A segunda seção aponta como se deu a promulgação da Constituição brasileira de 1988, ante o período pós-regime militar e diante do processo de redemocratização que encontrava-se o Brasil à época de sua publicação, bem como, demonstra a influência da Declaração Universal sobre a Nova Carta e a eficácia dos direitos fundamentais na atualidade brasileira. Na terceira seção, apresenta o processo de fundamentação dos direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro, sua relação com a citada Declaração e a uniformidade entre os textos dos dois documentos, buscando regulamentar e perpetuar os direitos humanos de forma consolidada, tornando-os pilares para o desenvolvimento e proteção das prerrogativas tidas como direitos e garantias fundamentais positivadas no Brasil. Por fim, apresenta a conclusão.

1. Declaração Universal dos Direitos Humanos: surgimento e sua influência no mundo contemporâneo

Após um período de grande depressão mundial, marcado pela fragilidade econômica, social e cultural, causada pelos atos de atrocidades praticados durante a Segunda Guerra Mundial, viu-se a necessidade de estabelecer e normatizar diretrizes que garantissem os direitos humanos de maneira universalizada e eficaz, capaz de ultrapassar fronteiras e que fossem assegurados e generalizados por todo o mundo, com isso, surge o Direito Internacional dos Direitos Humanos, normas internacionais que visam a proteção dos direitos humanos e sua expansão, proporcionando aos indivíduos a garantia de exigir do Estado seu cumprimento. A respeito, ressalta Louis Henkin (1993, pp. 375-376) que:

O emergente Direito Internacional dos Direitos Humanos institui obrigações aos Estados para com todas as pessoas humanas e não apenas para com estrangeiros. Este Direito reflete a aceitação geral de que todo indivíduo deve ter direitos, os quais todos os Estados devem respeitar e proteger. Logo, a observância dos direitos humanos é, não apenas um assunto de interesse particular do Estado, mas é matéria de interesse internacional e objeto próprio de regulação do Direito Internacional.

Dessarte, diante do quadro de transitoriedade e abalo em todas as esferas na ordem mundial, devido a todos os acontecimentos do século XX, em especial a Segunda Guerra, admitia-se a necessidade de proteção dos direitos humanos, que além de universalizados, fossem eficaz, visto que, anteriormente, a proteção e fiscalização dos direitos eram restritos ao arbítrio de cada Estado, que por sua vez, baseavam-se em costumes e princípios não gerais. Com isso, o Direito Internacional dos Direitos Humanos passou a compor a esfera universal, instituindo a partir do pós-guerra em 1945, o surgimento das Organizações das Nações Unidas

(ONU), acontecimento que retomou o processo de evolução dos direitos humanos que foram sucumbidos pela Segunda Guerra Mundial.

Contudo, a aplicabilidade desses direitos demandava a criação de um documento que assegurasse a adesão mundial da proteção aos direitos humanos. Dessa forma, em 10 de dezembro de 1948, é adotada a Declaração Universal dos Direitos Humanos, documento que manifestaria toda a revolta à Segunda Guerra e uniformizaria o Direito Internacional, sendo o marco principal do soerguimento dos direitos humanos. Acerca disso, assevera Flávia Piovesan (2012, p. 145): “A declaração de 1948 vem, desta forma, consolidar uma ‘ética universal’, na medida em que consagra um consenso sobre valores de cunho universal a serem seguidos pelos Estados”.

A Declaração fora aprovada pelo voto unânime de 48 países, com 5 abstenções, consolidando os direitos humanos como princípios e regras universais, a serem seguidos pelos Estados, e garantindo o respeito e proteção inerentes à dignidade da pessoa humana. (PIOVESAN, Flávia, 2012, p. 43).

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, em suma, veio estabelecer contornos de integralidade, universalidade e indivisibilidade aos direitos, de forma interligada, porém, interdependentes. Em seu documento, agracia direitos atinentes ao indivíduo, ou seja, direitos individuais e políticos, bem como, direitos sociais e econômicos, tratados como direitos de primeira, segunda e terceira geração, como cita Weston H. Burns (1989, pp. 16-17):

A partir desse critério, os direitos de primeira geração correspondem aos direitos civis e político, que traduzem o valor de liberdade; os direitos de segunda geração correspondem aos direitos sociais, econômicos e culturais, que traduzem, por sua vez, o valor da igualdade; já os de terceira geração correspondem ao direito ao desenvolvimento, direito à paz, à livre determinação, que traduzem o valor de solidariedade.

Com isso, a Declaração trouxe consigo os três princípios axiológicos fundamentais à dignidade da pessoa humana, quais sejam, liberdade, igualdade e fraternidade, que foram aclamados durante a Revolução Francesa e trazidos para a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, os quais, anos mais tarde, seriam a base de todo o ordenamento jurídico contemporâneo nos Estados democráticos de direitos e nos Estados de direito, incluindo o Brasil, que passou por um processo de fundamentação desses direitos, para melhor se adequar a sociedade à época da promulgação da Constituição de 1988, atualmente vigente.

Após a ascensão da Declaração Universal dos Direitos Humanos, muitos tratados e convenções foram firmados para ampliar ainda mais a salvaguarda dos direitos humanos, posto que, a mesma detém grande influência na ordem mundial, como afirma Louis B. Sohn e Thomas Buergenthal (1973, p. 516):

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, tem desde sua adoção, exercido poderosa influência na ordem mundial, tanto internacional, como nacional. Suas previsões têm sido citadas como justificativa para várias ações adotadas pelas Nações Unidas e têm inspirado um grande número de convenções internacionais no âmbito das Nações Unidas ou fora dela. Estas previsões também exercem uma significativa influência nas constituições nacionais e nas legislações locais e, em diversos casos, nas decisões das Cortes.

Ainda sobre a influência do Direito Internacional dos Direitos Humanos, mais precisamente a Declaração, assevera Ingo Wolfgang Sarlet (2010, p. 21):

Que os direitos fundamentais constituem construção definitiva integrada ao patrimônio comum da humanidade bem o demonstra a trajetória que levou à sua gradativa consagração nos direitos internacional e constitucional. Praticamente, não há mais Estados que não tenham aderido a algum dos principais pactos internacionais (ainda que regionais) sobre direitos humanos ou que não tenha reconhecido ao menos um núcleo de direitos fundamentais no âmbito de suas Constituições.

Sob essa ótica, mais adiante será analisada a influência supra citada, na Constituição Federal Brasileira de 1988.

Pensando no longo alcance que a proteção aos direitos humanos precisaria para ter eficácia absoluta, fez-se mister examinar o teor do documento ora inquirido, qual seja a Declaração Universal dos Direitos Humanos. Há época de seu surgimento, a análise tornou-se essencial para medir sua capacidade de vinculação, bem como sua eficácia, porém, a vigência dos direitos humanos independe de sua declaração em outras constituições, leis e tratados, posto que, a Declaração Universal é um documento com mandamentos éticos não normativos, porém, estar-se diante de determinações acerca da dignidade da pessoa humana, que devem ser exercidos altivamente devido a todos os acontecimentos mundiais que ensejaram a necessidade de sua proteção, como já citado. Já afirma Fábio Konder Comparato (2011, p. 238):

Seja como for, a Declaração, retomando os ideias da Revolução Francesa, representou a manifestação histórica de que se formara, enfim, em âmbito universal, o reconhecimento dos valores supremos da igualdade, da liberdade e da fraternidade entre os homens, como ficou consignado em seu artigo I. A cristalização desses ideais em direitos efetivos, como se disse com sabedoria na disposição introdutória da Declaração, far-se-á progressivamente, no plano nacional e internacional, como fruto de um esforço sistemático de educação em direito humanos.

Estabelecer normas internacionais em direitos humanos, bem como elaborar convenções juridicamente vinculantes constituem avanços retos na história do processo evolutivo dos direitos humanos, todavia, é inegável a disparidade entre o ideal consagrado na Declaração e a realidade de caos alarmante da atualidade, verificando um novo colapso concernente aos direitos humanos já no século XXI. Isso se dá pelo crescimento mundial que por sua vez, seguiu caminho diferente do apontado pela Declaração, na qual, o desenvolvimento econômico; social e cultura, se daria conjuntamente com o desenvolvimento humanístico que respeitassem os direitos humanos e a ética internacional em todas as suas esferas, e com ele,

princípios como o princípio da isonomia, da simetria, entre outros. Pode-se afirmar assim, que não houve evolução humana, mas sim, uma deterioração dos direitos humanos, com fim meramente quimérico.

2. Constituição Federal Brasileira de 1988 e seu procedimento de redemocratização

Após passar por um longo período de opressão e ditadura, durante a regime militar de 1964 a 1985, que tinha como principal objetivo evitar o avanço de organizações populares no Governo de João Goulart, tido como comunista, e estabelecer um regime totalitarista extinguindo a soberania do povo, o Brasil, ante o desrespeito aos direitos humanos e a supressão da Democracia, carecia de um processo de redemocratização e de um sistema que garantisse a retomada dos direitos e garantias que foram tirados do povo durante o período ditatorial. A respeito da organização institucional do regime militar no Brasil, escreve Luciano Martins (1986, p. 77):

O regime militar revogou direitos constitucionais, civis e políticos; suprimiu ou censurou canais de representação de interesses; e estabeleceu uma ditadura do poder Executivo sobre outros poderes da República (Legislativo e Judiciário) e da Federação (Estados). Isto foi alcançado fundamentalmente através do Ato Institucional n° 5 (1968) e seus sucessores. Pela primeira vez, desde a proclamação da República (1889), as Forças Armadas, agindo como instituição, tomaram o controle direto das principais funções governamentais; houve uma parcial abolição das práticas corporativas, mediante a introdução de atores não burocráticos que obtiveram o controle no processo de decisão; houve ainda a criação de um extensivo aparato de inteligência para efetuar o controle ideológico [...].

Perante o processo de redemocratização, instituído logo após a retirada do poder Executivo que estava sob domínio das Forças Armadas, o Brasil precisava de uma nova Constituição, ampla e eficaz, que substituísse a Constituição de 1867, vigente no período do regime militar, e que fosse precíua quanto aos direitos humanos, por hora suprimidos. Nesse período (pós regime militar), o Congresso Nacional passou a ter participação ativa novamente, sendo renovado nas eleições parlamentares de 1987, formando no mesmo ano, a Assembleia Nacional Constituinte.

A nova Constituição foi promulgada em outubro de 1988 e privilegiou os direitos dos cidadãos, sancionando o fim da censura e da tortura, até então, praticados livremente pelos militares. Dentre as principais proposições da nova Carta Magna, encontravam-se as eleições pelo voto direto, o mandato presidencial de cinco anos (alterado para quatro anos pela Emenda Constitucional n°3 de 07 de junho de 1994), e o direito ao voto de pessoas entre 16 e 18 anos, bem como para analfabetos, que na Constituição anterior eram proibidos de exercer sua cidadania. A nova Carta consagrou também direitos inerentes a regulamentação das leis

trabalhista, a liberdade sindical, o direito de greve, e transformou a discriminação em crime inafiançável. (FERREIRA e FERNANDES, 2005, p. 545).

A Constituição brasileira de 1988 significou um grande avanço no quesito, direitos humanos, ao passo que adere a importantes tratados que versam sobre o tema, quando por exemplo, aderiu aos pactos internacionais da ONU e quando tornou-se signatário da Convenção Interamericana dos Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) em 1992, passando a integrá-la em nosso ordenamento. Porém, primordialmente, antes de aderir aos tratados supra citados, o Brasil seguiu a linha do Direito Internacional dos Direitos Humanos e baseou a estrutura da nova Constituição (1988) na própria Declaração Universal dos Direitos Humanos, colocando o princípio da dignidade da pessoa humana como pilar dos direitos e garantias fundamentais existentes e resguardados em seu texto normativo. Nesse sentido, ao passo que o Brasil restituía a Democracia, incorporando instrumentos internacionais de proteção aos direitos humanos os quais fortaleciam esse procedimento, ampliavam os direitos pela Constituição assegurados. (PIOVESAN, 2012, p.52).

Dessa forma, a Magna Carta de 1988 marca a inserção dos direitos humanos no ordenamento jurídico brasileira, normatizando-os como menciona Flávia Piovesan (2012, p. 52): “O texto de 1988, ao simbolizar a ruptura com o regime autoritário, empresta aos direitos e garantias ênfase extraordinária, situando-se como o documento mais avançado, abrangente e pormenorizado sobre a matéria, na história constitucional do país”. Contudo, vale salientar que essa inserção aconteceu de maneira tardia, só ocorrendo 40 anos após o surgimento da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Assim, além de ter sido promulgada (razão pelo qual é democrática), a Constituição de 1988 também se caracteriza pela adoção primordial do princípio da dignidade da pessoa humana, que passando por um processo de fundamentação interna dos direitos e garantias protegidos nos tratados internacionais, e primeiramente na Declaração Universal dos Direitos Humanos, o transforma em direito material, o que mais a frente será analisado de maneira detalhada ao ponto que se evidenciará que, além da fundamentação dos direitos, a atual Constituição possui semelhanças com a citada Declaração no âmbito da aplicabilidade e legitimidade das normas reguladoras de direitos. Sobre a fundamentação, cita José Joaquim Gomes Canotilho (1993, p. 74):

A legitimidade material da Constituição não se basta como um ‘dar forma’ de órgãos; exige uma fundamentação substantiva para os actos dos poderes públicos e daí que ela tenha de ser um parâmetro material, directivo e inspirador desses actos. A fundamentação material é hoje essencialmente fornecida pelo catálogo de direitos fundamentais (direitos, liberdades e garantias e direitos económicos, sociais e culturais).

Todavia, assim como faz-se um comparativo entre o período axiológico da Declaração Universal dos Direitos Humanos (momento de fragilidade e supressão dos direitos humanos devidos aos abusos e crueldades praticados no período da Segunda Guerra Mundial), e da Constituição brasileira de 1988 (cenário de manifesta agressão aos direitos humanos decorrente do golpe militar de 1964), pode-se confrontar a atual situação de balbúrdia dos direitos humanos na ordem mundial, como já explanado, e no Brasil, uma forte crise política, social e cultural, que vem enfraquecendo assim, a completa efetividade das normas constitucionais, o que possivelmente acarretará em uma crise de direitos, que se deve também ao despreparo social para receber um texto constitucional de tamanha força, porém, de efeitos dotados de fragilidade.

A Constituição atual tem-se como um exemplo de texto constitucional, estudada e admirada por muitos Estados, entretanto, falta estrutura capaz de torná-la eficaz, posto que, eficácia não se confunde com vigência e validade. Acerca disto, explica Ingo Wolfgang Sarlet (2010, p. 236): “[...] a vigência consiste na qualidade da norma que a faz existir juridicamente (após regular promulgação e publicação), tornando-a de observância obrigatória, de tal sorte que apenas a norma vigente pode a ser eficaz”. Ou seja, o fato de a norma existir, por si só, não a torna eficaz.

Logo, ao mesmo tempo que a Constituição, por exemplo, trata o direito à vida como direito fundamental, natural da pessoa humana, e prescreve em seu texto que o Estado garantirá o resguardo desse direito, na prática, devido a dimensão de desequilíbrio o qual se insere o país, não dispõe de meios hábeis para garantir a todos, o direito à vida, como emanado na Constituição.

No mais, o Direito Internacional dos Direitos Humanos, confere ao Estado o dever de garantir desses direitos, para que possam ser muito mais que um ideal. Sobre o tema, assevera Flávia Piovesan (2012, p. 71):

Hoje, mais do que nunca, os operadores do Direito estão á frente do desafio de resguardar e recuperar no aparato jurídico seu potencial ético e transformador, aplicando a Constituição e os instrumentos internacionais de proteção de direitos humanos por ela incorporados. Então, portanto, à frente do desafio de reinventar reimaginar e recriar seu exercício profissional, a partir deste novo paradigma e referência: a prevalência dos direitos humanos.

Todavia, ao passo que o Brasil avança quanto ao reconhecimento dos direitos humanos e da dignidade da pessoa humana, trazendo para o sistema jurídico interno os princípios e garantias desses direitos, peca em sua aplicação, não podendo tornar efetivo o disposto em seu texto, diante de toda a disparidade social e cultural na qual se insere atualmente, seja por

corrupção, crise política ou desorganização, a Constituição não tem garantido sua eficácia como Lei Maior do Estado brasileiro. Sobre o tema, questiona Paulo Bonavides (2010, p. 232):

O drama jurídico das Constituições contemporâneas assenta, como se vê, na dificuldade, se não, impossibilidade de passar da enunciação de princípios à disciplina, tanto quanto possível rigorosa ou rígida, de direitos acionáveis, ou sejam, passar da esfera abstrata dos princípios à ordem concreta das normas.

Nesse diapasão, a Declaração Universal dos Direitos Humanos tem, desde seu surgimento, influído nas demais constituições espalhadas pelo mundo, como ocorreu no Brasil, contudo, sua relevância tem sido, com efeito, desconsiderada, pois como já mencionado, a atual situação de crise mundial tem resumido seu papel à ideologia, e quanto à Constituição de 1988, tendo sua força normativa desequilibrada, põe, empiricamente em risco, a própria Democracia brasileira.

3. Fundamentação dos direitos humanos no Brasil de acordo com a Declaração Universal dos Direitos Humanos

Aderir à Tratados Internacionais, como à Declaração Universal dos Direitos Humanos, gera ao Estado o dever de obediência, conjuntamente com o dever de garantir sua eficácia para os indivíduos pertencentes a determinado Estado. Seus atos, geralmente precisam estar vinculados com as proposições existentes nos Tratados, sendo que, um posicionamento contrário pode suscitar penalidades. Acerca disso, defende Louis Hehkin (1990, p. 561): “Normalmente um ato do Estado que não está em conformidade com uma obrigação internacional, é um ato internacionalmente incorreto, que implica responsabilidade por parte do Estado”.

Com isso, percebe-se que, a partir do momento que um Estado convalida internamente um Tratado Internacional de direitos humanos, ele tem o dever de respeitar seus preceitos, bem como, garantir suas práticas e exigências. Essa adesão, como já mencionado, ocorre devido a grande influência que o direito internacional dos direitos humanos, bem como, as Declarações, exercem sobre os Estados, ao ponto de englobá-los em suas normas e regimentos internos, principalmente nas Constituições, nacionalizando os direitos protegidos internacionalmente. Sobre isso, Paulo Bonavides (2010, p. 226) indaga que:

A ideologia constitucional se concentra, pois, das Declarações e dos Preâmbulos. As Declarações têm primeiro a índole de um manifesto ou plataforma revolucionária do que de um documento verdadeiramente jurídico. São cartas de princípios, com inspiração antiabsolutista, anti-restauradora, anexas ao texto constitucional propriamente dito, do qual às vezes se acham desmembrados, embora sejam parte também da Constituição.

No mais, se os Estados inserem as ideologias das Declarações, em especial a Declaração Universal dos Direitos Humanos, e aceitam as obrigações jurídicas trazidas pelos Tratados de direitos humanos, no exercício de sua soberania, submetem-se à autoridade desses tratados, no que tange a tutela e fiscalização interna desses mandamentos, incluindo a implementação dos direitos humanos na própria norma nacional.

No Brasil não foi diferente, além de tutelar e fiscalizar, o país adequou os direitos humanos às suas normas constitucionais a partir da Constituição de 1988, que já no seu Preâmbulo assegura a harmonia nacional e internacional, passando por um processo de fundamentação, agregando a Declaração Universal dos Direitos Humanos no ordenamento jurídico pátrio, que no mais, conjuntamente com a promulgação da nova Constituição, representou o grande marco da redemocratização no Brasil, incluindo os direitos humanos no sistema normativo nacional. Nesse diapasão, afirma Clemerson Merlin Clèven (1993, p. 129): “No plano técnico-jurídico, ao nível internacional, foram efetivados diversos documentos, criando para o direito internacional um novo espaço, qual seja o relativo aos direitos fundamentais”.

Nesse contexto, vê-se que a introdução das normas da Declaração dentro das Constituições internas de cada Estado, em alusão ao Brasil, também contribuiu para o processo de evolução dos direitos humanos, e implementá-la na Constituição brasileira, representou uma nova fase de desenvolvimento para o Brasil. A respeito, avalia Frances Hagopin (1992, p. 272):

A Constituição democrática ratificada em 1988 é muito avançada em direitos civis e sociais: o Art. 5º garante a igualdade de direitos para mulher, proíbe a tortura e a censura e assegura a liberdade de pesquisa, assembleia e o ‘Writ’ do *habeas corpus*. [...] A Constituição também, de forma consciente, protege os direitos políticos democráticos ante a qualquer interferência autoritária.

Com isso, o Estado Democrático de Direito e os direitos fundamentais inerentes à dignidade da pessoa humana, são os pilares da Constituição Federal brasileira de 1988, o que torna-se claro, desde o seu Preâmbulo, no qual, destina-se a: “assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna e pluralista e sem preconceitos [...]”. Em seu Art. 3º, a Constituição garante a efetividade dos direitos fundamentais, ao passo que toma como objetivos essenciais as tarefas de construir uma sociedade justa; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e promover o bem.

Da mesma forma, em seu Art. 4º, indaga sobre suas relações internacionais, e tem os direitos humanos como uma prevalência, ou seja, trata do Direito Internacional dos Direitos

Humanos com supremacia, constatando assim, que a Constituição fundamenta os direitos humanos, ao passo que, como indaga o artigo supra citado, tutela e normatiza esses direitos como emana a Declaração Universal dos Direitos Humanos em seu Preâmbulo: “Considerando que os Estados-membros se comprometam a promover, em cooperação com as Nações Unidas, o respeito universal aos direitos e liberdades humanas fundamentais e a obediência desses direitos e liberdade, [...]”. Acerca disso, entende José Afonso da Silva (2000, p. 93):

É a primeira vez que uma Constituição assinala, especificamente, objetivos do Estado brasileiro, não todos, que seria despropositado, mas os fundamentais, e entre eles, uns que valem como base das prestações positivas que venham a concretizar a democracia econômica, social e cultural, afim de efetivar na prática a dignidade da pessoa humana.

A fundamentação dos direitos humanos na norma constitucional brasileira, se dá efetivamente, a partir do momento que é inserida na Constituição de 1988, na medida em que torna esses direitos, bens juridicamente protegidos e proporcionados sob a tutela do Estado. Com efeito, há inúmeros dispositivos na Constituição que reproduzem rigorosamente as premissas existentes em tratados internacionais, e principalmente na Declaração Universal dos Direitos Humanos, como aponta Flávia Piovesan (2015, p. 167):

A título de exemplo, merece referência o disposto no art. 5º, III, da Constituição, que, ao prever que “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento cruel, desumano ou degradante”, é reprodução literal do art. V da Declaração Universal de 1948, do art. 7º do Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos e ainda do art. 5º da Convenção Americana. Também o princípio de que “todos são iguais perante a lei”, consagrado no art. 5º, *Caput*, da Carta brasileira, reflete cláusulas internacionais no mesmo sentido, de acordo com o art. VII Declaração Universal, o artigo 26 do Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos e o art. 24 da Convenção Americana. Por sua vez, o princípio da inocência presumida, ineditamente previsto pela Constituição de 1988 em seu art. 5º, LVII, também é resultado de inspiração no Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Vale ressaltar, que mesmo alguns direitos protegidos pelo direito internacional não estejam expressamente no texto constitucional, são, contudo, assegurados de forma interna pelo Estado, posto que, como dito anteriormente, os direitos humanos não necessitam de sua declaração de forma explícita para serem protegidos, bastando que o Estado seja signatário de determinado Tratado que verse sobre o assunto, podendo tomar medidas que garantam a efetividade desses direitos, como estabelece a Convenção Americana sobre Direitos Humanos em seu art. 2º (1969):

Art. 2º. Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados Partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades.

Além de ser direito fundamental, a dignidade da pessoa humana vem constituir princípio constitucional primordial entre os demais princípios legítimos da norma constitucional. A Nova

Carta também trouxe para si outros princípios regidos pela Declaração, como por exemplo, o Princípio da Legalidade e o Princípio da Isonomia, básicos para qualquer Estado Democrático, e tidos como princípios fundamentais, alicerce de toda a estrutura jurídica e governamental de um Estado. (MELLO, Celso A. Bandeira, 1991, p. 247).

A Constituição de um Estado, é a maior expressão de sua existência e soberania, nela baseia-se toda estrutura e organização estatal, que além de normas jurídicas, abarca princípios e costumes norteadores da sociedade. Aludindo à Carta de 1988, além dos direitos humanos internacionais, tidos como fundamentais, versa sobre princípios norteadores do direito, chamados princípios constitucionais. Estes, estão elencados na Declaração Universal e também foram inseridos na Constituição de 1988, referencial no art. 4º, que expressam:

Art. 4º. A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações Internacionais, pelos seguintes princípios:

I - independência nacional;

II - prevalência dos direitos humanos;

III - autodeterminação dos povos;

IV - não-intervenção;

V - igualdade entre os Estados;

VI - defesa da paz;

VII - solução pacífica dos conflitos;

VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo;

IX - cooperação entre os povos para o progresso da humanidade;

X - concessão de asilo político.

Parágrafo único. A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações.

Com isso, nota-se que a Carta Magna de 1988, diversamente das outras Constituições brasileiras que tratavam de princípios unicamente voltados à soberania e independência das relações internacionais, trouxe à baila de seu texto normativo, os princípios nos quais baseia sua relação com o Direitos Internacional dos Direitos Humanos. Esse ato, além de elevar a norma constitucional ao nível mundial, e transformar o Brasil em um país “amigo”, reafirma a efetividade dos direitos humanos, como reconhece Norberto Bobbio (1992, p. 139): “[...] a passagem para uma nova fase do direito internacional, o que torna esse direito não apenas o direito de todas as gentes, mas o direito de todos os indivíduos”.

Salienta-se ainda, que a Constituição de 1988 é a primeira a elencar, na história das constituições do Brasil, o princípio da prevalência dos direitos humanos, sendo essa, uma das razões, ante todas já expostas, de ser relacionada com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que, em seu texto preambular afirma: Considerando ser essencial que os direitos humanos sejam protegidos pelo império da lei[...], lei essa, inerente a cada Estado assinante.

A introdução desse princípio (princípio da prevalência dos direitos humanos), entre todos os outros, em si, já asseguraria a garantia de proteção dos direitos humanos no

ordenamento jurídico nacional, todavia, a Constituição de 1988 definiu em seu texto o dever de tutela desses direitos, pois, como já mencionado, o texto constitucional apresenta-se completo, sendo que sua carência consiste unicamente na aplicação dessas normas na atualidade de crise.

Dessa forma, a Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, §2º, reafirma sua interação com a Declaração Universal e com os demais Tratados Internacionais, posto que, determina que os direitos e garantias constantes em seu texto não excluam outros decorrentes do direito internacional, tecendo a interação da ordem jurídica interna com a ordem jurídica internacional dos direitos humanos. (PIOVESAN, Flávia. 2015, p. 108).

Por fim, A Constituição brasileira, além de devolver a Democracia (no processo de redemocratização após o regime militar), inovou ao trazer consigo para o ordenamento jurídico brasileira, a introdução dogmática dos direitos contidos na Declaração Universal dos Direitos Humanos, afim, de que fossem assegurados e gozados por todos os indivíduos, brasileiros ou não, mas que estivessem sob a proteção do Estado nacional.

Conclusão

Após todas as discussões acerca da inserção dos direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro, que se deu com o advento da Constituição Federal de 1988, percebeu-se a importância desse acontecimento tanto para o Estado brasileiro, quanto para o Direito Internacional dos Direitos Humanos. Para o Brasil, significou a evolução do Direito interno, revelando uma nova era de direitos, que passaram a ser garantidos não somente pelo ordenamento pátrio, mas também pelo ordenamento internacional, a partir do momento em que o Brasil tornou-se signatário, tanto da Declaração Universal dos Direitos Humanos, como dos demais Tratados Internacionais que versam sobre o tema.

Para o Direito Internacional dos Direitos Humanos, significou a ampliação de seus dogmas, contribuindo ainda mais para sua influência no mundo, ao passo que tem a Declaração Universal introduzida inteiramente dentro do texto constitucional brasileiro.

No mais, assim como a Constituição de 1988 e a Declaração Universal dos Direitos Humanos se assemelham por sua abordagem de assegurar e tutelar os direitos humanos a todos os indivíduos de forma generalizada, proclamando a liberdade; igualdade e fraternidade, assemelham-se também, ao período atual de enfraquecimento devido às crises enfrentadas por ambas as frentes. No Brasil, crise política e social, que afetam todo o andamento do Estado e torna deficiente a aplicação efetiva dos direitos humanos. No Direito Internacional (voltado à Declaração Universal), a crise tem fronteiras mais extensas, que devido a perda de clareza

moral na qual se insere as Organizações das Nações Unidas, o Direito Internacional dos Direitos Humanos também tem sua aplicabilidade e força vinculante cada vez mais enfraquecidas, o que automaticamente também influi e reflete em todo o mundo, porém dessa vez, de maneira negativa.

Referências

BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. **Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social**. Revista de Direito Público. N. 57/58, jan/jun, 1992.

BOBBIO, Norberto. **A era dos Direitos**. Trad. de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campos, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 25° ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. 5° ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BUERGENTHAL, Thomas, SHELTON, Dinah, STEWART, David. **International Human Rights in a Nutshell**. 4 ed. Nutshell Series, 1973.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6 ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Temas de direito constitucional (e de teoria do direito)**. São Paulo: Acadêmica, 1993.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7 ed. ver. E atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

FERNANDES, David Augusto. **Tribunal Penal Internacional: a concretização de um sonho**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FERREIRA, João Paulo Hidalgo. FERNANDES, Luiz Estevam de Oliveira. **Nova história integrada**. Volume único. São Paulo: Companhia da escola, 2005.

HAGOPIN, Frances. **The compromised: the political class in the Brazillian transition**. In: MAINWARING, Scott; O'DONNELL, Guillermo; VALENZUELA, Samuel (orgs). Issues in democratic: the new South American democracies in comparative perspective. Notre Dame: University of Notre Dame Press, 1992.

MARTINS, Luciano. **The liberalization of authoritarian rule in Brazil**. In: O'DONNELL, Guillermo; SCHMITTER, Philippe C; WHITEHEAD, Laurence. Transformations from authoritarian rule: Latin American. Baltimore: The Jhon Hopkins University Press, 1986.

HENKIN, Louis. **International law: politics, values and principles**. Bonston: Martinus Nijhoff, 1990.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais, interamericano e africano**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Temas de direitos humanos**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 15 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direitos constitucional positivo**. 18 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

O CONTROLE JURISDICIONAL DE CONVENCIONALIDADE DAS LEIS À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: ANÁLISE SOBRE A LEI DE ANISTIA

Maria Renata Santos¹

Resumo

Os estudos relativos à aplicação do controle de convencionalidade pelo Poder Judiciário ganharam relevo após a Corte Interamericana de Direitos Humanos decidir reiteradamente, em situações nas quais o Brasil foi acusado, pela necessidade de aplicação desse controle em matérias sobre direitos humanos. Não obstante, a EC 45/2004 modificou substancialmente vários dispositivos da Constituição Federal, inserindo, por exemplo, o §3º ao art. 5º, possibilitando que, obedecendo ao procedimento legal nele insculpido, tratados de direitos humanos assinados pelo Brasil equivalham a emenda constitucional. Entretanto, apesar dos avanços legislativos, violações aos direitos humanos continuam recorrentes, clamando pela tutela estatal efetiva quanto à devida aplicação desses direitos internacionalmente documentados. Desta feita, o trabalho analisa como o Poder Judiciário recepciona os tratados de direitos humanos quanto à aplicação destes, permitindo a atuação de importantes órgãos protetivos e, conseqüentemente, que seja criado espaço propício a afirmação desses direitos no contexto interno. Outrossim, entendido o contexto jurídico internacional no qual insere-se o Brasil, especialmente quanto ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos em que firma-se a teoria do controle de convencionalidade na América Latina, com destaque para o caráter vinculante das decisões da Corte Interamericana, analisa-se os desafios internos à implementação do conteúdo das sentenças emitidas por esta, exemplificando-se com o julgamento da ADPF 153, referente à Lei de Anistia. Note-se que este trabalho desenvolveu-se a partir de revisão de literatura, artigos científicos, dissertações, teses e livros, realizando-se, portanto, pesquisa qualitativa, utilizando-se método dedutivo-comparativo. Malgrado o desígnio legislativo estabelecendo o procedimento do art. 5º, §3º, cujo teor confere patamar legislativo diferenciado entre tratados de direitos humanos, tais mudanças lhes acentuaram diferenciação de conteúdo ético prejudicial, haja vista compreenderem o bloco de constitucionalidade (art.5º, §2º). Conquanto, o Judiciário ainda é resistente à aplicação do controle de convencionalidade, constatando-se estagnação jurídica que se reflete no âmbito político-social e no processo de maturação do conceito de direitos humanos no país.

Palavras-chave: Controle de Convencionalidade; Jurisdição; Direitos Humanos; Lei de Anistia; Poder Judiciário

Introdução

Partindo-se do pressuposto que as discussões envolvendo direitos humanos são sempre atuais e cada vez mais necessárias, especialmente em um cenário em que a construção acerca do conceito e objeto desses direitos são relativamente recentes, haja vista que uma maior atenção aos direitos humanos só passou a ser dada após o fim da Segunda Guerra Mundial, e a ao mesmo tempo que são discussões complexas em virtude da interferência direta dos mais

¹ Acadêmica do curso de Direito pelo Centro Universitário Tabosa de Almeida (ASCES – UNITA)

variados fatores, dentre eles a pluralidade de valores próprios de cada sociedade, nada mais atual do que tratar do tema controle de convencionalidade.

Em um primeiro momento será analisado separadamente cada objeto de estudo bem como seus institutos correlatos antes de se passar a análise da problemática em si. Dessa forma, busca-se conceituar o controle de convencionalidade em sede de direitos humanos no intuito de especificar sua abrangência.

Logo, se tem que em linhas gerais o controle de convencionalidade nada mais é do que um exercício de compatibilização normativa, qual o controle de constitucionalidade, com a diferença de que é operado obedecendo como parâmetro a Convenção Americana de Direitos Humanos e que deve ser realizado com o propósito de atribuir primazia aos direitos humanos em situações de conflito entre a norma interna e internacional, em um caráter de complementaridade. É desde aí que já se identifica um dos principais desafios ao exercício desse controle no Brasil, que se esbarra na clássica hierarquização normativa advinda do art. 5º, §3º, que é, inclusive, referência do entendimento do STF.

Mais adiante, no que atine à Lei de Anistia, procurou-se inicialmente abordar questões relativas a institutos correlacionados, sobretudo em relação à justiça de transição no que diz respeito a sua conceituação, objetivos e importância para a construção da democracia e respeito aos direitos humanos. Também se fez necessário para contextualizar a problemática, analisar o cenário histórico em que se deu a edição da Lei de Anistia a fim de se entender o motivo da polêmica que acusa a referida lei como instrumento de violação aos direitos humanos à medida que não tornou possível a devida reparação das vítimas do Regime Militar, nem tampouco a devida persecução penal para reconhecer o punir os infratores.

A partir dessa compreensão se passou ao estudo do Caso da Guerrilha do Araguaia em que o Brasil figurou como parte, foi condenado pela Corte Interamericana no âmbito de sua jurisdição contenciosa, mas não implementou devidamente a sentença desta, especialmente em relação à devida persecução penal pelo fato de o STF invocar a aplicação da Lei de Anistia.

Finalmente, a partir da análise desse caso, será abordado o posicionamento do STF quanto à interpretação da lei de anistia, tomando-se como base o julgamento improcedente da ADPF nº 153, suscitada no plano interno pelo Conselho Federal da OAB a fim de se retirar a referida lei do ordenamento pátrio, além da decisão da Corte Interamericana que considerou a Lei de Anistia inválida, para todos os efeitos, tornando-se possível visualizar ainda o desafio à aplicação do controle de convencionalidade no Brasil.

1. O controle de Convencionalidade das Leis e a dupla compatibilidade vertical material

A concepção de convencionalidade começou a ser construída na década de 1970, sobremaneira após a Decisão nº 74-54 DC, situação em que o Conselho Constitucional Francês, de maneira precursora, declarou não ser competente para averiguar a compatibilidade das leis com a Convenção Europeia de Direitos Humanos de 1950, estando inabilitado, portanto, de realizar um controle de convencionalidade. (MAZZUOLI, 2011, p. 81).

No mesmo sentido elucida Sagüés (2012, p. 380) que a expressão controle de convencionalidade já vem sendo largamente empregada pela jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos bem como pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, merecendo destaque o caso *Simmenthal*, julgado em 1978 por este órgão, caso tido como principal referência sobre a matéria no continente europeu.

No contexto americano, por sua vez, a necessidade de se construir um estudo que tivesse o condão de delimitar o conceito e objeto do controle de convencionalidade passou a ter especial relevância após o termo ter sido reiteradas vezes suscitado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em várias de suas decisões, formando, inclusive, jurisprudência abalizada sobre a matéria.

Nesse sentido, Hitters (p. 110, 2009) afirma que a expressão foi utilizada pela primeira vez, na América Latina, no caso *Myrna Mack Chang Vs. Guatemala*, em 2003, no voto do juiz Sérgio Garcia Ramirez, que assim decidiu:

Para los efectos de la Convención Americana y del ejercicio de la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana, el Estado viene a cuentas en forma integral, como un todo. En este orden, la responsabilidad es global, atañe al Estado en su conjunto y no puede quedar sujeta a la división de atribuciones que señale el Derecho interno. No es posible seccionar internacionalmente al Estado, obligar ante la Corte sólo a uno o algunos de sus órganos, entregar a éstos la representación del Estado en el juicio --sin que esa representación repercuta sobre el Estado en su conjunto-- y sustraer a otros de este régimen convencional de responsabilidad, dejando sus actuaciones fuera del “control de convencionalidad” que trae consigo la jurisdicción de la Corte internacional (grifo nosso).

No entanto, o estudo sobre o tema ganhou especial relevância após a sentença proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso *Almonacid Arellano e outros Vs. Chile*, em 2006. Na ocasião, a Corte determinou que o Poder Judiciário deve exercer uma espécie de “controle de convencionalidade” entre as normas jurídicas internas aplicadas a casos concretos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos”, possibilitando, assim, uma maior efetividade no que tange à aplicação desse controle, vez que determina que os juízes nacionais devem aplicá-lo. (SAGÜÉS, 2010, p.118).

Nessa conjuntura, vários estudiosos lançaram-se ao desafio de conceituar e definir o objeto do termo controle de convencionalidade, merecendo destaque a definição esculpida por Mazzuoli (2011, p. 82):

Não se trata de técnica legislativa de compatibilização dos trabalhos do Parlamento com os instrumentos de direitos humanos ratificados pelo governo, nem de mecanismo internacional de apuração dos atos do Estado em relação ao cumprimento de suas obrigações internacionais, mas sim de meio judicial de declaração de invalidade de leis incompatíveis com tais tratados, tanto por via de exceção (controle difuso ou concreto) como por meio de ação direta (controle concentrado ou abstrato).

Não obstante, Mazzuoli (2011, p. 117) vai mais além e afirma que a razão de ser do controle de convencionalidade é a dupla compatibilidade vertical material do que se depreende a necessidade de se realizar um controle que observe como paradigma os tratados de direitos humanos dos quais o país seja signatário, sem prejuízo da realização de um controle normativo interno – controle de constitucionalidade, como condição da própria existência da lei ou ato normativo, no que concerne ao plano da validade, bem como da capacidade que a norma tem para produzir efeitos, no que concerne à vigência.

Desta feita, tem-se em linhas gerais que o controle de convencionalidade, qual o controle de constitucionalidade, nada mais é do que um exercício de compatibilização normativa que se instrumentaliza como meio judicial apto a expurgar do ordenamento jurídico normas que vão de encontro à tratados internacionais ratificados pelo país, diferindo daquele no tocante ao parâmetro observado para sua operacionalização, qual seja, a Convenção Americana de Direitos Humanos, de modo que o referido controle é operado no sentido de se dar primazia aos direitos humanos em uma situação em que haja conflito entre uma norma interna e internacional, em um caráter de complementaridade entre os ordenamentos com a finalidade de se construir um sistema unificado em sede de direitos humanos.

1.2 A Constituição Federal de 1988 e a recepção dos tratados de direitos humanos: discussão acerca da hierarquização e do entendimento do Supremo Tribunal Federal

A Emenda Constitucional 45/2004 trouxe consigo mudanças e novidades substanciais ao texto constitucional, dentre elas merece destaque a inserção do §3º ao art. 5º da CRFB/88, que assim dispõe:

Art.5º [...]

§3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Desta feita, a partir da inclusão desse dispositivo, tem-se como ilação o entendimento de que, malgrado os tratados de direitos humanos já possuam, por sua natureza material, status constitucional, haja vista previsão do art. 5º, §2º que os comporta no chamado *bloco de constitucionalidade* para todos os efeitos, esses mesmos tratados de direitos humanos serão diferenciados à medida em que aqueles que forem aprovados de acordo com o comando constitucional supramencionado, possuirão equivalência de emenda constitucional e não mero status de norma constitucional como os demais.

Nesse sentido, merece nota a crítica de que a diferenciação proposta por esse dispositivo vai de encontro ao comando trazido pelo art. 5º, §2º, da CRFB/88 visto que a determinação de um quórum qualificado como condição de incorporação de um tratado ao ordenamento constitucional com equivalência de emenda, conforme se depreende do art. 5º, §3º, da CRFB/88, acaba por concluir que, no plano da eficácia, os demais tratados de direitos humanos não merecem o mesmo amparo jurídico, daí porque se dizer que se trata de um raciocínio que desafia a prescrição de que todos os tratados de direitos humanos dos quais o Brasil seja signatário já são materialmente constitucionais em razão de sua essência. Trata-se, pois, de uma categorização de tratados de direitos humanos que carece de fundamento visto que o conteúdo ético que estes comportam não merece valorização diferenciada.

Não obstante, o Supremo Tribunal Federal entende ainda que esses mesmos tratados que não obedecerem ao quórum qualificado acima descrito, serão supralegais mas infraconstitucionais; tal posição encontra guarida no argumento de que o respeito às normas de *jus cogens* em detrimento das normas internas representam uma ameaça à segurança e estabilidade do Estado no que concerne a sua soberania. Corrobora com essa tese Rezek (2008, p.96-97), ao afirmar que:

Descentralizada, a sociedade internacional contemporânea vê cada um de seus integrantes ditar, no que lhe concerne, as regras de composição entre o direito internacional e o de produção doméstica. Resulta que para o Estado soberano a constituição nacional, vértice do ordenamento jurídico, é a sede de determinação da estrutura da norma expressa em tratado. Dificilmente uma dessas leis fundamentais desprezaria, neste momento histórico, o ideal de segurança e estabilidade da ordem jurídica a ponto de subpor-se, a si mesma, ao produto normativo de compromissos exteriores do Estado. Assim, posto o primado da constituição em confronto com a norma *pacta sunt servanda*, é corrente que se preserve a autoridade da lei fundamental do Estado, ainda que isso signifique a prática de um ilícito pelo qual, no plano externo, deve aquele responder.

Denota-se, portanto, que a posição do STF vai de encontro, portanto, à tese do controle de convencionalidade que entende que em sede de direitos humanos esses tratados possuem

nível formal e material no contexto da Constituição Federal independentemente de qualquer procedimento que enseje aprovação, dado seu conteúdo ético. Além disso, observa-se que há ainda uma ignorância acerca do Direito Internacional Humanitário no que se refere a sua atuação, ignorância esta que se reflete no argumento de a ordem externa pode representar uma ameaça á soberania do Estado, quando em verdade esta não se presta a tal.

2. Lei de Anistia versus Justiça de Transição: a trajetória do processo de redemocratização brasileira

Em um contexto em que a insistência na dicotomia latente entre Direito Internacional e Direito Interno é ainda o padrão das decisões do Supremo Tribunal Federal e as discussões envolvendo a aplicação do controle de convencionalidade relativa às matérias de direitos humanos são relegadas, exsurge como problemática de destaque no caso brasileiro a rejeição à tese de inconstitucionalidade da Lei 6.683/1979, conhecida como Lei de Anistia, suscitada pelo Conselho Federal da OAB, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153. No caso em questão, o STF julgou improcedente o pedido da arguição muito embora a Corte Interamericana de Direitos Humanos, na decisão do *Caso Gomes Lund e outros Vs. Brasil*, tenha declarado que a Lei de Anistia violava as disposições da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Inicialmente, analisando-se o cenário histórico de edição da Lei de Anistia, deve-se remontar à década de 1960, um período marcado por uma crise política e institucional que já vinha se alastrando desde 1961, quando da renúncia do presidente Jânio Quadros.

A posse do vice-presidente João Goulart, o movimento de resistência ao governo idealizado pelo governador do Rio Grande do Sul, Leonel Brizola e a conseqüente vitória que veio a calhar na instituição de um parlamentarismo de curta duração, o caráter populista do governo de Jango após o restabelecimento do presidencialismo que fez aumentar a pressão social dos setores abrangidos pelas medidas relacionadas às reformas sociopolíticas bem como da elite que se via ameaçada por essas reformas de base, significaram cada qual a seu turno, um conjunto de eventos que juntamente com fatores externos permitiram a deflagração do Golpe Militar em 31 de março de 1964 (FAUSTO, 2003, p. 460-461). Sobre isso, corrobora Andrade (1979, apud ZILLI, p.3, 2011):

O mosaico de conflitos sociais no início dos anos 60 revelou mais claramente o caráter populista do regime Goulart do que a liderança unificadora da classe trabalhadora. Mais uma vez, a dimensão política do movimento popular foi removida com sucesso da esfera de antagonismo de classe e absorvida pelo Estado. Desta vez, **o custo para**

o bloco populista foi muito alto, pois as massas requeriam não a satisfação de vagas aspirações, mas compromisso do governo com um vasto programa de reformas. Este, no entanto, não podia se apresentar como a organização suprema dos trabalhadores brasileiros sem ser forçado, pela esquerda, a atender suas reivindicações e sem se desprender imediatamente da tênue legitimidade que ainda proclamava ter com as classes dominantes. Envolvido nesta contradição insuperável – ser comprometido com um programa que levaria inevitavelmente à confrontação de classe ou ter de prosseguir na representação da Nação unificada – o governo nem liderou os trabalhadores, nem apaziguou a direita (grifo nosso).

Nesse contexto de instituição de uma ditadura militar, muitas ações foram realizadas e consolidadas com a edição dos sucessivos Atos Institucionais, cujas edições estavam contidas de comandos arbitrários que não respeitavam sequer direitos fundamentais e, por assim ser, tornavam claro que o regime militar ao contrário do que se propunha inicialmente, viera em caráter prolongado e não provisório, significando uma forma de legitimar a atividade política dos militares.

De modo geral, esses Atos ordenavam a suspensão das imunidades parlamentares e dos direitos políticos, a cassação de mandatos legislativos, tornaram a eleições para presidente indiretas, extingiram os partidos políticos, dentre outros comandos. Dentre os principais atos institucionais editados destacam-se o AI-1, o AI-2, o AI-3 e o A-I -5 (FAUSTO, p. 465-480).

Nesse contexto, merece destaque o AI-5, último Ato editado em 1969 que representou o ápice da ditadura militar. Caracterizou-se, na verdade, por um caráter reacionário do governo militar às manifestações que vinham crescendo desde 1968, de modo que, segundo Fausto (2003, p. 480) o Ato Institucional 5 representou “uma revolução dentro de uma revolução”. O AI-5 suspendeu o *habeas corpus* enquanto garantia constitucional bem como o exercício de direitos políticos, autorizou a censura sob os meios de comunicação, tornando possível o uso extremado de meios de repressão que se consubstanciavam em tortura, prisões, desaparecimento forçado, morte e até estupro àqueles que apresentassem qualquer embaraço ao regime.

Tal conjuntura que já vinha marcada por um clima de insatisfação social crescente, permitiu a formação de grupos esquerdistas que se denominavam por guerrilhas. Sobre isso, Carvalho (2004, p. 162-163,) comenta que:

Em resposta à falta de alternativa para a oposição legal, grupos de esquerda começaram a agir na clandestinidade e adotar táticas militares de guerrilha urbana e rural. Em setembro de 1969, houve o primeiro ato espetacular da guerrilha urbana, o sequestro do embaixador norte-americano. Daí até o final do governo Médici, em 1974, forças da repressão e da guerrilha se enfrentaram em batalha inglória e desigual. Aos sequestros e assaltos a bancos dos guerrilheiros, respondia a repressão com prisões arbitrárias, tortura sistemática de presos, assassinatos. Opositores assassinados

eram dados como desaparecidos ou mortos em acidentes de carro. A imprensa era proibida de divulgar qualquer notícia que contrariasse a versão das forças de segurança

Ocorre que as investidas das forças militares começaram a ameaçar a existência das guerrilhas que aos poucos foram se desfazendo com as inúmeras mortes e desaparecimentos de seus integrantes. O último grupo vencido pelo Regime Militar foi a Guerrilha do Araguaia, conforme afirma Fausto (2003, p.483-484):

Restou um foco de guerrilha rural que o PC do B começou a instalar em uma região banhada pelo Rio Araguaia, próxima a Marabá, situada no leste do Pará – o chamado Bico do Papagaio. Nos anos 1970 – 1971, os guerrilheiros em número aproximado de setenta pessoas estabeleceram ligações com os camponeses, ensinando-lhes métodos de cultivo e cuidados com a saúde. O Exército descobriu o foco em 1972, mas não se revelou tão apto na repressão como fora com a guerrilha urbana. Foi só em 1975, após transformar a região em zona de segurança nacional, que as forças do Exército conseguiram liquidar ou prender o grupo do PC do B. Tudo isso não chegou ao conhecimento do grande público, pois a divulgação do assunto era proibida. Quando muito, corriam boatos desencontrados sobre a guerrilha do Araguaia.

Com o fim das guerrilhas, a partir de 1973 deu-se início no governo do general Ernesto Geisel, a um processo de abertura política que nas suas palavras se daria de forma lenta e gradual. Tal conjuntura sofreu fortes ataques dos militares da linha-dura que temiam a volta da democracia (FAUSTO, p. 489-490, 2003). Sendo assim, o general Geisel procurou ceder às aspirações sociais sem contudo se afastar das inclinações militares (ZILLI, 2011, p.5

Ademais, como pauta desse processo de abertura política, em outubro de 1978, o Congresso revogou os atos institucionais através da emenda nº 11, especialmente o AI-5, assim como os demais atos complementares. (FAUSTO, p. 493-494).

No entanto, embora esse período tenha sido marcado por concessões mútuas a fim de atender à conclames tão antagônicos no intuito de harmonizá-los e conter a desordem, a resistência ao regime não pode ser contida, o que tornou o processo de abertura política uma realidade fática impossível de controlar

Nessas circunstâncias, a resistência massiva ao regime militar e as reivindicações fervorosas para que se desse início a uma abertura política total com o conseqüente restabelecimento da democracia no país, a começar pela elaboração de um a lei que concedesse anistia ampla, geral e irrestrita, tornando possível a devida punição dos infratores assim como a reparação às vítimas e suas famílias, e a garantia de que os direitos humanos não seriam mais violados, como condição elementar à efetiva transição para o regime democrático, levou à edição da Lei de Anistia.

A Lei 6.686, conhecida como lei de anistia, promulgada em 1979 por João Batista Figueiredo foi fruto de uma tentativa de pacificação social e atendimento aos conclames sociais

que já reivindicavam por uma lei com esse conteúdo, que somado à emenda nº 11 que pôs fins aos atos institucionais e restabeleceu o pluripartidarismo tornou o processo de redemocratização uma realidade inelutável. Entretanto, a edição da referida lei trouxe consigo alguns imbrólios que acabaram por não satisfazer a finalidade a que esta se dizia propor no que se refere à superação do passado histórico e instituição de um novo regime livre de máculas. Dispõe o art. 1º da referida lei:

Art. 1º É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexos com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de fundações vinculadas ao poder público, aos Servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos Militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares (vetado)

§ 1º - Consideram-se conexos, para efeito deste artigo, os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política.

§ 2º - Excetuam-se dos benefícios da anistia os que foram condenados pela prática de crimes de terrorismo, assalto, seqüestro e atentado pessoal (grifo nosso)

Partindo-se do pressuposto de que o conceito de Justiça de Transição está intimamente ligado a um conjunto de estratégias utilizadas pelos Estados no intuito de superar e compatibilizar as transformações inerentes à transição de regimes políticos tão antagônicos, com o fito de tornar possível a devida reparação das vítimas do regime anterior por meio da busca pela verdade e do resgate da memória, sendo, portanto, instrumento imprescindível para o processo de redemocratização, a Lei de Anistia é tida como um marco teórico para o processo transicional no Brasil, entretanto, muito se discute à respeito do alcance que essa legislação possui e se de fato tem cumprido o objetivo que se lançou no que concerne à realização da Justiça de Transição, como se menciona a seguir.

Inicialmente, observe-se que do que se depreende do §1º do dispositivo acima, os crimes conexos de qualquer natureza compreendem um âmbito de incidência extensivo, configurando uma contradição no bojo da própria lei, vez que ao mesmo tempo em que esta delimita a abrangência para os crimes políticos e aqueles conectados com estes, ao usar a expressão “de qualquer natureza”, ultrapassa a esfera dos crimes políticos ora delimitados, situação essa que torna possível a concessão de anistia a uma gama maior de agentes.

Com relação ao § 2º, observa-se que aqueles que foram condenados por crimes de terrorismo, assaltos, sequestros e atentados não estão abarcados pela norma, o que denota que tal exceção beneficia sobremaneira os agentes do Estado já que, durante o regime militar, os

integrantes das guerrilhas - membros esquerdistas por natureza - foram os únicos e sofreram condenações por tais condutas.

Destarte, entende-se que a Lei de Anistia, apesar de ser considerada o marco do projeto de redemocratização brasileira, não atendeu aos anseios por uma anistia ampla, geral e irrestrita, visto que marcada pela concessão do perdão aos agentes repressores do Estado, o que a fez tomar uma roupagem de auto-anistia, caracterizada pelo esquecimento, o que impediu a construção da memória e significou um óbice à reconciliação com o passado a fim de permitir um processo de transição justo e sem máculas. Nesse sentido, complementa Abrão e Torelly (2012, p. 196): “a anistia aprovada representou enorme avanço aos movimentos democráticos sem, contudo, representar uma derrota para o regime, uma vez que fora efetivamente mediada e controlada por este” .

3. O caso Gomes Lund e outros Vs. Brasil (“Guerrilha do Araguaia”) e o Julgamento pelo STF da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 153

Como exposto anteriormente, a Guerrilha do Araguaia foi um dos principais grupos esquerdistas que se formou no contexto dos movimentos de resistência às ações do Regime Militar. Os guerrilheiros haviam se instalado às margens do Rio Araguaia, no Sul do Pará, sendo descobertos em 1972 e derrotados em 1975, o que não teve sequer divulgação. (FAUSTO, 2003, p. 483-484).

Assim, em 1995, 22 dos familiares das vítimas apresentaram denúncia à 1ª Vara do Distrito Federal a fim de obter respostas sobre os desaparecimentos, ter acesso aos documentos oficiais sobre as operações militares e localizar os restos mortais de seus parentes (Corte IDH, 2010). Entretanto, a morosidade para apreciação do pedido e falta de providências necessárias pelo Judiciário que alegou óbices encontrados na Lei de Anistia, levou ao Centro Pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL) e ao HumanRightsWatch/Americas apresentar petição perante à Comissão, que, ao esgotar sua atuação e realizar as diligências possíveis no âmbito de sua competência, não encontrou alternativa senão encaminhar denúncia à Corte.

No relatório apresentado pela Comissão, foi alegado que o Estado Brasileiro foi responsável pelo desaparecimento forçado de 70 pessoas (...) resultado de operações do Exército Brasileiro empreendidas entre 1972 e 1975 com o objetivo de erradicar a Guerrilha do Araguaia, no contexto da ditadura militar do Brasil (1964–1985)”.

Foi mencionado ainda que o Estado Brasileiro não prestou informações e nem procedeu devidamente na persecução penal no que atine aos procedimentos de investigação, processamento e punição dos agentes violadores, por suscitar a Lei de Anistia, cujas disposições representa um impedimento à esse procedimento.

Destarte, a Comissão solicitou a Corte que o Estado Brasileiro fosse responsabilizado por violar o direito ao reconhecimento da personalidade jurídica, o direito à integridade pessoal, o direito à vida, o direito às garantias judiciais, o direito de liberdade de pensamento e expressão, o direito à liberdade pessoal e o direito à proteção judicial, previstos no bojo da Convenção Americana sobre Direitos Humanos da qual o Brasil é signatário, além de determinar as obrigações de respeitar e garantir os direitos humanos, adotando disposições internas com a finalidade de dar concretude a esses direitos. (Corte IDH, 2010).

Como consequência lógica, essa solicitação foi acatada em totalidade pela Corte Interamericana que já vinha construindo jurisprudência no sentido de considerar Leis de Anistias como instrumentos incompatíveis aos ditames da Justiça de Transição e, por conseguinte, à efetivação dos direitos humanos em sua mais ampla acepção. O exposto está presentes nas sentenças da Corte nos casos *Barrios Altos* e *La Cantuta Vs. Peru e Almonacid Arellano e outros Vs. Peru*, conforme se segue:

Como se desprende do conteúdo dos parágrafos precedentes, todos os órgãos internacionais de proteção de direitos humanos, e diversas altas cortes nacionais da região, que tiveram a oportunidade de pronunciar-se a respeito do alcance das leis de anistia sobre graves violações de direitos humanos e sua incompatibilidade com as obrigações internacionais dos Estados que as emitem, concluíram que **essas leis violam o dever internacional do Estado de investigar e sancionar tais violações** (grifo nosso).

Ademais, na sentença do Caso da Guerrilha do Araguaia, entende pela obrigação que o Estado tem de aplicar o controle de convencionalidade na referida situação, evidenciando a necessidade de se harmonizar os sistemas interno e internacional numa situação em que os direitos humanos são elementos orientadores para aplicação de normas.

Este Tribunal estabeleceu em sua jurisprudência que é consciente de que as autoridades internas estão sujeitas ao império da lei e, por esse motivo, estão obrigadas a aplicar as disposições vigentes no ordenamento jurídico. No entanto, quando um Estado é Parte de um tratado internacional, como a Convenção Americana, todos os seus órgãos, inclusive seus juízes, também estão submetidos àquele, o que os obriga a zelar para que os efeitos das disposições da Convenção não se vejam enfraquecidos pela aplicação de normas contrárias a seu objeto e finalidade, e que desde o início carecem de efeitos jurídicos. O Poder Judiciário, nesse sentido, está internacionalmente obrigado a exercer um “controle de convencionalidade” *ex officio* entre as normas internas e a Convenção Americana, evidentemente no marco de suas respectivas competências e das regulamentações processuais correspondentes. Nessa tarefa, o Poder Judiciário deve levar em conta não somente o tratado, mas também a interpretação que a ele conferiu a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana.

Por fim, a Corte indicou os deveres do Estado Brasileiro para fazer cessar as violações e, como resultado, algumas ações foram implementadas; dentre elas a instituição da Comissão da Verdade (Lei 12.528/11), que apesar das restrições impostas pela lei de Anistia, é indubitável seu significado para a construção da memória e da verdade. Pode-se dizer, ainda, que esses instrumentos de justiça transicional utilizados pelo Estado se acompanhados do exercício do controle de convencionalidade, teria o potencial de obstruir os obstáculos à concretização da justiça de transição no Brasil, visto que a Lei de Anistia seria considerada incompatível.

No entanto, apesar das recomendações da Corte, violações continuaram e continuam acontecendo, situação que fez o Conselho Federal da OAB impetrar a ADPF nº153 no intuito de expurgar do ordenamento jurídico a Lei de Anistia, visto que viola preceitos e princípios da Constituição Federal de 1988, não obstante ainda o fato de a própria Convenção Americana já haver se manifestado pela invalidade das leis de anistias pelos fundamentos ora expostos.

Entretanto, o pedido foi julgado improcedente pela maioria dos ministros do Supremo Tribunal Federal. O julgamento teve como Ministro Relator Eros Grau, cujo voto se deu pela improcedência do pedido, seguindo-se no mesmo sentido os votos dos Ministros Gilmar Mendes, Marco Aurélio, Celso de Mello, Cezar Peluso, Cármen Lúcia e Ellen Gracie, excetuando-se apenas os votos de Ricardo Lewandowski e Ayres Britto que decidiram pela procedência parcial do pedido.

De maneira geral, o argumento central daqueles que votaram pela improcedência da ação se assentou na interpretação de que a Lei de Anistia é anterior Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, o que não gera a obrigação de compatibilização com esse documento internacional (STF, 2010, p.10), muito embora não tenha sido levado em consideração sequer que Convenção sobre Imprescritibilidade dos crimes de Guerra e dos crimes contra a Humanidade de 1968 é anterior à lei de Anistia de 1979, o que consequentemente gera a responsabilidade de compatibilização. Desta feita, tem-se que o Brasil ainda se posiciona contra a marcha do Direito Internacional Humanitário.

Conclusão

Diante do exposto chegou-se ao entendimento de que o Brasil ainda tem trilhado um caminho de retrocesso no que concerne à primazia dos direitos humanos como elemento

orientador do ordenamento jurídico e da interpretação que os tribunais fazem dele, sobremaneira no que se refere ao Supremo Tribunal Federal.

O descumprimento da sentença condenatória da Corte Interamericana, no caso *Gomes Lund e outros versus Brasil (Guerrilha do Araguaia)* evidenciam que o judiciário brasileiro tem alicerçado um posicionamento que vai de encontro tanto à Constituição Federal de 1988 quanto à Convenção Americana, isto é, o próprio judiciário não realizou devidamente o controle de constitucionalidade para este caso, e não realizou sequer o controle de convencionalidade.

Ao questionar-se sobre a motivação de tal posicionamento, leva a concluir que o Brasil tem firmado uma cultura jurídica conservadora principalmente em matéria de direitos humanos. A consequência desse posicionamento é que vários direitos deixam de ser assegurados à medida que têm sua eficácia comprometida. Parece que esse conservadorismo é fruto de uma ignorância sobre o direito internacional humanitário, em virtude de que há uma preocupação de que a soberania do país seja atingida. O próprio Rezek (2008, p.96) defende isso, ao afirmar que “o primado do direito das gentes sobre o direito nacional do Estado soberano é ainda hoje uma proposição doutrinária”. Denota-se, portanto, que o país tem o Direito Internacional como um perigo à estabilidade do Estado, quando na verdade ele não se presta a tal desiderato.

Destarte, enquanto Brasil continuar a se apoiar nesse entendimento, estar-se-á diante de um cenário de estagnação evolutiva visto que não se pode conceber uma nação plenamente desenvolvida sem que esta consiga garantir sequer a proteção dos direitos humanos, o que constitui também um óbice à inclusão do Brasil em um contexto de comunidade internacional.

Assim, em sede de Direito Internacional humanitário deve-se observar a norma mais favorável ao ser humano; não há que se discutir hierarquia normativa nem tampouco se insistir na dicotomia latente entre direito internacional e direito interno pois o que está em jogo é o ser humano enquanto núcleo essencial e razão de ser dos direitos humanos. Nesse sentido, a insistência do Poder Judiciário Brasileiro em aplicar uma norma que é internamente válida, mas que vai de encontro à vários tratados de direitos humanos dos quais o país é signatário, no sentido de afirmar uma soberania, carece de fundamento.

Referências

ABRÃO, Paulo; TORELLY, Marcelo. **Mutações do conceito de anistia na justiça detransição brasileira- a terceira fase da luta pela anistia**. In: Revista de Direito Brasileira, v. 3. nº 2, 2012.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. VadeMecum Saraiva Compacto. Colaboração de Luiz Roberto Curia, Livia Céspedes e Juliana Nicoletti. 15. ed. Saraiva, 2017.

_____. Ordem dos Advogados do Brasil. Conselho Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental**. Brasília, 2008. Disponível em: http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/586_ADPF%20153%20-%20peticao%20inicial.pdf. Acesso em: 30 de outubro de 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153 – Distrito Federal**. Arguente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB. Arguido: Presidente da República. Relator: Eros Grau, 28 de abril de 2010. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960>. Acesso em: 30 de outubro de 2017.

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. 6. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Almonacid Arellano e outro Vs. Chile**. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 26 de setembro de 2006. Série C, nº 154.

_____. **Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil**. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 24 de Novembro de 2010.

FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. 11. ed. São Paulo: EDUSP, 2003

HITTERS, Juan Carlos. **Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación (Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos)**. Estudios Constitucionales, ano 7, n. 2, 2009. Disponível em: <<http://www.scielo.cl/pdf/estconst/v7n2/art05.pdf>>. Acesso em 25 de outubro 2017

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2011.

REZEK, José Francisco. **Direito internacional público: curso elementar**. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

SAGÜES, Nestor Pedro. **Obligaciones internacionales y control de convencionalidad**. Estudios Constitucionales, ano 8, n. 1, p. 118, 2010. Disponível em: <<http://www.scielo.cl/pdf/estconst/v8n1/art05.pdf>> Acesso em 25 de outubro de 2017.

ZILLI, Marcos. **O Regime Militar e a Justiça de Transição no Brasil**. Para onde caminhar? Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 93, 2011.

O PAPEL DESEMPENHADO PELAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE INCLUSÃO SOCIAL PARA MULHERES SOB O PRISMA CONSTITUCIONAL DA IGUALDADE

Lylliane Karla Bezerra¹

Resumo

A desigualdade se encontra na base de vários problemas que assolam a sociedade atual, pois a disparidade dos pontos precípuos de partida, condicionados a determinados grupos, faz com que as posições sociais alcançadas por uns se deem de maneira mais custosa que por outros ou inexista. Diante disso, as políticas públicas de inclusão vislumbram equiparar os grupos femininos e masculinos a denominadores comuns de início e dar-lhes melhores oportunidades de ascensão. O presente artigo tem como principal escopo conhecer e entender a construção social e histórica do masculino e do feminino nas relações sociais entre gêneros, a fim de explicitar os fatores que deram início a desigualdade que se perpetua até a contemporaneidade. Busca, ainda, entender quais são os parâmetros abrangidos pela igualdade como elemento componente da justiça, enquanto teoria utilizada nas bases de criação de ações afirmativas, entendendo-as como propulsoras de melhorias efetivas na qualidade de vida de determinados grupos sociais. Bem como, procura analisar e discutir algumas correntes teóricas sobre a função da liberdade quando assistida pela igualdade material e não meramente formal. O estudo também pretende refletir sobre o papel desempenhado pelas políticas públicas de inclusão social para mulheres, diante do desdobramento do princípio constitucional da igualdade. Para tanto, utilizará o método qualitativo através de referências bibliográficas e análise de textos, tendo como conclusão a visão de que a efetivação de políticas públicas de inclusão social para mulheres proporciona, em certa medida, a emancipação da mulher tanto da tutela estatal quanto da tutela masculina, ou seja, impulsiona a evolução da sua autonomia e empoderamento tendo como ponto de partida o reconhecimento das desigualdades de gênero.

Palavras-chave: Políticas públicas; Gênero; Igualdade; Teoria da justiça; Inclusão social.

Introdução

Dentro do norte onde se constrói uma noção de igualdade que evolui ao longo da história, desde a ideia precípua de uma igualdade que se dava dentro dos recortes sociais segregantes, passando pela igualdade pré estatal da Idade Média e, por fim, alcançando uma concepção contemporânea de igualdade política que se preocupa com uma visão, primordialmente, fundada na busca pela justiça social, a luta pela igualdade de gênero traz, em si, antes de tudo, a necessidade, primeiramente, do reconhecimento dessa desigualdade: que se funda, não as diferenças físicas, mas sim nas diferenças valorativas que são atribuídas às pessoas com base nos esteriótipos pré-determinados pela sociedade.

¹ Graduanda em Direito pelo Centro Universitário Tabosa de Almeida – ASCES/UNITA. E-mail: <lyllianebezerrall@outlook.com>

Nesse sentido, mostra-se de suma importância discutir os elementos culturais que são perpetrados comumente pela sociedade e acabam por contribuir, em certa medida, para que haja um encadeamento de ações que influem na manutenção dos papéis sociais destinados a homens e mulheres - como cartilha a ser seguida - sem se ater às consequências diretas dos malefícios trazidos pelo padrão heteronormativo imposto.

Analisar-se-á, a partir de pesquisas com dados oficiais, o problema de uma desigualdade social entre os gêneros que se mostra, de fato, desvantajosa e prejudicial ao gênero feminino e, para a superação de tal situação, a utilização de políticas públicas que apazíguem este cenário e, conseqüentemente, amenizem tal problema social.

Diante disso, o presente artigo se propõe a lançar uma visão que abarca, ainda que de maneira sucinta (mas clara), o processo de constituição das desigualdades de gênero no território brasileiro, bem como o avanço significativo desencadeado pelo advento da Constituição Federal Brasileira de 1998, analisando o papel desempenhado pelas políticas públicas de gênero, e, ao final, ponderando tanto sobre a necessidade de implementação de políticas públicas que atendam a demanda presente, quanto a indispensabilidade de continuidade das políticas de cunho afirmativo que já foram implantadas e mostraram resultados positivos em âmbito nacional.

Para conceber a apreciação de tal tema, foi utilizado o método qualitativo e o artigo se pautará na análise das políticas públicas: Programa de Atenção à Mulher na Terceira Idade de Londrina (PR), Centro de Atenção Integral à Mulher (RJ), Programa Uma Mudança no Paradigma de Atenção à Saúde de Vitória (ES), Mãe Canguru (PE), que já foram projetadas em regiões brasileiras, bem como a utilização da pesquisa “Retrato das Desigualdades de Gênero” datados de 1995 a 2015, feita pelo IPEA, e pesquisa realizada pela ONU Mulheres em parceria com o Portal PapodeHomem.

Assim, com base no parâmetro traçado, este artigo será dividido em três tópicos: O primeiro tem como escopo demonstrar as concepções de igualdade material desde os antigos até os contratualistas; O segundo tópico parte para a análise de uma igualdade contemporânea sendo ilustrada pelo pensamento de Rawls e desembocando no estudo voltado, especificamente, às questões de gênero, analisando a igualdade trazida no bojo da Carta Magna de 1998; E, por fim, em seu terceiro tópico, discute questões que se dão, desde a escolha de uma política pública que satisfaça de maneira efetiva as questões de desigualdade, quanto a análise do papel substancial desta efetivação para as políticas de igualdade de gênero no Brasil.

1. Breve evolução do conceito de igualdade

1.1 Igualdade como preceito moral para os antigos

A igualdade é um tema de enorme relevância social e tem interessado a pessoas de diversas épocas e lugares ao longo dos tempos. Desde a antiguidade clássica, mais especificamente na Grécia e em Roma, tem-se a igualdade como tema relevante. É importante ressaltar que a construção do que se instituiu como berço da democracia, apesar de, neste caso, não restar estabelecida uma igualdade formal satisfatória - levando-se em consideração que a concepção de cidadão tida (homens livres, atenienses e maiores de 20 anos) - escanteia grande parcela da sociedade (mulheres, escravos, estrangeiros e crianças), e não estabelece, pois, o exercício de uma democracia plena que envolvesse todos os indivíduos de um Estado.

Antes de ponderar acerca da igualdade aristotélica, é-lhe mister que se examine o aparato intelectual trazido por este, tendo como base a ideia de justiça ilustrada como uma disposição de caráter que se torna propensa ao feitio das pessoas, sendo esta justiça dividida em duas: Justiça distributiva e justiça corretiva. Na primeira, agir com justiça é destinar a cada um de acordo com o seu valor, o seu mérito, isto é, são utilizados critérios de proporcionalidade; Sendo assim, uma forma de mantimento de uma sociedade hierarquizada em sua totalidade. Todavia, conforme discursa Aristóteles (2003, p.111), “a justiça corretiva será o meio-termo entre perda e ganho”, sendo um fator mediano, equânime e não mais hierarquizado.

A igualdade geométrica se desdobra da justiça distributiva sendo ilustrada, conforme Galuppo (2002, p.48) como um “critério de exclusão social”, visto que destina valores e direitos distintos tratando as pessoas de maneira diversificada de acordo com critérios pré determinados, o que foi, assim, essencial à construção da *polis* grega. De acordo com esse tipo de igualdade, os homens se diferem uns dos outros, proporcionalmente, pelo mérito de cada um.

Da justiça corretiva advém a igualdade corretiva/aritmética, trazendo que, entre os cidadãos de Atenas, existia um tratamento igualitário, o que não se percebe entre estes e os outros grupos. Sobre esse ponto, Vilani (2000, p.19), argumenta que: “Para o ateniense, o homem só podia exercer a política em liberdade e só podia ser livre entre seus pares”. Constrói-se, portanto, um conceito nada inclusivo de igualdade, que se mostra predominante e decisória com relação aos ideais de igualdade que se permearam na Idade Moderna e que influenciaram as revoluções burguesas dos séculos XVII e XVIII.

A Idade Média é um dos momentos mais controversos da história, por ter sido uma fase de grande instabilidade tanto na seara política, quanto na seara social. A acepção de igualdade da sociedade medieval, utilizando como recorte os estamentos feudais (nobres, clérigos e

servos) era fortemente hierárquica e tem raiz na igualdade dita geométrica, pois era destinado a cada um o que lhe era devido, tendo como base o grupo social ao qual se pertencia, observando-se, ainda, a imobilidade social destes.

Dentre os estamentos, o mais imponente e poderoso era formado pelos religiosos e tais motivações religiosas (divinas) ditavam as estruturas que fundamentavam o dito “Direito Divino de Governar”, ou seja, o direito “permitido” pelo Deus cristão e, com isso, o espaço público foi extinto junto à igualdade como princípio ou como prática.

A Idade Moderna, foi marcada pela passagem do sistema feudal ao sistema capitalista de produção, trazendo à frente anseios do indivíduo em detrimento aos interesses da coletividade. Este período trouxe profundas transformações na ordem jurídica, política, econômica e social como: a mudança do valor atribuído ao indivíduo (tendo enfoque, desta vez, individual), a formação dos Estados Nacionais, a Reforma Protestante, o Renascimento, a Revolução Científica, o ressurgimento do comércio e das navegações transformaram as cidades em lugares com maior liberdade e mobilidade social, voltando, a partir daí, a vinculação da palavra “cidadão” à cidade, caminhando para novos conceitos de igualdade e liberdade.

Um marco extremamente importante na história da civilização ocidental, demarcando a passagem da Idade moderna para Idade contemporânea foi a Revolução Francesa. A concepção de igualdade que compõe o tripé de sustentação dos ideais de tal revolução (Liberdade, igualdade e fraternidade), sendo esta uma igualdade voltada à formalidade dos parâmetros fiscais e sociais da época, circunscritos pelas idealizações interessantes às classes (dominantes) mais ricas que atendiam à fatia de “cidadãos ativos” que compunham a sociedade.

Se, para os antigos, Vilani (2000, p.20) assevera que “A virtude cívica significava subordinação dos interesses pessoais aos ideais coletivos, entre os modernos, o ordenamento das questões públicas deve respeitar e refletir as preferências individuais.”. Contudo, mesmo diante de tantas transformações e de rupturas, a sociedade moderna ainda permanecia com as marcas da Idade Média, ou seja, a igualdade geométrica ainda se fazia presente e a divisão social entre clero, nobreza e povo era uma clara demonstração de que mudanças necessárias deveriam ocorrer em prol da afirmação da igualdade e do fim dos privilégios nobiliárquicos.

2. Igualdade Política

2.1 Igualdade Sob a Ótica dos Contratualistas

Até o século XVII, era predominante a ideia de que a desigualdade dada entre as pessoas seria genuína, tida como natural e chegava a ser desejável que assim fosse. A partir de então,

entram em vigor teorias calcadas tanto no jusnaturalismo quanto no contratualismo, que pressupunham uma ordem natural de igualdade. Nessa época não se tinha a desigualdade como algo ruim, muito pelo contrário, a desigualdade funcionava como mola propulsora à harmonia social/ “ordem social”, ou seja, todos deviam aceitar sua condição social mantendo assim, um status vertical de mobilidade quanto às condições dos membros da sociedade.

Hobbes não compreendia a desigualdade como algo que surgia com o envolvimento social das pessoas, mas que se iniciava a partir da formação do Estado. Dizia que, as pessoas, no período anterior à constituição estatal (estado de natureza), estavam igualmente desamparados e expostos tanto a violência quanto a fome, ou seja, a igualdade leva à guerra de todos contra todos.

O pilar de desdobramento da igualdade para Hobbes se manifesta com a constatação de que, sendo reconhecidos como iguais, os indivíduos se submetem a um poder soberano (Estado) que lhes confere segurança para viver em harmonia com os demais, longe daquela condição de guerra em que todos eram inimigos de todos. Portanto, a igualdade natural, para este pensador, é tida como algo prejudicial e apenas a igualdade que prosperava através da tutela estatal seria a desejável.

Já Locke compartilha da visão de Hobbes quando este trata sobre a igualdade tida no estado de natureza. Porém, não entende que esse momento que antecede o contrato social com o Estado se trate de um estado belicoso, como na teoria hobbesiana. Levando-se em consideração de que, há possibilidade da conflagração de um momento onde a violência é que dita as regras, o estado de natureza tende a ser calmo, pacífico entre os homens e este momento infere liberdade.

Rousseau, por sua vez, concorda com as teorias de Hobbes e Locke apenas em certa medida: entende que, de fato, há uma conjuntura onde acontece o contrato social, todavia, concebe a igualdade como elemento vinculado a um estado precípua de felicidade, asseverando que o homem nasce essencialmente bom e que a sociedade é que o corrompe sendo este o estado de paz/ naturalidade a ser resgatado por meio do contrato social que é formado a partir do povo - que detém a soberania e , portanto, decide quem serão os mandatários (executores das leis) e também quando eles serão destituídos. A igualdade verdadeira consistiria, portanto, na proporção, e só seria benéfica quando combinada à liberdade.

Em sua obra *Emílio* (1762), por exemplo, Rousseau traz a visão de que os homens (em geral) devem ser educados de maneira a desenvolver certa autonomia de aprendizagem, e isso

deturpa a antiga concepção de que a educação deva ser elitizada e não uma instituída equitativamente para todos os membros do Estado. No entanto, é muito importante frisar que esta autonomia vista como sendo um modelo educacional a ser seguido não abrangia a educação feminina, como bem assevera Alicia H. Puleo (2003 p. 17):

Junto à afirmação da igualdade entre todos os homens e de seu direito à autonomia, sustenta-se que as mulheres devem estar submetidas e tuteladas pelos homens. Rousseau, no livro V de Emílio, sustenta que toda a educação das mulheres deve estar limitada a seus deveres para com os homens, “agradar-lhes, ser-lhes úteis, fazer-se amar e honrar por eles” (...) “aconselhar, consolar, fazer-lhes a vida agradável e doce”.

Ainda que Rousseau seja estudado como um exímio pedagogo, esta emancipação educacional, bradada por ele, se aplica, apenas, ao modelo masculino trazido em sua obra supracitada. Já à Sofia (Modelo feminino) é determinada uma educação desde sempre muito voltada à submissão. Isto posto, o momento de “atrever-se a saber” resta monopolizado ao gênero masculino.

2.3 Igualdade Rawlsiana

A teoria de Rawls é composta, em grande parte, por um reflexo tido ao utilitarismo clássico em consonância com esta teoria, se a execução de algo aumenta sua felicidade, não interessa se este resultado é distribuído de maneira igual ou não, portanto, analisando este ponto a partir desta ótica, grandes disparidades entre pessoas ricas e pessoas pobres parecem respaldados a princípio. Todavia, o utilitarismo dá preferência a uma distribuição de maneira mais igualitária, entendendo-se que a utilidade marginal (valoração) dada ao dinheiro diminui à medida que este aumenta proporcionalmente.

Para Rawls (1997), uma acepção geral do que compreende a palavra justiça se concretiza quando os bens sociais primários — liberdades, oportunidades, riqueza, rendimento e as bases sociais da autoestima (um conceito impreciso) — são distribuídos igualmente (garantindo-se, assim, pontos iguais de partida às pessoas tuteladas pelo Estado), salvo uma distribuição desigual destes bens seja mais benéfico aos desfavorecidos socialmente: sendo esta a acepção utilizada na implantação de políticas afirmativas.

É necessário que se ponha em evidência que tratar as pessoas como iguais não pressupõe retirar todas as igualdades, mas sim afastar aquelas que trazem desvantagens reais a alguém. Este ponto abordado, embora importante, não funda uma teoria da justiça completa, posto que só promover o acesso a uma determinada situação não garante que estas oportunidades sejam desfrutadas da melhor maneira possível e em sua integridade.

Apesar de se mostrar como uma teoria que abrange pontos importantíssimos a serem debatidos, por si só, não resolve os conflitos existentes nessa temática, deve-se ainda estabelecer prioridades que devem ser respeitadas com relação aos princípios. Atingido um nível de bem-estar acima da sobrevivência, o princípio da liberdade igual tem prevalência sobre os demais, e o princípio da oportunidade justa prevalece sobre o princípio da diferença. Pode-se ilustrar tal primazia estabelecendo que a liberdade, seja ela de qualquer esfera (religiosa, sexual... etc.), não pode ser preterida para obter uma vantagem de natureza econômica, por exemplo.

Quanto às liberdades tratadas por Rawls, Faustino Vaz (2016 p. 2) entende em sua resenha crítica sobre a teoria da justiça que:

As liberdades básicas a que Rawls dá atenção são os direitos civis e políticos reconhecidos nas democracias liberais, como a liberdade de expressão, o direito à justiça e à mobilidade, o direito de votar e de ser candidato a cargos públicos.

Mostra-se, contudo, que a maior dificuldade de aplicação presente na teoria da justiça é a questão relacionada a saber como devem ser distribuídos os recursos econômicos, ou seja, o modo de aplicação da justiça distributiva.

2.4 Igualdade de Gênero

Por volta das décadas de 70-80, os direitos das mulheres, referenciados na dimensão contestadora de uma política que enfrentava as determinações herdadas da ditadura militar brasileira (1964 – 1985), eram ligados ao segmento que ia de encontro a tal período ditatório e cuidava de assuntos de liberdade político-sociais das mulheres. De acordo com Lima (2012 p. 34), Stoller foi pioneiro nos estudos que utilizaram a terminologia gênero em 1968, todavia, o termo empregado não foi adotado de maneira ampla e teve maior disseminação em 1975 com o texto de Gayle Rubin: *The traffic in women: notes on the political economy of sex*, o qual abordou o tema geral sexo/gênero.

A questão de gênero é uma preocupação teórica que só emerge no final do século XX e que, até esse momento, tais questões eram discutidas com uma referência dicotômica entre masculino/feminino, evidenciando uma suposta identidade sexual existente. (SCOTT, 1990)

Desde o nascimento, meninos e meninas têm, impostos a si pela sociedade, papéis e regras relacionadas ao seu gênero que são, previamente, atribuídas com base, pura e simplesmente, na genitália que o indivíduo possui. Pode-se entender que o “Gênero” tem suas raízes na junção de duas ideias importantes do pensamento ocidental moderno: a da base material da identidade e a da construção social do caráter humano.” Nicholson (2000, pág. 2) e segundo Guacira Lopes Louro (1997 p.41) “...se produzem nas e pelas relações de poder”.

Além desses papéis preestabelecidos para o traço de comportamento, a heteronormatividade constituída através de atos que fiscalizam a expressão de orientação sexual das pessoas, entre outras, exclui do que é moralmente aceitável os relacionamentos que fujam à roupagem monogâmica e heterossexual, sendo apenas “aceitável” que essas regras sejam quebradas fora das vistas da família dita como tradicional² (TERUYA, 2016, p. 2), demonstrando um momento um tanto quanto hipócrita da sociedade.

Tal padrão heteronormativo dita regras ligadas ao sexo e ao comportamento sexual que se transforma a partir das variações sociais, políticas e culturais ao longo dos tempos, sendo o gênero cada vez mais mutável e flexível a fim de atender os anseios de uma sociedade machista³ e preconceituosa de maneira geral.

As constituições das identidades de gênero além de definir a qual padrão o indivíduo deve se adequar, também é usado para estabelecer uma relação de superioridade ou inferioridade de acordo com o grupo ao qual se dá o pertencimento. Butler (2010) diz que “Assim como a raça, a etnia, as classes sociais, entre outras, o gênero é a base das relações sociais, pois hierarquiza as relações homem-mulher, homem-homem e mulher-mulher”. Para além disso, deve-se entender que o vislumbre de gênero não apenas se orienta pela relação de poder, mas que se constitui disso. Dessa maneira:

[...] Talvez o adequado não seja simplesmente dizer que gênero esteja relacionado à noção de poder mas sim que gênero é fundado nessa relação: gênero deve ser concebido como uma relação de poder e não uma posição fixa atribuídas às pessoas. Ressaltamos ainda que ser mulher, do mesmo modo que ser homem, não são modos de viver universais, em mesmo quando se toma como exemplo uma única pessoa: essa pessoa vive de modos variados o que supõe ser sua vida. (LIMA; MÉLLO, 2012, p. 191)

É necessário ponderar que a construção de uma identidade de gênero é, antes de tudo, um processo de luta e resistência que subverte ao poder estabelecido (FOUCAULT, 1999) e é protagonizado tanto pelos movimentos feministas, quanto por outros movimentos sociais. Dentro desse contexto, vale-se ressaltar ainda que, como afirmou Elizabeth Souza-Lobo (1991, p. 247) que “frequentemente as análises ignoraram que os principais atores nos movimentos populares eram, de fato, atrizes”, portanto as mulheres, integrantes fundamentais destes movimentos (ora de redemocratização do regime estatal), são, neste momento, inseridas no

² Levando em consideração o modelo patriarcal predominante no país no século XX, a partir de meados da década de 60, apesar de novos arranjos familiares serem estudados e aceitos como tipos de família, o patriarcado, ainda que de forma mais incipiente, continua regindo o que é tido como “família modelo”.

³ Como exemplo disto, uma pesquisa, realizada pela ONU Mulheres e o portal PapodeHomem, com viabilização do Grupo Boticário em 25 de outubro de 2016, mostra que 95% das mulheres e 81% dos homens entrevistados concordam com a afirmação de que a sociedade é machista.

meio social enquanto agente público-coletivo e não mais restringida ao campo doméstico, sendo, pois, fator de impulsionamento à evolução no quesito desigualdade de gênero.

Em uma pesquisa realizada por Costa (2011) na cidade de Itaitinga/Ceará, na Casa de Privação Provisória de Liberdade (CPLL, III), era perguntado aos homens, que cumpriam pena por terem praticado algum ato de violência contra a mulher, porque eles haviam realizado tal ato e todos atribuíram a culpa às mulheres (vítimas) e, geralmente estava relacionada a um papel tido como “feminino” que não fora realizado no exato momento da ordem proferida. Ou seja, ao sentir seu poder, enquanto homem, ameaçado, os entrevistados dão ensejo a atos de violência como lesões corporais e até o caso extremo de feminicídio por se acharem respaldados para tal.

Além dessa interface cruel que se desdobra desse tipo de desigualdade, ainda pode-se exemplificar outras ramificações. Segundo o Retrato das Desigualdades de Gênero e Raça com base em séries históricas de 1995 a 2015, as mulheres trabalham em média 7,5 horas a mais que os homens por semana. Em 2015, a jornada total média das mulheres era de 53,6 horas, enquanto a dos homens era de 46,1 horas. Em relação às atividades não remuneradas, mais de 90% das mulheres declararam realizar atividades domésticas – proporção que se manteve quase inalterada ao longo de 20 anos, assim como a dos homens (em torno de 50%). Além disso, no geral, as mulheres, geralmente, têm dupla jornada (trabalham realizando afazeres domésticos e fazem as atividades ligadas a alguma profissão realizada antes de chegar a sua casa), sendo estes fatores salutarés à análise quando da indicação da necessidade de políticas públicas que dirimam a desigualdade de gênero existente.

Um dos elementos constitucionais que é, veementemente, desrespeitado no decorrer dessas violações aos direitos das mulheres é a dignidade no seu sentido amplo, pois ela rompe, não só uma concepção de gênero, mas também com os pressupostos de uma dignidade baseada na condição humana de cada indivíduo.

Sarlett (2001 p. 121) assevera sobre a dignidade que:

Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humanos.

As conquistas realizadas pelas mulheres no âmbito constitucional são, claramente, um marco, tanto para o movimento feminista quanto para as mulheres de maneira ampla. Alguns dispositivos legais evidenciam tais ganhos e podem ser ilustrados, segundo Flávia Piovesan (2014, pp. 3-4) por:

a) a igualdade entre homens e mulheres de maneira ampla (art. 5º, I) e, no âmbito da família (art. 226, § 5º); b) a concepção de união estável como entidade familiar (art. 226, § 3º, regulamentado pelas Leis nº 8.971, de 29 de dezembro de 1994 e nº 9.278, de 10 de maio de 1996); c) a proibição da discriminação no mercado de trabalho, por motivo de sexo ou estado civil (art. 7º, XXX, regulamentado pela Lei nº 9.029, de 13 de abril de 1995, que proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização e outras práticas discriminatórias para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho); d) a proteção especial da mulher no mercado de trabalho, mediante incentivos específicos (art. 7º, XX, regulamentado pela Lei nº 9.799, de 26 de maio de 1999, que insere na Consolidação das Leis do Trabalho regras sobre o acesso da mulher ao mercado de trabalho); e) o planejamento familiar como uma livre decisão do casal, devendo o Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito (art. 226, § 7º, regulamentado pela Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996, que trata do planejamento familiar, no âmbito do atendimento global e integral à saúde); e f) o dever do Estado de coibir a violência no âmbito das relações familiares (art. 226, § 8º, tendo sido prevista a notificação compulsória, em território nacional, de casos de violência contra a mulher que for atendida em serviços de saúde públicos ou privados, nos termos da Lei nº 10.778, de 24 de novembro de 2003, bem como adotada a Lei “Maria da Penha” – Lei nº 11.340, de 7 agosto de 2006, para a prevenção e o combate da violência contra a mulher). Além desses avanços, merece ainda destaque a Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997, que estabelece normas para as eleições, dispondo que cada partido ou coligação deverá reservar o mínimo de 30% e o máximo de 70% para candidaturas de cada sexo. Adicione-se, também, a Lei nº 10.224, de 15 de maio de 2001, que ineditamente dispõe sobre o crime de assédio sexual. (PIOVESAN, 2014, pp. 3-4)

Para além das garantias constitucionais que influíram positivamente na melhoria do cenário exposto até então, é necessário que se pontue a evolução da “agenda” de gênero no Brasil e políticas públicas que tratem deste viés.

3. Políticas Públicas

Antes de mais nada, analisando todas os argumentos trazidos até o momento, é necessário sobrepor as concepções mais relevantes sobre o conceito de políticas públicas: Para Mead (1995), É um campo dentro do estudo da política que analisa o governo à luz de grandes questões públicas. Lynn (1980) a define como um conjunto específico de ações do governo que irão produzir efeitos específicos. Peters (1986) segue o mesmo veio: política pública é a soma das atividades dos governos, que agem diretamente ou através de delegação, e que influenciam a vida dos cidadãos.

A definição mais conhecida continua sendo a de Laswell, ou seja, “decisões e análises sobre política pública implicam em responder às seguintes questões: quem ganha o quê, por que e que diferença faz.”⁴

Junto à Constituição Federal de 1988, começou, por influência e luta dos movimentos feministas que emergiram no Brasil nesta época, um momento de ascensão gradual da problemática que trata das desigualdades de gênero na agenda governamental e passa a

⁴ Há mais de 40 anos atrás, Bachrach e Baratz (1962) mostraram que não fazer nada em relação a um problema também é uma forma de política pública.

contemplar várias áreas onde a desigualdade de gênero reforça desigualdade sociais de maneira geral.

Como observa Leila Linhares Barsted (2001, p.35):

O movimento feminista brasileiro foi um ator fundamental nesse processo de mudança legislativa e social, denunciando desigualdades, propondo políticas públicas, atuando junto ao Poder Legislativo e, também, na interpretação da lei. Desde meados da década de 70, o movimento feminista brasileiro tem lutado em defesa da igualdade de direitos entre homens e mulheres, dos ideais de Direitos Humanos, defendendo a eliminação de todas as formas de discriminação, tanto nas leis como nas práticas sociais. De fato, a ação organizada do movimento de mulheres, no processo de elaboração da Constituição Federal de 1988, ensejou a conquista de inúmeros novos direitos e obrigações correlatas do Estado, tais como o reconhecimento da igualdade na família, o repúdio à violência doméstica, a igualdade entre filhos, o reconhecimento de direitos reprodutivos, etc.

Para a realização deste tipo de política afirmativa, é necessário que se identifique grupos de risco que subsumam suas necessidades aos benefícios oferecidos e vice-versa. Para ilustrar, a partir de um panorama traçado preocupado em abarcar os segmentos mais pungentes com relação a desigualdade de gênero, serão analisadas três áreas de políticas públicas, que tem tido mais espaço no Brasil, como foco específico: saúde, violência e geração de emprego e renda.

Em se tratando do setor saúde, podem ser citados, como referências, o Programa de Atenção à Mulher na Terceira Idade, de Londrina (PR), o Centro de Atenção Integral à Saúde Mulher (RJ) e o programa Uma Mudança no Paradigma de Atenção à Saúde, de Vitória (ES), que desenvolvem ações que cuidam de temas como sexualidade, planejamento familiar e orientações sobre os períodos de climatério e menopausa. Também ganharam espaço os programas Mãe Canguru, de Pernambuco e o Projeto Casulo que visam assistir a mulheres gestantes e a seus filhos como grupo de enfoque, apesar do PAISM (Programa de Atenção Integral à Saúde da Mulher prezar por um cuidado que não apenas atribua o papel social de mãe à mulher, mas que o foco seja na sua saúde de maneira mais generalizada.

Desde os anos 80, a violência contra a mulher tomou lugar como tema que - mais do que - merecia importância nas pautas das políticas públicas que tratassem de desigualdade de gênero. Foram implantadas, além das delegacias da mulher, *casas da mulher* que tem como escopo ajudar mulheres a se protegerem de novas violações - principalmente nos casos de violência doméstica.

O que caracteriza tais programas é o seu caráter integral, ou seja, ele não está preocupado apenas em fazer cessar aquela situação de vulnerabilidade a qual a mulher está exposta, mas também, afastá-la dessa situação a fim de que ela não volte a sofrer, novamente tal violação, mas também emponderá-las, proporcionando, de maneira efetiva, uma possibilidade emancipatória da tutela marital.

Para além destes dois seguimentos que foram analisados, é importante ressaltar os programas que procuram combater a pobreza tendo como público-alvo a mulher. Há que se considerar que não focalizar grupos específicos de mulheres, faz com que a finalidade da política pública, enquanto garantidora da equiparação entre os gêneros se perca. Existem grupos femininos que apresentam um maior grau de vulnerabilidade como mulheres negras, mães solteiras e “chefes” de família, então a focalização numa perspectiva mais focalizadora faz com que haja a chamada multiplicação de direito por especificação (BOBBIO, 1992, pp. 68-69).

Conclusão

A problemática trazida em pauta enseja uma discussão que perpassa, além da necessidade de políticas públicas que almejem alcançar a igualdade de gênero, chegando a focalização do público que deverá ser beneficiário destas.

Depois de ponderar sobre estes pontos resta demonstrada a importância das políticas públicas que combatem desigualdade de gênero no Brasil fazendo com que os lugares comuns de partida sejam equiparados e, que, gradativamente, se extinga tal parâmetro desigual.

Ainda há que se pontuar a relevância da continuidade destas políticas afirmativas, visto que o resultado se constrói ao longo do implemento e funcionamento deste tipo de ação social.

Após uma análise aprofundada dos vieses que necessitam de uma intervenção efetiva destas políticas públicas com relações a questões de gênero, também é interessante que haja uma ampliação destes programas que lograram êxito.

Em suma, a discussão abordada está longe de ser exaurida, contudo, o objetivo do referido artigo, quer seja a ponderação sobre o papel das políticas públicas de gênero, foi alcançado com êxito, buscando-se, assim, a corroboração do fato gerador das políticas afirmativas analisadas no decorrer dos tópicos abordados.

Referências

- ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Martin Claret. São Paulo, 2003.
- BACHRACHB, P. e BARATZ, M. S *apud* SOUZA, Celina. **Políticas Públicas: uma revisão da literatura**. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/soc/n16/a03n16>> Acesso em 10 de outubro de 2017.
- BARSTED, Leila Linhares. **A Legislação civil sobre família no Brasil**. In: As Mulheres e os Direitos Civis. Coletânea Traduzindo a legislação com a perspectiva de gênero. Rio de Janeiro: Cepia, 1999.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 11. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BUTLER, Judith, **Problemas de gênero**, Civilização brasileira, 2010. Disponível em <www.saiosdegenero.wordpress.com>
- COSTA. Renata Gomes da. **Prisão e ressignificação da violência: a punição e o enfrentamento em violência contra a mulher**. Trabalho de Conclusão de curso de graduação em Serviço Social da UECE. Fortaleza.
- COSTA, Renata Gomes da. SILVERA, Clara Maria Holanda. MADEIRA, Maria Zelma de Araújo. **Relações de gênero e poder: Tecendo caminhos para a desconstrução da subordinação feminina**.
- FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade: curso no Collège de France (1975-1976)**. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- GALUPPO, Marcelo Campos. **Igualdade e diferença: Estado democrático de direito a partir do pensamento de Habermas**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.
- IPEA, **Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada**. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br/retrato/>> Acesso em 15 de outubro de 2017.
- LASWELL, H.D. *apud* SOUZA, Celina. **Políticas Públicas: uma revisão da literatura**. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/soc/n16/a03n16>> Acesso em 10 de outubro de 2017.
- LIMA, Danúbia Valéria Rodrigues de. Sobre morte e gênero: uma análise dos papéis de gênero no contexto funerário dos sítios Justino-se e Furna do Estrago-PE. Disponível em: <<http://repositorio.ufpe.br/bitstream/handle/123456789/10303/Vers%C3%A3o%20digital.pdf?sequence=1&isAllowed=y>> Acesso em 10 de outubro de 2017.
- LIMA, Mária Lúcia Chaves; MÉLLO, Ricardo Pimentel. **As Vicissitudes da Noção de Gênero: por uma concepção estética e antiessencialista**. *Gênero na Amazônia*, Belém, n. 1, jan./jun.,2012.
- LOURO, Guacira Lopes. **Gênero, sexualidade e educação: uma perspectiva pós estruturalista**. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 1997.
- LYNN L. E. *apud* SOUZA, Celina. **Políticas Públicas: uma revisão da literatura**. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/soc/n16/a03n16>> Acesso em 10 de outubro de 2017.
- MEAD, L. *apud* SOUZA, Celina. **Políticas Públicas: uma revisão da literatura**. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/soc/n16/a03n16>> Acesso em 10 de outubro de 2017.
- NICHOLSON, Linda. **Interpretando o gênero**. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/view/11917/11167>> Acesso em 01 de outubro de 2017.

ONU Mulheres, Disponível em: <<http://www.onumulheres.org.br>> Acesso em 10 de outubro de 2017.

PETERS, B. G *apud* SOUZA, Celina. **Políticas Públicas: uma revisão da literatura.** Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/soc/n16/a03n16>> Acesso em 10 de outubro de 2017.

PIOVESAN, Flávia. **Igualdade de Gênero na Constitucional Federal: Os Direitos Cíveis e Políticos das Mulheres no Brasil.** Disponível em <<https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/outraspublicacoes/volume-i-constituicao-de-1988/principios-e-direitos-fundamentais-igualdade-degenero-na-constituicao-federal-os-direitos-civis-e-politicos-das-mulheres-do-brasil>> Acesso em 15 de setembro de 2017.

PULEO, Alicia H. **Filosofia e gênero: da memória do passado ao projeto de futuro.** Disponível em: <<http://library.fes.de/pdf-files/bueros/brasilien/05630.pdf>> Acesso em 13 de setembro de 2017.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça.** Tradução Almiro Pisetta e. Lenita M. R. Esteves. São Paulo : Manins Fontes. 1997.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Apud* PULEO, Alicia H. **Filosofia e gênero: da memória do passado ao projeto de futuro.** Disponível em: <<http://library.fes.de/pdffiles/bueros/brasilien/05630.pdf>> Acesso em 13 de setembro de 2017.

SAFFIOTI, H. I.B. **Violência de Gênero no Brasil Atual.** Revista Estudos Feministas / CIEC/ECO/UFRJ n. especial – 2º semestre, Out., 1994.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 2ª ed. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2001.

SCOTT, Joan. **Gênero: uma categoria útil de análise histórica.** In: Educação e Realidade. Porto Alegre, v.16, n.2, p., 5-22, jul/dez., 1990.

SOUZA-LOBO, Elizabeth. **A classe operária tem dois sexos: trabalho, dominação e resistência.** São Paulo, Brasiliense, 1991.

TERUYA, Marisa Tayua. **A família na historiografia brasileira. Bases e perspectivas teóricas,** 2016. Disponível em <<http://www.abep.org.br/~abeporgb/publicacoes/index.php/anais/article/viewFile/1041/1006>> Acesso em 29 de setembro de 2017.

VAZ, Faustino. **A teoria da justiça de John Rawls,** in Crítica. Disponível em: <http://criticanarede.com/pol_justica.html> Acesso em 2 de setembro de 2017.

VILANI, Maria Cristina Seixas. **Origens medievais da democracia moderna.** Belo Horizonte: Inédita, 2000.

WEFFORT, Francisco C. **Os clássicos da política,** 14.ed., São Paulo, Ática, 2011.

O PROCESSO DE JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO E A LEGITIMAÇÃO SOCIAL DO ABUSO DA FORÇA POLICIAL: UMA ANÁLISE A PARTIR DO ESTUDO DA LEI DE ANISTIA

Victória Germana de Moura Neves¹
Prof. Msc. Emerson Francisco de Assis²

Resumo

Este artigo tem como finalidade o estudo da Lei de Anistia e o respectivo impacto no que concerne ao processo de redemocratização do Estado brasileiro e da efetivação da Justiça de Transição, abrangendo a relação com o fenômeno do perdão, defesa e legitimação a partir da sociedade a respeito da violência da polícia militar. Explora os seguintes tópicos: 1) Um breve conceito sobre a Justiça de Transição; 2) A Constituição da República Federativa do Brasil e a Lei de Anistia no tempo; 3) O Caso Gomes Lund e Outros (“Guerrilha do Araguaia”) Vs. Brasil 4) A violência policial e a sociedade civil; A hipótese é a de que a Lei de Anistia tem afetado o processo de Justiça de Transição, se refletindo isso na cultura de defesa da violência policial que o Brasil apresenta, sendo os autores de tais abusos de autoridade “perdoados” pela sociedade civil. Adotando uma pesquisa interdisciplinar com variadas fontes - análise de conteúdo, pesquisa bibliográfica, pesquisa documental, pesquisa explicativa - utiliza-se de metodologia combinada. Trata-se de uma documentação indireta que abarca o método hipotético-dedutivo. É compreendido que a lentidão do processo de redemocratização acabou por, quase que imperceptivelmente, reafirmar um caráter de impunidade. Além disso, fixou ainda mais no imaginário dos brasileiros a premissa de que a violência estatal é justificada em prol da segurança e do progresso da nação. Portanto, ainda que o Supremo Tribunal Federal declare que a Lei de Anistia não é inconstitucional, é perceptível que ela interfere no processo de democratização pretendido a partir da elaboração da Constituição da República Federativa Brasileira de 1988. Ainda, ela reafirma a cultura de violência empregada por forças estatais legitimada já no contexto do regime militar, implicando em diversas violações dos direitos humanos.

Palavras-chaves: Justiça de Transição. Lei de Anistia. Força Policial. Sociedade Civil.

Introdução

Este artigo tem como finalidade o estudo da Lei de Anistia e o respectivo impacto no que concerne ao processo de redemocratização do Estado brasileiro e da efetivação da Justiça de Transição, abrangendo a relação com o fenômeno do perdão, defesa e legitimação a partir da sociedade a respeito da violência da polícia militar.

Os anos que perduraram a Ditadura Militar foram bastante densos. A perseguição política, a alienação e a censura cegaram toda uma sociedade civil. Qualquer

¹ Graduanda no curso de Direito do e integrante do grupo de projeto de pesquisa “O SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS E O PROCESSO DE JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO NO BRASIL, ARGENTINA E CHILE”, realizada pelo respectivo Centro Universitário.

² Doutorando em Direito e Mestre em Ciência Política pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Professor do Centro Universitário Tabosa de Almeida, em Caruaru – PE. Professor orientador do presente artigo.

manifestação contra um ato do governo, ou contra o próprio governo em si, já era motivo suficiente para criar uma prematura ideia de que protestantes são arruaceiros, baderneiros e tendentes ao crime. Ao mesmo passo que, com a propaganda militar e a manipulação da mídia, foi criada uma falsa sensação de segurança, garantida esta pelos agentes de governo, principalmente a polícia militar, que não permitiria que qualquer delito fosse cometido. Tratava-se, pois, de uma aparência mantida com a ajuda midiática. O governo que pregava ordem era bem visto pela sociedade, ao menos durante a primeira década. O temor às forças policiais e armadas sustentava a sociedade de forma que ela acreditasse se manter num pilar de paz e segurança, ainda que, para isso, fosse preciso aceitar e cumprir o que fosse imposto sem questionar.

Após os desaparecimentos de civis e casos de abuso de autoridade, o regime passou a ser visto com outros olhos. Com a extinção do AI-V, iniciado o processo de abertura “lenta, gradual e segura” à democracia relativa e concedida anistia geral, com a Lei 6.683/79, uma série de perguntas surge: por que perdoar tais atrocidades? Quais as futuras consequências? Seria esta a melhor forma de se alcançar a tão almejada democracia? A hipótese é a de que a Lei de Anistia tem afetado o processo de Justiça de Transição, se refletindo isso na cultura de defesa da violência policial que o Brasil apresenta, sendo os autores de tais abusos de autoridade “perdoados” pela sociedade civil.

A lentidão do processo de redemocratização, caracterizada pelos longos intervalos entre as medidas de “justiça” quanto às brutalidades cometidas pelos militares, acabou por, quase que imperceptivelmente, reafirmar um caráter de impunidade. Além disso, fixou ainda mais no imaginário dos brasileiros a premissa de que a violência estatal é justificada em prol da segurança e do progresso da nação.

Sendo assim, pode-se verificar uma deficiência em torno do processo de Justiça de Transição, marcada pela Lei de Anistia, pela demora até finalmente ser criada a Comissão Nacional da Verdade e através do fenômeno que é a legitimação a partir da sociedade quanto à violência policial. Discursos intolerantes feitos por civis em defesa de ser aplicada a pena de morte e em defesa de um novo golpe militar têm se tornados comuns no cotidiano da sociedade brasileira.

Adotando uma pesquisa interdisciplinar com variadas fontes - pesquisa bibliográfica, pesquisa documental, pesquisa explicativa - utiliza-se de metodologia combinada. Trata-se de uma documentação indireta que abarca o método hipotético-dedutivo.

1. Um breve conceito sobre a Justiça de Transição

A abordagem mais clássica sobre a Justiça de transição refere-se a ela como um processo que visa estabelecer uma ponte para superar um passado autoritário e direcionar a sociedade em questão para um futuro de democracia e paz. A partir de tomadas de decisões políticas e judiciais, objetiva a reparação de direitos humanos violados e da própria justiça. Ela tem como vertentes inerentes a si: o direito à memória e à verdade, à justiça, à reparação e à reforma Institucional (QUINALHA, 2013).

Um dos propósitos da Justiça Transicional, segundo Ruti Teitel (2011), é o de construir uma história alternativa como resposta a um passado abusivo, sendo este o modelo restaurativo. Conseqüentemente, a verdade e a justiça estão intimamente relacionadas entre si, surgindo, a partir daí, as comissões da verdade para investigar e divulgar abusos cometidos em detrimento dos direitos humanos. Contudo, o objetivo primordial dessas comissões é o de promover a paz. Isso gera um conflito de interesses entre oferecer a verdade e o Estado Democrático de Direito, e oferecer a paz (TEITEL, 2003). Este é um levantamento que será abordado mais brevemente neste artigo.

As dimensões da Justiça de Transição são categorizadas em três fases. A primeira, pós-guerra, trata do momento imediato ao fim da Segunda Grande Guerra, quando se discutiam sobre se e como a Alemanha deveria ser punida: nacional ou internacional, coletiva ou individual. Caracteriza-se por ter inovado ao utilizar-se do Direito Internacional e por ter alcançado não somente o Estado, mas também o indivíduo. A segunda fase, pós-Guerra Fria, iniciou com a liberalização do cone sul da América do Sul, do Leste Europeu e da América Central. Em países da América Latina, os governos partiram para a luta armada a fim de poderem escolher a política de justiça a vigor, pondo, novamente, em evidência a questão se a Justiça de Transição promove o Estado Democrático de Direito. Por fim, a terceira fase é presente, se caracterizando por guerras em tempos de paz e civilização, Estados fragilizados, fragmentação política, etc. Nesta fase, é possível notar a alta politização do Direito, sendo praticamente dificultosa a distinção entre política e Direito (TEITEL, 2011). Contudo, pode-se dizer que a questão dos Direitos Humanos está mais evidente e sendo cada vez mais discutida, sendo possível apontar e estudar melhor as falhas do Estado e as possíveis violações que ele comete.

2. A Constituição da República Federativa do Brasil e a Lei de Anistia no tempo

O art. 1º da Constituição de 1988, em seu caput, introduz:

A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito [...] (BRASIL, 1988).

O Estado Democrático de Direito é compreendido como uma condição em que se encontra um Estado pautado pela Democracia, havendo um sistema de freios e contrapesos em relação aos poderes do Estado cujo uma das principais preocupações é o próprio cidadão, possuidor de direitos. Tem como um dos propósitos garantir a igualdade material entre todos os que estão sob a Lei, a qual também tem o dever de limitar o poder estatal. O Estado é o detentor do monopólio de poder, sendo este emanado do povo. O seu papel é garantir que ele seja bem aplicado a fim de proporcionar uma convivência pacífica e justa (JUSBRASIL, 2015).

Todavia, é bem sabido que o Brasil possui determinadas anomias enraizadas na forma de administrar o país. A mais evidente é, sem dúvida, a violência, que aparenta crescer cada vez mais. Culpam a corrupção por reduzir os recursos que poderiam ser utilizados na erradicação da criminalidade, porém esquecem da origem e das possibilidades de prevenção (as quais não serão discutidas por não serem objetos de nosso estudo), e, mais importante para o artigo em questão, talvez não percebam que proferir ideias e palavras como “bandido bom é bandido morto” apenas perpetuam a cultura de violência.

Durante o regime ditatorial brasileiro, em 1979, foi criada, pelo então presidente João Figueiredo, a Lei de Anistia (Lei Nº 6.683/79, de 28 de agosto de 1979). Sendo assim:

Art. 1º É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexos com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de fundações vinculadas ao poder público, aos Servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos Militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares (BRASIL, 1979).

Tal lei, que continua em vigor, sugere um “esquecimento” das atrocidades cometidas no contexto do Regime Ditatorial a fim de que seja alcançada a democracia de forma mais efetiva. Contudo, criar tal lei significa atribuir impunidade aos agentes do Estado que, supostamente, teriam agido para manter a ordem e a segurança dos cidadãos frente a uma ameaça comunista, segundo a propaganda da época divulgava. O ufanismo utilizado ajudava a mascarar a realidade sangrenta e a censura usada para preservar os bons valores e costumes. O fato de a população, ao menos a princípio, acreditar estar vivendo uma boa vida ofertada e protegida pela Ditadura Militar sugere que essa seja a

justificação para segmentos da sociedade da época e da sociedade brasileira atual ainda ser a favor de um Golpe Militar. Exemplos disso são o aumento do PIB durante o regime, bem como os pequenos índices de violência apresentados e a geração de empregos, principalmente na área da construção civil, que dissimularam a corrupção e os abusos de poder cometido à época.

Após pouco mais de 26 anos do fim da ditadura através da Lei 12.528/2011, foi criada a Comissão Nacional da Verdade (CNV), com o intuito de realizar investigações durante dois anos para esclarecer e tornar públicas as realidades das perseguições, morte e desaparecimentos (BRASIL, 2011):

Art. 3º São objetivos da Comissão Nacional da Verdade:

I - Esclarecer os fatos e as circunstâncias dos casos de graves violações de direitos humanos mencionados no caput do art. 1º (BRASIL, 2011).

A criação da CNV foi e é de extrema importância. Todavia, a lacuna de tempo entre o fim da Ditadura e a criação da Comissão, e a concorrência com a Lei de Anistia, que não permite uma penalização dos agentes estatais, configuram uma sensação de impunidade.

A Anistia Internacional (2012), em seu texto *Brazil: submission to the UN Universal Period Review 13th Session of the UPR Working Group, May-June 2012*, faz uma breve análise sobre a Lei de Anistia e a Comissão Nacional da Verdade:

At the same time, Amnesty International notes that while the creation of a Truth Commission may prove an important step for human rights, upholding the 1979 Amnesty Law may limit its ability to provide justice for past atrocities³.[...] The creation of such a commission is welcomed, though concerns remain that the limitations placed on it, most notably upholding the 1979 Amnesty law, will not provide justice for thousands killed, disappeared or tortured (INTERNATIONAL AMNESTY, 2012).

A própria Anistia Internacional faz um apelo referente às existências concorrentes da Lei de Anistia e da Comissão Nacional da Verdade, sendo esta de um avanço democrático, enquanto aquela ainda apresenta tamanho retrocesso. A coexistência de ambas é contraditória e não permite que a justiça seja efetivada, além de confundir o

³ “Ao mesmo tempo, a Anistia Internacional nota que enquanto a criação da Comissão da Verdade deve provar um importante avanço para os direitos humanos, defender a Lei e Anistia de 1979 deve limitar sua habilidade em prover justiça pelas atrocidades passadas. {...} A criação de tal comissão é bem-vinda, embora as preocupações subsistam quanto às limitações postas a ela, mais notavelmente a defesa da Lei de Anistia de 1979, que não irão prover justiça para os milhares mortos, desaparecidos ou torturados (Tradução livre)”.

sistema de Direito e o sentimento nacional quanto à Constituição (AMNESTY INTERNATIONAL, 2012).

3. O Caso Gomes Lund e Outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil

Em 26 de Março 2009, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos entrou com uma ação contra a República Federativa do Brasil em face da responsabilização do Estado brasileiro pelas seguintes acusações: detenção arbitrária, tortura e desaparecimento forçado de 70 pessoas, oponentes do regime militar. Essas ações foram o resultado de uma série de operações do Exército brasileiro compreendidas entre 1972 e 1985, no contexto da Ditadura Militar. (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2010). Durante o procedimento perante a Corte, foram levantados pontos a respeito da Lei de Anistia e o caráter de impunidade que a ela é característico (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2010). Em sua sentença condenatória, a Corte Interamericana de Direitos Humanos declarou, por unanimidade, que:

As disposições da Lei de Anistia brasileira que impedem a investigação e sanção de graves violações de direitos humanos são incompatíveis com a Convenção Americana, carecem de efeitos jurídicos e não podem seguir representando um obstáculo para a investigação dos fatos do presente caso, nem para a identificação e punição dos responsáveis, e tampouco podem ser igual ou semelhante impacto a respeito de outros casos de graves violações de direitos humanos consagrados na Convenção Americana ocorridos no Brasil (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2010).

A Corte entendeu que, enquanto a Lei de Anistia impedir a responsabilização dos que cometeram violações de direitos humanos, esta será, portanto, vista como um empecilho quanto às obrigações internacionais do país. Seria ela, portanto, uma grotesca violação tanto ao direito humanitário quanto à adequação do direito interno à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, da qual o Brasil é signatário. A Corte requereu que o Estado revisasse a Lei 6.683/79 (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2010).

Na mesma época, a Ordem dos Advogados Do Brasil interpôs uma ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, de nº.153, solicitando ao STF que confira à Lei de Anistia uma interpretação conforme com a Constituição. O STF declarou que a mesma lei não é inconstitucional (STF, 2010).

Um fato ainda não devidamente divulgado é que a Lei 6.683/79 não foi o resultado de um processo democrático. O que o Supremo Tribunal Federal alega é que a anistia

concedida foi necessária para um avanço democrático no país e que seu caráter bilateral também beneficia os opositores do Regime Ditatorial que cometeram crimes políticos. No entanto, não ocorreu uma negociação equilibrada, tendo em vista que não foram consideradas as necessidades reivindicadas por seus destinatários. Isso se reflete, por exemplo, na impossibilidade de punição dos agentes estatais que cometeram tais violações à época do Regime (STF, 2010).

Ainda que tenha sido criada a Comissão Nacional da Verdade, permitindo que fossem investigadas as violações e respeitadas a memória e a verdade, o caráter de impunidade ainda permanece em face da Lei de Anistia e do princípio de irretroatividade da lei, salvo para beneficiar o réu (BRASIL, 1988).

Permitir que a Lei de Anistia continue em vigor e surtindo efeitos seria contradizer a própria Constituição que, no referente artigo 1º, declara como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana e, no artigo 4º, como um dos seus princípios a prevalência dos direitos humanos (BRASIL, 1988).

4. A violência policial e a sociedade civil

Nos anos da Ditadura Militar, era propagado que teriam se reduzidos os índices de violência. Esses números eram apenas uma forma de manter a elite da época, maior privilegiada do regime, sob uma falsa sensação de segurança a fim de se perpetuar o apoio proveniente dessa classe. Na verdade, o que ocorria já nessa época, além do surgimento das Polícias Militares, era o que se chama de “limpeza social”. A desculpa de que estariam fazendo um serviço público através dos homicídios, principalmente, dos habitantes de periferias que eram tidos como indesejáveis somente serviu para que a polícia executasse cada vez mais. Quem pertencia à elite acreditava estar sendo controlada a violência pelos “esquadrões da morte”.

O que não se exibiam, também, era o fato de ter sido a desigualdade social aumentada e, com isso, a criação desenfreada de favelas na mesma proporção. Havia uma perseguição policial a negros e pobres. Mortes eram executadas contra eles constantemente. (UOL, 2014). Em São Paulo, no período compreendido entre 1960 e 1985, por exemplo, consta, oficialmente, pelo menos 1.194 pessoas foram assassinadas pela polícia em intervenções legais (INSTITUTO VLADIMIR HEZORG).

A prática da tortura e a violência policial acabou sendo enraizada e entendida como comum e até necessária para garantir a segurança da população civil. Por não mais

atingir o mesmo segmento da sociedade que o da época da ditadura – a classe média – a prática da violência policial se torna tolerada, especialmente, quando dirigida à classe negra e pobre do país, visto que boa parte dos criminosos pertence a ela. De fato, ela não é institucionalizada, mas, ainda assim, alguns agentes isolados que praticam tais atos são perdoados e vistos até como heróis.

Em 1997, um fato repercutiu o país. Denunciado em rede nacional televisiva, o Caso Favela Naval se tornou um verdadeiro divisor de águas se tratando de força policial e direitos humanos. As filmagens amadoras delatavam episódios de violências cometidas por policiais na Favela Naval, em Diadema, SP. As imagens mostravam golpes de cassetete e até execuções extrajudiciais de moradores sem motivação aparente. Os agentes foram responsabilizados e punidos, o governo federal criou a Secretaria Nacional de Direitos Humanos e a Polícia Militar mudou o regime de treinamento dos PM's.

Entretanto, se por um lado a violência policial cometida por alguns agentes choca o país, por outro ela é fortemente defendida e requerida. Alguns segmentos da população acreditam haver uma carência na quantidade de execuções extrajudiciais e da possibilidade de ser aplicada uma pena de morte. Comumente, manifestações a favor da revogação do Estatuto do desarmamento e apoios a políticos de extrema direita e reacionários, como Jair Bolsonaro, têm se tornado um reflexo da cultura de violência e impunidade (CARTA CAPITAL, 2017).

Diante da sensação de abandono, característica da atual crise na segurança pública, os números de linchamentos e da chamada “justiça com as próprias mãos” têm aumentado e sido estimulados pelos próprios civis e pela mídia para que continuem a crescer. Um caso simbólico é o referente a um discurso proferido em 2014 pela jornalista Rachel Sheherazade, que emitiu as seguintes palavras:

O contra-ataque aos bandidos é o que chamo de legítima defesa coletiva. Aos defensores dos direitos humanos que se apiedaram do marginalzinho [*sic!*] preso no poste, lanço uma campanha: faça um favor ao Brasil, adote um bandido (SHEHERAZADE, 2014).⁴

A jornalista mencionava um fato ocorrido na Zona Sul do Rio de Janeiro, onde um adolescente negro acusado de roubo foi espancado e amarrado nu a um poste. O caso chocou o país e dividiu opiniões, ao mesmo tempo em que pareceu ter sido legitimada a ação dos ‘justiceiros’, tendo se tornado algo cada vez mais repetitivo.

Em tempos de deficiências na segurança pública, qualquer ação que aparente

⁴ O pronunciamento foi realizado em rede nacional durante a transmissão de um telejornal

justiça e confira um caráter de punição é bem-vinda na perspectiva da sociedade. Por isso, quando agentes cometem abusos policiais, eles são compreendidos como funcionários que estão cumprindo o dever e o clamor social. Um exemplo disso é a aprovação da atitude de policiais que teriam executado dois suspeitos de tráfico que estavam caídos, feridos e desarmados no Rio de Janeiro. No sítio do Jornal Nacional, é possível ter acesso, através dos comentários da página, a discursos proferidos por civis que saúdam e bem recebem execuções arbitrárias de suspeitos e criminosos (JORNAL NACIONAL, 2017).

Há uma ideia de que pagar o crime com mortes e torturas, instaurando uma atmosfera de medo, será eficiente para evitar que novas infrações sejam cometidas. Esse é nada mais que um resquício da Ditadura Militar, que utilizava o temor como forma de prevenção ao crime, e da Lei de Anistia, que perdoou os que cometeram violações aos Direitos Humanos devido ao regime político e pela segurança nacional. Esse é um discurso notavelmente utilitarista.

Sobre a impunidade, característica comum dessas violações, a Anistia Internacional trata:

The lack of effective systems for registering, investigating and monitoring cases of excessive use of force by the police have virtually institutionalized impunity. This has contributed to the high numbers injured or killed by law enforcement agents. [...] The endemic culture of human rights violations and impunity, which characterizes policing in Brazil, has fostered criminality amongst law enforcement agents ⁵ (AMNESTY INTERNATIONAL, 2012).

O sistema de segurança pública está, portanto, falho em diversos aspectos relativos a procedimentos que deveriam ser realizados para monitorar o uso da força policial e evitar abusos de poder e o respectivo aumento da criminalidade. A impunidade, portanto, encontra nestas falhas mais um fundamento para que ela se perpetue no meio policial.

Conclusão

A cultura da violência está definitivamente enraizada na sociedade brasileira desde períodos de séculos passados. A militarização das forças policiais e da segurança pública permanece amplamente defendida por civis e pelo próprio Estado, através dos

⁵ “A falta de um sistema efetivo de registro, investigação e monitoramento de casos de uso excessivo da força pela polícia tem virtualmente institucionalizado a impunidade. Isso tem contribuído com os altos números de feridos e mortos por agentes de força da lei. [...] A cultura endêmica de violação dos direitos humanos e da impunidade, que caracteriza o policiamento no Brasil, tem estimulado a criminalidade entre os agentes de força da lei”. (Tradução livre)

governos estaduais. O imaginário brasileiro ainda cultua a ideia de que se responde à violência urbana com a violência repressiva. Combinado a isso, o período ditatorial militar brasileiro contribuiu bastante para a perpetuação da violência policial e da ideia de que as instituições devem punir severamente os que são suspeitos de cometer crimes, bem como contribuiu para a aceitação da tortura como algo natural e necessário.

O fato de ser encarada como plausível a atitude de um policial que utiliza de meios violentos para lidar com a violência apenas estimula a impunidade em relação aos agentes. Impunidade, essa, que também encontrou estímulo durante o regime militar, principalmente nos últimos anos deste, com a implantação da Lei de Anistia. O perdão concedido através dessa lei aos agentes estatais que agiram de forma autoritária e utilizando-se do abuso de poder para violar os direitos humanos ajudou a fortalecer a cultura de impunidade entre os que agentes da lei. Ademais, a Lei de Anistia não tem permitido que a Justiça de Transição, que tem como um dos propósitos abandonar um passado autoritário a fim de alcançar a democracia, a verdade e a justiça, seja integral e efetiva.

Os dados estudados comprovam que de nada adianta o autoritarismo de um regime defendido por muitos que acreditam que o Estado deva atuar de forma mais repressiva e menos piedosa para, então, reduzir os índices de violência. A violação dos direitos humanos e a instauração de uma atmosfera de medo não irão garantir que novos delitos sejam realizados.

Como foi introduzido anteriormente neste artigo, a Lei de Anistia, que, hodiernamente, permanece ainda vigente, é uma contradição da própria Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Também, ela não corresponde ao compromisso internacional afirmado pelo Brasil de zelar pelos direitos humanos, como a própria Corte Interamericana de Direitos Humanos já afirmou em 2010. Tal lei também não corresponde com os propósitos da Justiça de Transição de enfrentar o passado, oferecer justiça, reparação e reforma institucional, uma vez que os militares se auto-anistiarão, sem o devido julgamento.

Referências

AMNESTY INTERNATIONAL. **You killed my son: homicides by the Military Police in the city of Rio de Janeiro** (Index: AMR 19/2068/2015).

_____. **Time to deliver: A human rights review, Amnesty International Submission to the UN Universal Periodic Review, May-June 2012** (Index: AMR 19/019/2011)

ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. Violência no Brasil tem reflexos da impunidade dos crimes da ditadura. **Jusbrasil**. 28/08/2009. Disponível em: <<https://al-mg.jusbrasil.com.br/noticias/1798148/violencia-no-brasil-tem-reflexos-da-impunidade-dos-crimes-da-ditadura>>. Acesso em: 20 set. 2017.

BRASIL. **Lei Federal n.º 6.683/1979 (Lei de Anistia)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6683.htm>. Acesso em: 07 jul. 2017.

_____. **Lei Federal n.º 12.528/2011**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12528.htm>. Acesso em: 07 jul. 2017

_____. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 153. Constitucionalidade da Lei de Anistia**. Relator: Min. Eros Grau, 29/04/2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960>>. Acesso em: 05 jul. 2017.

_____. Senado Federal. **Projeto de Decreto Legislativo (SF) nº 175, de 2017**. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/130695>>. Acesso em: 17 out. 2017.

CALAÇA, Lucas. O estado democrático de direito à luz da Constituição Federal. **Jusbrasil**. 21/05/2015. Disponível em: <<https://lucascalaca71.jusbrasil.com.br/artigos/189932692/o-estado-democratico-de-direito-a-luz-da-constituicao-federal>>. Acesso em: 19 set. 2017

CAULT, Fernando. “Sociedade brasileira cultua a violência”. **Carta Capital**. 10/10/2017. Disponível em: < <https://www.cartacapital.com.br/sociedade/sociedade-brasileira-cultua-a-violencia>>. Acesso em: 12/10/2017.

COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE (CNV). **A CNV**. Disponível em: <<http://www.cnv.gov.br/index.php/institucional-acesso-informacao/a-cnv>>. Acesso em: 05 jul. 2017.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Sentença do Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) versus BRASIL. Jurisprudência; Casos Contenciosos**. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>>. Acesso em 10 ago. 2017.

FORTE, Bárbara. Ditadura Militar: entenda 5 pontos polêmicos. **UOL**. 29/03/2014. Disponível em: <<http://noticias.band.uol.com.br/politica/noticias/100000673057/ditadura-militar-entenda-cinco-pontos-polemicos-do-periodo.html>>. Acesso em: 12 set. 2017.

FRIED, Reis. *Curso de Ciência Política e Teoria Geral do Estado: Teoria Constitucional e Relações Internacionais*. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.

INSTITUTO VLADIMIR HEZORG. O que é Justiça de Transição. **Memórias da Ditadura. Disponível em:** < <http://memoriasdaditadura.org.br/justica-de-transicao/index.html>>. Acesso em: 20/07/2017.

_____. Desmilitarização e reforma das polícias. **Memórias da Ditadura.** Disponível em: <<http://memoriasdaditadura.org.br/desmilitarizacao-e-reforma-das-policias/index.html>>. Acesso em: 15 ago. 2017.

JORNAL NACIONAL. Vídeo mostra suposta execução por PMs em Costa Barros, no Rio. **Globo.** 30/03/2017. Disponível em: <<http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2017/03/video-mostra-suposta-execucao-por-pms-em-costa-barros-no-rio.html>>. Acesso em: 13 set. 2017

LOURENÇO, Iolando. CRISTALDO, Heloisa. Senado faz consulta pública sobre revogação o do Estatuto do Desarmamento. **Agência Brasil.** 11/09/2017. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2017-09/senado-faz-consulta-publica-sobre-revogacao-do-estatuto-do-desarmamento>>. Acesso em: 17 set. 2017.

MARTINS, José de Souza. “Brasil tem um linchamento por dia, não é nada excepcional”. **El País.** 09/07/2015. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2015/07/09/politica/1436398636_252670.html>. Acesso em: 15 ago. 2017

NOGUEIRA, Alberto. Há 20 anos, cenas de violência na favela Naval chocaram a sociedade após exibição na TV. **Folha de São Paulo.** 31/03/2017. Disponível em: <<http://acervofolha.blogfolha.uol.com.br/2017/03/31/ha-20-anos-cenas-de-violencia-policia-na-favela-naval-chocaram-a-sociedade-apos-exibicao-na-tv>>. Acesso em: 13 set. 2017

PELLEGRINI, Marcelo. Segurança Pública brasileira é improdutiva, violenta e reproduz desigualdades. **Carta Capital.** 12/03/2015. Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/sociedade/seguranca-publica-brasileira-e-improdutiva-violenta-e-reproduz-desigualdades-3055.html>>. Acesso em: 13 out. 2017

PRAGMATISMO POLÍTICO. **Jovem negro é acorrentado nu em poste por grupo de ‘justiceiros’.** 03/02/2014. Disponível em: <<https://www.pragmatismopolitico.com.br/2014/02/jovem-negro-e-acorrentado-nu-em-poste-por-grupo-de.html>>. Acesso em: 14 set. 2017.

_____. **Discurso de Sheherazade prospera: crescem os linchamentos.** 20/02/2014. Disponível em: <<https://www.pragmatismopolitico.com.br/2014/02/rachel-sheherazade-linchamentos-proprias-maos.html>>. Acesso em: 13 set. 2017

QUINALHA, Renan Honório. *Justiça de transição: contornos do conceito.* São Paulo: Outras Expressões; Dobra Editorial, 2013. 252 p.

TEITEL, Ruti G. *Transitional Justice Genealogy.* Harvard Human Rights Journal, Cambridge, v. 16, p. 69-94, spring 2003.

OFENSA À NÃO CULPABILIDADE E A SEGURANÇA JURÍDICA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL? UMA ANÁLISE SISTEMÁTICA DO JULGAMENTO DO HC 126.292/SP

Jaciara Mileni de Mendonça Nogueira¹
Luis Felipe Andrade Barbosa²

Resumo

O Supremo Tribunal Federal (STF) tem como função precípua a conservação das normas constitucionais bem como de todos os seus princípios, incumbindo-lhe a realização de interpretação do ordenamento jurídico em conformidade com o que dispõe a Constituição Federal de 1988. A presunção de não culpabilidade é um princípio previsto na Constituição Federal que garante o estado de inocência a toda pessoa acusada em processo penal até que transite em julgado a sentença penal condenatória. O último posicionamento do STF, firmado através do julgamento do *Habeas Corpus* (HC) 126.292/SP, foi no sentido de que a execução provisória da pena não ofende este princípio; entretanto, através de uma análise textual do que dispõe o art. 5º, LVII da CF é possível perceber que estamos diante de uma possível afronta a dispositivo constitucional por parte do órgão que deveria resguardá-la. Ademais, a análise dessa questão é de suma importância, visto que essa matéria vem sendo discutida no STF de acordo com a mudança de composição do tribunal, que, por sua vez, nos leva a uma situação de insegurança jurídica, pois muda-se o que acredita como constitucional de acordo com a mudança dos componentes do Supremo. Desse modo, através do método hipotético-dedutivo, este artigo tem como objetivo a análise do entendimento firmado pelo STF e sua possível violação a dispositivo constitucional, a possível sobreposição do Poder Judiciário ao Poder Legislativo, caracterizando ofensa à separação de poderes, e ainda, a caracterização de insegurança jurídica frente a instabilidade da questão no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

Introdução

O Supremo Tribunal Federal (STF), consagrado como guardião da Constituição pelo art. 102 da CF/88, em julgamento de *Habeas Corpus* (HC) considerou que é possível a execução provisória da pena após a condenação do réu em segunda instância. Tal posicionamento importou em mudança no entendimento anterior desta Corte acerca da possibilidade da execução provisória da pena.

A decisão em comento deu ensejo a duas Ações Declaratórias de Constitucionalidade³, onde foi firmado novo entendimento da Suprema Corte, sendo esta a possibilidade da execução provisória da pena.

Com a mudança de entendimento do STF, é possível que tenha ocorrido violação ao princípio da não culpabilidade, previsto na Constituição Federal, abrindo-se um precedente a ser aplicado pelas instâncias inferiores. Trata-se de suposta violação a um importantíssimo princípio previsto na CF/88, oriundo de países que não adotam o sistema autoritário.

¹ Graduanda em Direito pelo Centro Universitário Tabosa de Almeida – ASCES/UNITA. E-mail: jacinogueira2309@gmail.com

² Doutorando em Ciência Política pela Universidade Federal de Pernambuco – UFPE. Professor de Direito no Centro Universitário Tabosa de Almeida – ASCES/UNITA.

³ ADC's 43 e 44

Da leitura do art. 5º, LVII, CF/88, é possível perceber que o limite temporal estabelecido para a cessação do princípio da não culpabilidade é o trânsito em julgado da sentença penal condenatória; sendo assim, com a consideração de que é possível a execução da pena antes de transitada em julgado a sentença penal condenatória, provavelmente, estaria conferindo legalidade à prisão de pessoa considerada inocente fora das hipóteses excepcionais previstas no art. 283 do CPP.

Além de demonstrar a possível violação a princípio Constitucional por parte do Supremo Tribunal Federal, o presente trabalho também busca demonstrar a caracterização de insegurança jurídica gerada pelo STF sobre o tema em questão, buscando verificar um aparente grau de subjetivismo nos votos proferidos pelos membros da Suprema Corte.

Sendo assim, através de uma análise comparativa de julgados sobre a matéria, é possível perceber a potencial caracterização de instabilidade do posicionamento do STF sobre o tema que, de certa forma, acaba por demonstrar a fragilidade do Poder Judiciário, bem como a ausência de previsibilidade da relação entre o Tribunal e o jurisdicionado. Tal situação torna-se ainda mais evidente com a demonstração de ausência de seguimento pelo próprio STF do entendimento firmado no julgamento do HC 126.292/SP, e a sinalização de possível mudança de entendimento por parte de alguns componentes da Corte.

Ademais, além dos objetivos supracitados, o presente trabalho tem como escopo a demonstração de possível sobreposição do Poder Judiciário ao Poder Legislativo, haja vista a probabilidade de que o STF, ao considerar possível a execução provisória da pena, acabou por conferir sentido diverso ao art. 5º, LVII, da CF.

Questões como o sistema recursal e eventuais demoras na prestação jurisdicional foram levadas em consideração no momento de mudança de entendimento da Corte; entretanto é sabido que eventual mudança acerca do que dispõe os diplomas legais infraconstitucionais ou até mesmo de texto contido na Constituição Federal devem advir do Poder Legislativo, haja vista que a este compete a mudança/elaboração de leis.

Sendo assim, através de uma análise textual dos votos proferidos no HC126.292/SP bem como do que dispõe a disposição normativa contida no art. 5º, LVII, CF e ainda, as disposições contidas em legislação infraconstitucional acerca dos requisitos para a privação de liberdade de pessoa ainda considerada inocente, este trabalho busca identificar uma possível postura ativista do STF sobre a questão, numa espécie de sobreposição de poderes.

Levando-se em consideração todas as finalidades supracitadas o trabalho debruça-se sobre o histórico da questão e a violação ao princípio constitucional da não culpabilidade, a caracterização de insegurança jurídica haja vista a inconstância do tema no âmbito do STF e,

ainda, a atitude fora dos seus limites de competência, caracterizando uma possível violação a separação de poderes pela Suprema Corte.

1. O princípio da não culpabilidade e a instabilidade da segurança jurídica no Supremo Tribunal Federal.

“Vossa Excelência vai mudando a jurisprudência de acordo com o réu, isso não é Estado de Direito, é Estado de compadrio. Juiz não pode ter correligionário”
(BARROSO, 2017).

O princípio constitucional da não culpabilidade teve sua primeira previsão legal no Brasil através da Constituição Federal de 1988, momento em que foi consagrado expressamente em seu art. 5º inciso LVII que trouxe a seguinte redação: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.”.

Neste sentido, em conformidade com a redação literal do dispositivo supramencionado, até que transite em julgado a sentença penal condenatória, o indivíduo será considerado apenas acusado, jamais culpado. A Constituição Federal estabelece de forma clara e inequívoca o marco inicial da declaração de culpa de determinado sujeito, qual seja, o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, que é quando a sentença/acórdão não pode mais ser reformado mediante a interposição e apreciação de recursos.

Entretanto, o nosso Código de Processo Penal nos traz algumas exceções à regra da privação de liberdade, *in verbis*:

Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.

Sendo assim, aquele que esteja respondendo por processo criminal só poderá ser preso durante o curso do processo, leia-se, enquanto ainda não considerado culpado, em casos excepcionais de prisão temporária ou prisão preventiva. Apesar da redação clara e específica o Supremo sempre divergiu sobre a questão.

No ano de 1991 através do julgamento do HC 68.726 o STF firmou entendimento no sentido de que era possível a execução provisória da pena; entretanto no ano de 2009 modificou o seu entendimento através do julgamento do HC 84.078 afirmando não ser possível a execução provisória da pena, considerando-a inconstitucional haja vista a previsão contida no art. 5º, LVII da CF.

Posteriormente, no início do ano de 2016, através do julgamento do HC 126.292, o Supremo modificou novamente o seu entendimento, onde afirmou ser possível a execução

provisória da pena. Uma das fundamentações trazidas como favoráveis à modificação do entendimento do Supremo sobre a execução provisória da pena foi a consideração por parte de alguns ministros de que era preciso conferir maior efetividade ao sistema jurisdicional penal.

Acreditou-se que seria necessária a efetiva ponderação entre o princípio da efetividade do sistema jurisdicional e a presunção de não culpabilidade. Afirmou-se, ainda, que o princípio da não culpabilidade vai perdendo sua força com o avançar do processo. Uma outra questão foi levantada pelo Ministro Luís Roberto Barroso (HC 126.292) ao aduzir que “enquanto princípio, tal presunção pode ser restringida por outras normas de estatura constitucional (desde que não se atinja o seu núcleo essencial), sendo necessário ponderá-la com os outros objetivos e interesses em jogo”.

O eminente ministro considerou que, por se tratar de um princípio, trata-se de um “estado-ideal” e não de uma situação objetiva como ocorre nas regras. Desse modo, considera que a restrição de um determinado princípio não significa especificamente a sua desconsideração.

Entretanto, é importante salientar que não há gradação quanto a nível de desrespeito a um bem jurídico assegurado por um princípio constitucional, que serve como vetor de interpretação ao aplicador da norma. A restrição por menor que seja feita a um princípio, não deixa de ser uma restrição porque, aparentemente, possui menor grau de ofensa.

Pautar a possibilidade da execução provisória na garantia de credibilidade do Poder Judiciário demonstra a fraqueza da argumentação favorável a esse posicionamento. O descrédito acerca da efetividade do sistema punitivo deve ser combatido com uma efetiva reforma no sistema processual, jamais se restringindo um direito fundamental.

Portanto, é possível perceber que não se trata de uma harmonização de princípios, mas sim de uma restrição completa de um princípio em favor de uma diminuição na quantidade de recursos a serem analisados pelo STF; trata-se de manobra a fim de considerar legal a prisão de pessoa considerada inocente fora das hipóteses das prisões processuais. O que ocorreu de fato foi uma modificação no texto constitucional e infraconstitucional, uma evidente alteração do verdadeiro sentido do princípio da não culpabilidade, reduzindo-o apenas à questão do ônus probatório.

Em suma, o que vem sendo observado no âmbito do STF é a adaptação da Constituição Federal ao entendimento dos componentes da Corte. A respeito do tema, preleciona Ives Gandra da Silva Martins (2016):

O fato é que qualquer novo integrante da Suprema Corte adaptava-se, no passado, rapidamente ao espírito próprio do Colegiado prestigiando sua jurisprudência. Dizia-se, então, como referi-me inicialmente, que a Justiça fazia-se nas instâncias

inferiores, cabendo ao Pretório Excelso dar estabilidades às instituições. A rápida mudança, todavia, de sua composição, de um lado, e de outro, a introdução da TV Justiça, que permitiu o acesso às discussões nos Tribunais a círculos não jurídicos, tornou o STF um protagonista além das suas próprias fronteiras, passando de legislador negativo para positivo.

A estabilidade da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal diz respeito a “capacidade do Tribunal firmar entendimento sobre determinada questão e sustentar essa posição” (KAUFMANN, 2016). Portanto, a estabilidade da jurisprudência no âmbito do STF garante certeza na relação entre Tribunal e jurisdicionado, além de conferir maior força institucional.

A mudança de posicionamento do STF acerca da violação ou não ao princípio constitucional da não culpabilidade com a decretação da execução provisória da pena tem como consequência a externalização da fragilidade institucional: “é que a cada decisão tomada, nasce e se desenvolve uma expectativa socialmente relevante de reversão daquela decisão” (KAUFMANN, 2016).

O resultado da instabilidade da jurisprudência acaba por interferir no número de interposição de recursos, o que contraria de certa forma a argumentação trazida pelo Ministro Gilmar Mendes (HC 126.292), interpretada como favorável à mudança do entendimento:

E todo dia nós temos aqui essa multiplicidade de embargos de declaração como instrumento e impediendo do trânsito em julgado, que muitas vezes levam também a esse fenômeno da imposição da prescrição, porque, ainda que nós tenhamos todo o cuidado nesse tipo de matéria, e tenhamos hoje até um setor competente no Tribunal para nos advertir do risco da prescrição, o fato é que ela ocorre, e ocorre não por deliberação nossa. Todos nós rezamos para que isso não ocorra. Mas simplesmente a massa de processos não permite que sejamos oniscientes. E infelizmente isso ocorre. Essa massa de recursos faz com que tenhamos esse quadro constrangedor de impunidade.

Entretanto, ao contrário do que argumenta o eminente Ministro, a instabilidade da questão no âmbito do STF acaba por gerar uma expectativa de alteração do posicionamento recém alcançado, que retira a autoridade do Tribunal e, conseqüentemente, “também incentiva o uso e abuso de nosso anacrônico sistema de recursos internos na própria jurisdição constitucional” (KAUFMANN, 2016).

A constante mudança sobre o mesmo tema, acerca do mesmo dispositivo constitucional, acaba por gerar uma expectativa de que o Tribunal a qualquer momento estará prestes a modificar seus axiomas para analisar aquela questão que, na maioria das vezes, é submetida ao Pleno toda vez que muda a composição do Tribunal.

Em vista disso, a ausência de previsibilidade em determinada questão acaba por criar uma situação de insegurança jurídica, conforme afirma José Augusto Delgado (2007, p. 04):

A acentuada imprevisibilidade das decisões judiciais fortalece os males provocados pela insegurança jurídica, contribuindo para enfraquecer o regime democrático. A presença da não uniformidade das decisões judiciais, por inexistência de causas jurídicas justificadoras para a mudança de entendimento por parte dos Tribunais Superiores e do Supremo Tribunal Federal, gera intranquilidade, tornando-se causa aumentativa dos conflitos. Ofende, de modo fundamental, aos princípios do regime democrático e do respeito à dignidade humana, da valorização da cidadania e da estabilidade das instituições.

Desse modo, a decisão do STF em considerar possível a execução provisória da pena, além de ir contra a dispositivo constitucional acaba por majorar uma situação de ausência de credibilidade da própria Corte, principalmente pelo fato de que o dispositivo continua com a mesma redação desde a promulgação da Constituição Federal, alterando-se apenas a composição do Tribunal.

Não é possível que a consideração de determinada repercussão de dispositivo constitucional como ofensor ou não a determinado direito seja baseada apenas no subjetivismo, no que pensa o intérprete da norma no momento de aplicação. A força do STF consiste em demonstrar a adequação ou não da norma criada pelo constituinte ao caso concreto, se determinada ação/omissão deve ser considerada inconstitucional ou não.

Cumprido ao Supremo Tribunal Federal resguardar o texto constitucional; entretanto, no presente caso, ao modificar o entendimento anteriormente firmado pela mesma instituição, o STF agiu de modo a transformar o sentido do princípio constitucional da não culpabilidade, resultando em uma situação de insegurança jurídica.

O extenso grau de subjetivismo na questão torna-se aparente na medida em que em um curto espaço de tempo (2009 a 2016) o que era caracterizado como ofensa a um princípio constitucional de repente deixou de ser, pelo simples fato de mudança de composição do tribunal.

É necessário que seja dada à Constituição a interpretação que melhor se adequa a mesma, independentemente do posicionamento pessoal, ou dos valores subjetivos de cada componente da Corte. Nas palavras de Dimitri Dimoulis (2016, p. 65):

No mundo ideal da segurança jurídica, o Supremo deveria manter coerência em relação aos métodos de interpretação e determinar o valor da “letra” da Constituição. Enquanto não se tomam iniciativas institucionais para tentar estabilizar as interpretações, a crítica que certa decisão não respeitou as formulações da Carta Magna serve apenas para expressar discordâncias com o resultado. Não interessa como se decide, mas o que foi decidido. Acertando ou errando, o Supremo e seus críticos apropriam-se de maneira seletiva e imprevisível da letra da Constituição.

Enquanto a questão da execução provisória da pena estiver baseada em argumentação subjetiva, com base em valores sociais que cada Ministro possui, teremos uma completa

situação de insegurança jurídica: “O que “vale”, afinal? A letra da Constituição ou a solução “justa” mediante interpretação livre?” (DIMOULIS, 2016, p. 64).

No julgamento do HC 84.078/MG o Ministro Gilmar Mendes trouxe inúmeras considerações acerca da impossibilidade de execução provisória da pena, colacionando, inclusive, legislação de diversos países que impedem a execução provisória da pena, a fim de melhor fundamentar seu voto. Ressalte-se que assim também procedeu ao proferir voto no julgamento do HC 126.292/SP, buscando legislação estrangeira para fundamentar sua decisão, bem como levando em consideração alguns aspectos que, quando mencionados no julgamento anterior, foram tratados de maneira totalmente inversa.

O supracitado ministro fez a seguinte afirmação no julgamento do HC 84.078/MG:

Também considero que não se pode conceber como compatível com o princípio constitucional da presunção de inocência qualquer antecipação do cumprimento da pena. Aplicação de sanção antecipada não se compadece com a ausência de decisão condenatória transitada em julgado. Outros fundamentos há para se autorizar a prisão cautelar de alguém (vide art. 312 do Código de Processo Penal). No entanto, o cerceamento preventivo da liberdade não pode constituir um castigo àquele que sequer possui uma condenação definitiva contra si. Parece evidente, outrossim, que uma execução antecipada em matéria penal configuraria grave atentado contra a própria ideia de dignidade humana. Se se entender, como enfaticamente destacam a doutrina e a jurisprudência, que o princípio da dignidade humana não permite que o ser humano se convale em objeto da ação estatal, não há como compatibilizar semelhante ideia com a execução penal antecipada.

É perceptível a perfeita pertinência e coerência do voto supracitado com o que dispõe o art. 5º, LVII da CF, visto que difere a execução provisória das prisões cautelares previstas na legislação infraconstitucional, informa a necessidade de preenchimento dos requisitos do art. 312 do CPP para que seja decretada prisão antes do trânsito em julgado, porém deixa bem claro que não se trata de execução provisória da pena.

Além da argumentação supracitada, ainda no julgamento no HC 84.078, o eminente ministro também levou em consideração a não atribuição de efeito suspensivo ao Recurso Especial e Extraordinário, afirmando que considerar a ausência do efeito suspensivo como motivo ensejador para decretação de execução provisória ofende o princípio da proporcionalidade, aduzindo que:

Configurada a desnecessidade da medida, tendo em vista sua flagrante inadequação, não há dúvida de que, na espécie, a adoção de formulas genéricas, calcadas na mera antecipação da pena por não mais haver recursos com efeito suspensivo a disposição da defesa, resulta ofensa ao princípio da proporcionalidade na sua aceção de necessidade.

Apesar de ter tido um posicionamento de aparência bastante invariável, o ministro Gilmar Mendes mudou completamente o seu posicionamento ao proferir o seu voto no

juízo do HC 126.292, sendo este o único ministro, dentre os que participaram do julgamento dos dois HC's, que firmaram entendimento da Corte, a mudar o seu posicionamento.

O que antes era considerado, por parte do Ministro Gilmar Mendes, como uma ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana, conforme afirmado anteriormente, passou a ser um princípio que é mitigado conforme o decorrer do processo penal, sendo perfeitamente possível a execução provisória da pena, conforme destacado:

Em suma, a presunção de não culpabilidade é um direito fundamental que impõe o ônus da prova a acusação e impede o tratamento do réu como culpado até o trânsito em julgado da sentença. Ainda assim, não impõe que o réu seja tratado da mesma forma durante todo o processo. Conforme se avança e a culpa vai ficando demonstrada, a lei poderá impor tratamento algo diferenciado. O que eu estou colocando, portanto, para nossa reflexão é que é preciso que vejamos a presunção de inocência como um princípio relevantíssimo para a ordem jurídica ou constitucional, mas princípio suscetível de ser devidamente conformado, tendo em vista, inclusive, as circunstâncias de aplicação no caso do Direito Penal e Processual Penal. Por isso, eu entendo que, nesse contexto, não é de se considerar que a prisão, após a decisão do tribunal de apelação, haja de ser considerada violadora desse princípio.

Outro argumento utilizado pelo ministro para considerar possível a execução provisória da pena foi a ausência de efeito suspensivo aos Recursos Especiais e Extraordinário; tal fato era reconhecido pelo próprio julgador como motivo insuficiente a ensejar a execução provisória. Como visto anteriormente, chegou a afirmar que esse tipo de conclusão ofendia o princípio da proporcionalidade.

Vejamos o que dispôs o Ministro em voto proferido no HC. 126.292, acerca do efeito suspensivo dos recursos dirigidos ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça:

Os recursos extraordinários têm sua fundamentação vinculada a questões federais (recurso especial) e constitucionais (recurso extraordinário) e, por força da lei (art. 637 do CPP), não tem efeito suspensivo. [...] Esgotadas as instâncias ordinárias com a condenação a pena privativa de liberdade não substituída, tem-se uma declaração, com considerável força de que o réu é culpado e a sua prisão necessária.

Portanto, é visível a completa inversão e contraposição dos argumentos utilizados pelo Ministro Gilmar Mendes ao proferir seu voto nos HC's 84.078 e 126.292, o que nos leva novamente à análise do subjetivismo no momento de declarar a constitucionalidade ou não de algo por parte do Supremo Tribunal Federal, visto que o texto constitucional continua o mesmo de quando proferido o voto no ano de 2009, mudando-se apenas a composição do Tribunal ou, ainda pior, a “visão” do que determinado Ministro entende como justo ou injusto.

A comparação dos votos, leva-nos à conclusão de que a Constituição Federal vem sendo interpretada sem regras, sendo muito pertinente a indagação feita por Dimitri Dimoulis (2016, p. 63): “Para além das cláusulas vagas, o que acontece quando a Constituição regula algo de

forma expressa e densa?”. Em casos como esse, visualiza-se como incontestável que o aplicador deve respeitar o que dispõe o texto literal da Constituição.

É preciso que seja feita uma análise objetiva da Constituição, jamais subjetiva, pois “o intérprete deve buscar não aquilo que o legislador quis, mas aquilo que na lei aparece objetivamente querido: a *mens legis* e não a *mens legislatoris*” (FERRARA *apud* MORALES, 2011, p.13). Neste diapasão, não deve o Constituinte querer alcançar sentido diverso do que está expresso no dispositivo legal.

Entretanto, o que percebemos é o posicionamento totalmente inverso, pois o próprio Ministro Gilmar Mendes (STF, Recl. 4.374, 2013) afirmou:

Os juízes, quando se deparam com uma situação de incompatibilidade entre o que prescreve a lei e o que se lhes apresenta como a solução mais justa para o caso, não tergiversam na procura das melhores técnicas hermenêuticas para reconstruir os sentidos possíveis do texto legal e viabilizar a adoção da justa solução.

Nesse interim, é evidente a insegurança jurídica gerada pelo tamanho grau de subjetivismo com que é tratado o princípio da presunção de inocência frente à possibilidade de execução provisória da pena. A situação de insegurança jurídica aumenta ainda mais quando levamos em consideração que se trata apenas de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, ou seja, não existe obrigatoriedade de que tal posicionamento seja seguido pelas instâncias inferiores.

Ademais, o próprio Supremo não está aplicando o entendimento que consolidou através do HC 126.292; no corrente ano, dois ministros, que consideraram que a execução provisória da pena não ofende a presunção de não culpabilidade, concederam Habeas Corpus⁴ contra acusado que cumpria prisão provisória, contrariando o que afirmaram anteriormente e indo contra a jurisprudência da própria Corte.

Inclusive o Ministro Gilmar Mendes que, conforme ressaltado anteriormente, foi o único a modificar o entendimento, já afirmou que pretende submeter a questão novamente ao Plenário, a fim de seguir a argumentação trazida por Dias Toffoli no julgamento do HC 126.292, para que a execução provisória da pena seja possível apenas após condenação no âmbito do Superior Tribunal de Justiça.

Nas palavras do Ministro Gilmar Mendes, em entrevista concedida à Revista Consultor Jurídico (2017):

Recebi integrantes da associação de defensores públicos e vieram com o argumento de que no STJ colhem bons resultados em recurso especial e conseguem revisitar questões como a dosimetria [...] Muitas vezes o sujeito foi condenado em regime

⁴ HC 140.213/SP, HC 146.815/MG e HC 146.818/ES É interessante pontuar a ausência de subsídios efetivos nas três decisões para que ocorra eventual alteração de posicionamento por parte dos Min. Gilmar Mendes e Luiz Fux.

fechado e consegue ir para o semiaberto, ou coisas do tipo. Toffoli trouxe argumentação e estamos fazendo essa análise. Me balançaria a eventualmente, na oportunidade, colocar isso no Plenário.

Sendo assim, enquanto a questão estiver sendo baseada em subjetivismo por parte dos intérpretes da Constituição, viveremos constantemente em uma situação de insegurança jurídica. É preciso que seja feita uma análise do art. 5º, LVII da CF sob uma ótica originalista, para que não implique em uma completa caracterização de insegurança jurídica.

Da leitura dos votos proferidos no julgamento do HC 126.292, é perceptível a alegação de “evoluções” sociais sobre o entendimento de justiça ou até mesmo ponderação entre princípios para justificar a mudança de conteúdo normativo da Constituição Federal; entretanto, tal situação acaba por instaurar maior grau de subjetivismo à decisão e, conseqüentemente, inegável insegurança jurídica.

A respeito do tema, Eros Grau (2013, p. 22) defende que:

Os juízes despedaçam a segurança jurídica quando abusam do uso de *princípios* e praticam — fazem-no cotidianamente! — os controles da proporcionalidade e da razoabilidade das leis. Insisto neste ponto: juízes não podem decidir subjetivamente, de acordo com seu senso de justiça. Estão vinculados pelo dever de aplicar o direito (a Constituição e as leis). Enquanto a jurisprudência do STF estiver fundada na *ponderação* entre princípios — isto é, na *arbitrária formulação de juízos de valor* —, a segurança jurídica está sendo despedaçada.

Ante todo o exposto, é perceptível a caracterização de insegurança jurídica no que se refere à possibilidade de execução provisória da pena e sua violação (ou não) ao disposto do art. 5º, LVII da Constituição Federal, insegurança gerada pelo próprio Supremo, que acaba por externar a fragilidade do Poder Judiciário, haja vista o imenso subjetivismo no momento de interpretação de norma Constitucional.

2. A separação dos poderes e a possível sobreposição do Supremo Tribunal Federal ao Poder Legislativo.

A separação de poderes diz respeito a uma fragmentação funcional entre os três poderes de uma democracia - Legislativo, Executivo e Judiciário - a fim de estabelecer uma harmonia entre os mesmos, que são independentes e harmônicos entre si, criando a ideia de freios e contrapesos de modo que uma possa exercer a função de fiscalização sobre o outro.

A Constituição Federal prevê em seu art. 2º a separação de poderes como um dos seus princípios fundamentais, de modo a garantir maior eficácia e eficiência de um Estado. Portanto, a separação de poderes serve como fator impeditivo de desrespeito aos direitos fundamentais, gerando um sistema de controle recíproco entre os poderes. Entretanto, é possível perceber que existe uma expansão da autoridade judicial de modo que o Judiciário, mais especificamente, o

Supremo Tribunal Federal, vem exercendo, além da sua função de intérprete da Constituição, a função legislativa de criar regras.

Com a expansão do Poder Judiciário, é visível que “o STF está hoje no centro do nosso sistema político, fato que demonstra a fragilidade do nosso sistema representativo” (VIEIRA, 2008). Sendo assim, a sobreposição do Poder Judiciário acaba indo contra a ideia de harmonização entre os poderes.

No que se refere à possibilidade de execução provisória da pena, a atuação no Supremo Tribunal Federal foi no sentido de restringir o alcance do conteúdo normativo previsto no art. 5º, LVII da Constituição Federal, visto que, ao determinar que a não culpabilidade de um acusado é diminuída conforme o avançar do processo, é aplicar sentido diverso ao disposto na Constituição.

A função de intérprete da Constituição atribuída ao Supremo não permite a realização de interpretações de maneira arbitrária, visto que, ao se deparar com texto claro e preciso, não cabe ao aplicador da norma modificar o texto previsto na Constituição. Walber de Moura Agra (2005, p. 113) preleciona o seguinte:

Se o texto Constitucional for escrito de forma precisa, sem o recurso de termos vagos ou ambíguos, a atuação da jurisdição constitucional poderá ser melhor definida, impedindo a prática de decisões políticas porque a estrutura de seu texto permite antever um direcionamento das decisões.

Assim sendo, ao firmar o entendimento em sentido contrário ao que dispõe o texto da Constituição, o Supremo Tribunal Federal acaba saindo do seu âmbito de atuação, visto que, ainda que sejam levadas em consideração questões como a quantidade de recursos e a inefetividade do sistema penal, não cumpre ao STF legislar em matéria penal.

O atual entendimento do STF trata-se de uma interpretação além do texto Constitucional, uma espécie de inovação legislativa, haja vista a total discrepância entre o disposto na Constituição e o seu entendimento. É importante ressaltar que o art. 5, LVII da CF é clausula pétrea, portanto não é possível sua modificação no sentido de abolir os direitos resguardados por esta, “em suma, qualquer proposta de emenda tendente a excluir os limites materiais do §4º do art. 60 da Constituição Brasileira afigura-se inconstitucional.” (BULOS, 2014, p. 420).

À vista disso, é juridicamente impossível modificação do art. 5º, LVII da CF com o objetivo de diminuir o direito por ele conferido e, ainda que fosse possível, o meio correto para a mudança é a propositura de Emenda à Constituição, jamais por entendimento da Suprema Corte.

A consideração de utilização de recursos como meio protelatório a fim de atingir prescrição da pretensão executória, conforme foi tratado no tópico anterior, foi um dos motivos levados em consideração pela maioria dos Ministros que votaram a favor da possibilidade de execução provisória da pena. Entretanto, para que seja sanado o problema apontado, a mudança de entendimento do Supremo não é o meio hábil para sanar o problema.

Considerar a estrutura recursal como fator contributivo para declarar a constitucionalidade da execução provisória da pena é uma visível transferência do Poder Legislativo para o Poder Judiciário, na realidade, trata-se de assumir tal função pelo Supremo Tribunal Federal. Nesse caso, estamos diante de uma posição ativista da Suprema Corte, decorrente da judicialização. Nas palavras de Luiz Roberto Barroso (2008, p. 03):

Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade.

A judicialização diz respeito à expansão do Poder Judiciário, atribuída a Constituição Federal de 1988 que ampliou de maneira significativa a competência desse tribunal, sendo este uma espécie de corte revisional de decisões judiciais e até mesmo de decisões políticas. A função de guardião de uma extensa Constituição, segundo Oscar Vilhena Vieira (2008, p. 445) “tem levado o Supremo não apenas a exercer uma espécie de poder moderador, mas também de responsável por emitir a última palavra sobre inúmeras questões de natureza substantiva”.

Por conseguinte, temos o ativismo judicial que, apesar de ser tratado como consequência da judicialização, difere deste em vários aspectos, pois “o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance” (BARROSO, 2008, p. 06).

Uma das formas de ativismo é a extensão da Constituição a situações não contempladas por esta inicialmente, independente da atuação do Poder Legislativo. Desse modo, ao trazer para si a questão do sistema recursal e a determinação de culpa de um acusado, o Supremo se insere numa esfera de Poder Legislativo, visto que apesar de não ter realizado nenhum tipo de modificação na estrutura recursal de maneira expressa, terminou fazendo de maneira implícita. Ademais, leva-se em consideração que modificou de certa forma o próprio sentido do trânsito em julgado e a imutabilidade da decisão.

A garantia de não ser considerado culpado antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória advém da própria razão de ser da coisa julgada e a segurança jurídica gerada

pela mesma, pois passar a cumprir provisoriamente uma pena sem ter a certeza de sua condenação é ilógico. Importante ressaltar que a questão da mudança no sistema recursal já foi levantada pelo ex-Ministro do STF Cezar Peluso em anteprojeto de emenda constitucional, deixando a cargo do Poder Legislativo decidir sobre a questão, desde que observados os direitos e garantias individuais previstos na Constituição.

Portanto, a avaliação acerca do número de recursos interpostos com o único objetivo de protelar julgamentos, bem como a quantidade de recursos e possibilidades recursais no Código de Processo Penal, deve ser levada em consideração pelo Poder Legislativo, respeitando todas as garantias previstas na Constituição Federal, mas não pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal. Outrossim, tratar as possibilidades recursais como motivo ensejador da inefetividade do sistema penal é argumentação frágil, visto que existe possibilidade de prisão antes do trânsito em julgado, desde que presentes os requisitos para decretação das prisões cautelares.

Neste diapasão, tornar a prisão cautelar como regra é, mais uma vez, adentrar no campo de atuação do Poder Legislativo e aplicar sentido diverso também ao art. 283 do CPP. Não cabe ao Supremo Tribunal Federal utilizar-se de argumentos morais, políticos e estatísticos a fim de modificar o texto da Constituição: “o STF não pode mais do que os limites semânticos do seu texto” (STRECK, 2016).

A preservação das funções de cada poder é essencial para a manutenção do regime democrático, permitir que determinado poder adentre na esfera de atuação do outro vai contra a própria ideia da separação de poderes, “o Poder Judiciário é um poder técnico e como poder técnico deve se ater as suas relevantes funções, entre as quais não se inclui, todavia, a de legislar positivamente (MARTINS, 2008).

Portanto, a permissão de eventuais interpretações contrárias ao disposto na Constituição, levando em consideração questões morais e políticas, acaba conferindo ao Supremo uma posição hierarquicamente superior ao Poder Legislativo, visto que passa a decidir questões já definidas pelo Constituinte originário, colocando-o numa posição de ativista.

Da leitura de alguns votos proferidos no julgamento do HC 126.292, é possível perceber a utilização da eficácia do sistema penal como fator argumentativo à possibilidade de execução provisória da pena, utilizando-se da técnica de ponderação de princípios. Entretanto, apesar de a Constituição Federal não ser um documento obrigatoriamente estático, eventuais ponderações “devem respeitar os limites semânticos impostos pelo próprio texto constitucional” (COUTINHO et al., 2016).

No presente caso, os limites à atuação do Poder Judiciário advêm do próprio conteúdo normativo do art. 5º, LVII da Constituição Federal, que não traz nenhum tipo de subjetivismo

ao ponto de conferir a possibilidade de adequação acerca do termo inicial de consideração de culpa de pessoa acusada.

É visível a utilização de teorias da argumentação e ainda de técnicas hermenêuticas, com o simples objetivo de alcançar o que o julgador entende como justo ou injusto, utilizando aquelas “como argumentos de autoridade, cuja finalidade mais se aproxima da vaidade do julgador, [...] do que da coerência e da consistência argumentativas necessárias à fundamentação da decisão” (ALMEIDA, 2016, p. 888).

Na consideração de possibilidade de execução provisória da pena é perfeitamente perceptível a caracterização de ativismo judicial, visto que o debate político é substituído pelas convicções morais e políticas do aplicador da norma, questões totalmente subjetivas e cedidas pelo clamor popular, como é o caso do voto proferido pelo Ministro Luiz Roberto Barroso (HC 126.292, 2016), que afirmou: “o novo entendimento contribuiu significativamente para agravar o descrédito do sistema de justiça penal junto à sociedade”. Portanto, utiliza-se claramente de aspectos morais para firmar o entendimento da Corte.

Sendo assim, torna-se evidente que a decisão do STF no HC. 126.292 está ancorada em “consensos morais e ideológicos reproduzidos pela sociedade e/ou disseminados pela mídia” (SILVA; MACHADO, 2016, p. 30), ocasionando o maior fortalecimento de atitudes ativistas, inclusive, “legitimando-as” sem a devida observação dos fundamentos constitucionais, indo na contramão do que dispõe a Constituição Federal.

A respeito do ativismo judicial presente nas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, Lenio Luiz Streck (2013) afirma:

[...] reflexões apontam para o perigo que o ativismo judicial representa para a representação política, até porque uma ofensa à Constituição por parte do Poder Judiciário sempre é mais grave do que qualquer outra desferida por qualquer dos outros Poderes, porque é ao Judiciário que cabe sua guarda. Quem nos salvará se não há mais salvadores? Ou pior: quem nos salvará dos salvadores?

Desse modo, a decisão do Supremo Tribunal Federal no que se refere à possibilidade de execução provisória da pena acabou por aplicar sentido diverso ao estabelecido no art. 5º, LVII da Constituição Federal, baseando-se em questões morais, o que caracteriza sua atuação ativista, visto que se insere indevidamente na esfera do Poder Legislativo.

Conclusão

A mudança de entendimento do Supremo Tribunal Federal no que se refere à possibilidade de execução provisória da pena, foi questão que gerou amplo debate e discussão

doutrinária acerca da sua adequação à Constituição Federal, bem como se a mudança de entendimento tinha sido acertada do ponto de vista social. Conforme foi ressaltado durante toda a construção do presente texto, o entendimento do Supremo resultou em aplicação de sentido diverso ao disposto na Constituição Federal.

Ao tratar da suposta violação ao princípio constitucional da não culpabilidade, o artigo buscou realizar a análise através do próprio dispositivo constitucional, verificando, portanto, os limites dados ao aplicador na norma, assim como ao legislador, acerca da garantia de inocência de determinado acusado até que fosse proferida sentença/acórdão abarcado pela segurança jurídica gerada pela coisa julgada.

O trânsito em julgado da sentença penal condenatória traz impossibilidade de modificação daquela matéria, definindo neste momento se o acusado é ou não culpado por determinado acontecimento típico, ilícito e culpável. Sendo assim, em uma análise teleológica, o próprio objetivo de criação do art. 5º, LVII da CF é de apenas determinar a culpa de um acusado após a certeza jurídica de sua culpabilidade, haja vista os tamanhos prejuízos causados àqueles que são acusados, muitas vezes, de maneira arbitrária.

Os limites semânticos, contidos no dispositivo supramencionado nos leva a essa conclusão; portanto, considerar ser possível a execução provisória da pena contraria texto da Constituição Federal. Além disso, a análise da decisão também deve ser feita pela perspectiva da ideia de segurança jurídica, levando-se em consideração que a possibilidade de execução provisória da pena é uma questão que vem sendo modificada conforme mudança de composição do Supremo Tribunal Federal.

Além da mudança de entendimento conforme a mudança de composição do Tribunal, a instabilidade da questão também é demonstrada através de análise dos votos proferidos no julgamento do HC 126.292, haja vista a identificação de argumentação subjetiva a fim de embasar o cumprimento da pena após a condenação em segunda instância. A situação bastante peculiar do Ministro Gilmar Mendes, que após proferir seu voto no julgamento do Habeas Corpus supracitado, indo na contramão de toda sua argumentação proferida no seu voto através do julgamento do HC 84.078, ressalta ainda mais a utilização do subjetivismo para a modificação de entendimento da Corte.

Além da utilização de conteúdos morais e políticos, a insegurança jurídica também é caracterizada pela inaplicabilidade do entendimento da Suprema Corte pelos próprios Ministros do STF, onde, ao proferir decisão monocrática, desconsideram o entendimento anteriormente firmado, aplicando o que o Ministro, de maneira singular, entende como possível ou não.

A não aplicação do entendimento da Corte, mas sim do entendimento do Ministro que foi voto vencido, mostra a fragilidade do entendimento que foi firmado no início do ano de 2016. Entende-se que, após a modificação do entendimento da Suprema Corte, este deve ser aplicado por todos os seus componentes, independentemente do voto proferido anteriormente.

É importante ressaltar que o entendimento firmado no HC 126.292 não é vinculante para as instâncias inferiores, mas é, de certa forma, vinculante para os componentes do Supremo, dado o próprio sentido em firmar determinado posicionamento do STF, qual seja, determinar como aquele Tribunal entende sobre determinada matéria.

O entendimento do Supremo Tribunal Federal é formado pela maioria de votos, sendo assim, o que se firma não é o entendimento de determinado Ministro, mas sim o entendimento da Suprema Corte, o que “obriga” que até mesmo aquele que não concordou com a modificação tenha que aplicar o entendimento do Tribunal, que foi firmado pela maioria. Portanto, a não aplicação do entendimento por esse ou aquele Ministro desconsiderando o entendimento da maioria é totalmente desarrazoado e acaba por criar uma situação ainda maior de insegurança jurídica, o que reforça a tese de que a Suprema Corte é formada na verdade por onze ilhas.

Situação ainda pior se verifica quando o mesmo Ministro que votou de maneira favorável à modificação do entendimento passa a não o aplicar, pouco menos de um ano após considerar ser possível a execução provisória da pena, como foi o caso do Ministro Gilmar Mendes, que proferiu voto a favor da modificação do entendimento; entretanto, ao se deparar com o HC 146.815, interposto pelo advogado e ex-deputado federal João Paulo Cunha em favor do empresário Vicente de Paula Oliveira que teria sido condenado por crime contra ordem tributária, onde se questionava a decisão do STJ que negou seguimento ao recurso contra expedição de Guia de Execução Provisória de pena pelo TRF da 1ª Região, o referido Ministro entendeu que é necessário aguardar acórdão do STJ para ser possível o cumprimento provisório da pena.

Além dessa decisão, o Ministro também proferiu decisão monocrática no HC 146.816 que foi interposto em favor de Rodrigo Stefenoni, ex-chefe de Gabinete do Governador do Estado do Espírito Santo, afastando novamente a execução da pena após a condenação em segunda instância.

À vista disso, é perfeitamente visível a insegurança jurídica da questão no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Da análise dos dois exemplos supracitados, bem como da decisão monocrática do Ministro Luiz Fux no HC 140.213, ambos mencionados no segundo tópico do artigo, é possível concluir que, apesar de não ter caráter vinculante para as instâncias inferiores,

o entendimento vem sendo aplicado pelos Tribunais Regionais e STJ, mas não pelo Supremo, que seria o único vinculado ao seu posicionamento.

Isto posto, além da visível insegurança jurídica, também restou demonstrado o ingresso indevido do Supremo Tribunal Federal na esfera do Poder Legislativo, visto que o entendimento firmado resultou em modificação implícita no art. 5º, LVII da Constituição Federal. É sabido que o Supremo, além de sua função típica, possui funções atípicas; entretanto, no presente caso o mesmo não agiu dentro dos limites impostos à sua atuação no que se refere à função legislativa.

Conforme foi tratado ao longo do texto, por se tratar de artigo com redação clara e sem termos que provoquem uma maior carga valorativa pelo aplicador da norma, aplicar sentido diverso ao mesmo resulta na própria modificação textual do dispositivo. Cumpre ressaltar que, ainda que fosse possível tal modificação, esta jamais poderia ser no sentido de abolir garantia fundamental, conforme previsão contida no art. 60, §4º da Constituição Federal.

Ante o exposto, é possível concluir que a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal através no julgamento do HC 126.292 resultou em ofensa ao princípio Constitucional da não culpabilidade, bem como ultrapassou os limites semânticos do disposto no art. 5º, LVII da CF caracterizando uma sobreposição do Supremo ao Poder Legislativo. Evidencia-se também a situação de insegurança jurídica, tanto pela presença de argumentação subjetiva nos votos proferidos, como pela inaplicabilidade do entendimento por alguns componentes da Corte o que tem gerado arrefecimento de ânimos entre os Ministros do STF, como ocorreu no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 5763 que foi julgada no dia 26 de outubro de 2017.

É perceptível a existência de uma segurança jurídica momentânea, visto que a segurança da questão depende apenas da mudança da composição do Supremo Tribunal Federal, ou ainda, do entendimento subjetivo desse ou daquele Ministro sobre o que se entende como justo ou injusto, independentemente do disposto na Constituição Federal.

Referências

AGRA, Walber de Moura. **A reconstrução da legitimidade do Supremo Tribunal Federal: densificação da jurisdição constitucional brasileira**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

ALMEIDA, Plínio Regis Baima de. **O resgate do discurso constitucional democrático como freio ao avanço político do judiciário no atual cenário do constitucionalismo brasileiro**. Recife: Appodi, 2016.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. 2008. Disponível em: <http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf> . Acesso em: 20 de outubro de 2017.

BARROSO, Luís Roberto, no julgamento da **ADI 5763**, Supremo Tribunal Federal, Relator: Min. Marco Aurélio. Julgamento em: 26 de outubro de 2017. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=s9PUHizgscE>>. Acesso em 27 de outubro de 2017.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Brasília: Senado Federal. 1941.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal. 1988.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 8 ed. Saraiva. São Paulo, 2017.

CONSULTOR JURÍDICO. **Gilmar Mendes estuda rever entendimento sobre execução antecipada da pena**. 26 maio 2017. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-mai-26/gilmar-estuda-rever-entendimento-execucao-antecipada-pena>>. Acesso em: 14 de setembro de 2017.

COUTINHO, et al. **STF abandonou seu papel contramajoritário de guardião da Constituição**. Consultor Jurídico, 2016. Disponível em : <<https://www.conjur.com.br/2016-out-10/stf-abandonou-papel-contramajoritario-guardiao-constituicao>>. Acesso em: 23 de outubro de 2017.

DELGADO, José Augusto. **A Imprevisibilidade das Decisões Judiciárias e seus Reflexos na Segurança Jurídica**. Disponível em: <<https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/74120>>. Acesso em: 05 de setembro de 2017.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Declaração de Direitos da Virgínia**. 1776. Disponível em: <<http://www.faimi.edu.br/revistajuridica/downloads/numero10/declaracao.pdf>>. Acesso em: 11 de julho de 2017.

FALCÃO, Joaquim; ARGUELHER, Diego W.; RECONDO, Felipe. **Onze supremos: o supremo em 2016**. Belo Horizonte (MG), 2017.

FRANÇA. **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão**. 1789. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9>>

1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html. Acesso em: 11 de julho de 2017.

GRAU, Eros Roberto. *Por Que Tenho Medo dos Juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)*. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

KAUFMANN, Rodrigo de Oliveira. **Estabilidade das instituições e instabilidade na jurisprudência do STF**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-ago-20/observatorio-constitucional-estabilidade-instituicoes-instabilidade-jurisprudencia-stf#top>>. Acesso em: 04 de setembro de 2017.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Repensando o Supremo*. 2016. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI242584,71043-Repensando+o+Supremo>>. Acesso em: 04 de setembro de 2017.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **O Equilíbrio entre os poderes**. Portal Jurídico Investidura, Florianópolis/SC. 2008. Disponível em < <http://investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/direito-constitucional/1174-o-equilibrio-entre-os-poderes>>. Acesso em 21 de outubro de 2017.

MORALES, Cesar Mecchi. **Originalismo e Interpretação Constitucional**. Tese de Doutorado. São Paulo: USP, 2011. Disponível em: <www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde.../CESAR_MECCHI_MORALES.pdf>. Acesso em: 14 de setembro de 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral das Nações Unidas. **Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948)**. Adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948. ONU, Paris, 10 dez. 1948. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>>. Acesso em: 11 de julho de 2017.

SILVA, Willians da; MACHADO, Érica Babini. **Interpretação constitucional brasileira: entre a auto-restrição e o ativismo judicial**. Uma análise a partir da guerra às drogas. Recife: Appodi, 2016.

STRECK, Lenio Luiz. **O ativismo judicial existe ou é imaginação de alguns?** Consultor Jurídico, 2013. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2013-jun-13/senso-incomum-ativismo-existe-ou-imaginacao-alguns>> Acesso em: 23 de outubro de 2017.

STRECK, Lenio Luiz. **O STF se Curvará à CF e a lei no caso da presunção de inocência ?**. Consultor Jurídico, 2016,. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-set-01/senso-incomum-stf-curvara-cf-lei-presuncao-inocencia>>. Acesso em: 21 de outubro de 2017.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **HC 140213**, Relator: Min. Luiz Fux, Julgamento em 16/03/2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+140213%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/zsgj8ak>> Acesso em: 28 de outubro de 2017.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **HC 146815 MG**, Relator: Min Gilmar Mendes, julgamento em 22/08/2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+146815%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/yccnc2uk>> Acesso em: 28 de outubro de 2017.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **HC 146815**, Relator: Min Gilmar Mendes, julgamento em 18/09/2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+146818%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/y9p4ku3k>> Acesso em: 28 de outubro de 2017.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **HC 84078 MG**, Relator: Min. EROS GRAU, julgado em 05/02/2009, Tribunal Pleno, publicado em DJe- DIVULG 25-02-2010 PUBLIC 26-02-2010. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14715763/habeas-corpus-hc-84078-mg>>. Acesso em: 04 de setembro de 2017.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **HC: 126292 SP**, Relator: Min. Teori Zavascki, julgado em 01/02/2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 04 de setembro de 2017.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **RECL: 4.374/PE**, Relator: Min. Gilmar Mendes, julgado em 18/04/2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4439489>>. Acesso em: 14 de setembro de 2017.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremocracia**. São Paulo: Revista Direito GV, 2008.

RECUPERAÇÃO JUDICIAL E O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DE FAVORECIMENTO ÀS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS

Cynara Moury Fernandes Barros e Silva Ribeiro¹

Maria Virgínia Amorim Rocha Brito²

Lúcia de Fátima Soares Rafael³

Roney José Lemos Rodrigues de Souza⁴

Resumo

Este trabalho tem como enfoque o instituto jurídico da Recuperação Judicial da Empresa, sobretudo o Plano Especial da Recuperação de micro e pequenas empresas, a partir da análise do tratamento favorecido que a Constituição Federal reserva a quem exerce tal atividade econômica empresária, observando, ainda, as disposições da Lei 11.101/2005, bem como da Lei Complementar 123/2006. A Constituição Federal de 1988 rege, entre os princípios gerais da atividade econômica, a previsão de um tratamento favorecido para as microempresas e empresas de pequeno porte, assim disciplinado em seu artigo 170, inciso IX, em face da relevante repercussão econômica e social destas, pois são imprescindíveis para geração de emprego e renda, produção e circulação de riquezas, além de contribuírem para a arrecadação de tributos e para o desenvolvimento regional. Destarte, diante do atual cenário de crise econômica, as micro e pequenas empresas, assim definidas pela Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, têm sido submetidas ao regime de Recuperação Judicial da Empresa, disciplinado pela Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Segundo o artigo 47 da atual lei de falências, o objetivo da recuperação judicial é possibilitar a superação da crise econômico-financeira, permitindo, assim, a manutenção da fonte produtora geradora de renda, dos empregos e do atendimento dos interesses dos credores, efetivando, assim, a função social da empresa e o estímulo à atividade econômica. Observados esses elementos fundamentais, identifica-se que os artigos 70 a 72, da Lei nº 11.101/2005, delimitaram os mecanismos especificamente destinados ao plano especial de recuperação judicial das micro e pequenas empresas. Contudo, o estudo procura analisar se tais mecanismos estão de acordo com a previsão contida na Constituição Federal em relação ao tratamento favorecido para micro e pequenas empresas, avaliando a eficácia desta tutela especial destinado aos empreendedores. Para tanto, foi considerando o caráter transdisciplinar do objeto pesquisado com o método dedutivo, por meio de pesquisa bibliográfica, utilizando-se da doutrina, jurisprudência e legislações.

¹ Enfermeira Estomaterapeuta, pós Graduada pela Universidade de Pernambuco, MBA Gestão em saúde pela FCAP (Universidade de Pernambuco), Graduada em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco, integrante do PIBIC com projeto de pesquisa: responsabilidade dos administradores da empresa em recuperação judicial, do grupo Direito Civil e Ação.

² Graduada em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco, monitora de Direito Constitucional III no ano letivo de 2017, integrante do PIBIC com o projeto de pesquisa: Pressupostos Necessários ao Processamento da Recuperação Judicial da Empresa, do grupo Direito Civil e Ação.

³ Graduada em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco, integrante do PIBIC com o projeto de pesquisa: Livre iniciativa e crise econômica: problemas e soluções dos regimes de insolvência empresarial, do grupo Direito Civil e Ação.

⁴ Doutor em Direito pela UCLM - Universidad de Castilla - La Mancha (Espanha) (Diploma reconhecido pela UFPE - Universidade Federal de Pernambuco). Mestre pela UFPE - Universidade Federal de Pernambuco. Professor da Universidade Católica de Pernambuco - UNICAP em cuja instituição integra, na qualidade de pesquisador, o Grupo de Pesquisa Direito Civil e Ação, exercendo a coordenação do Projeto de Pesquisa denominado Livre iniciativa e crise econômica: problemas e soluções dos regimes de insolvência empresarial. Advogado.

Palavras-chave: Recuperação Judicial. Microempresa. Empresa de Pequeno Porte. Favorecimento. Superação.

Introdução

A empresa, à luz do artigo 966 do Código Civil, constitui um fenômeno jurídico-econômico que nasce a partir de um interesse privado de multiplicação do capital investido, com o poder de transformar o meio social no qual atua, promovendo o atendimento das necessidades das pessoas com que, direta ou indiretamente, interage, organizando mão de obra alheia mediante remuneração, recolhendo tributos que serão revertidos para a sociedade, mantendo e integrando redes de outras empresas e gerando a circulação de riquezas.

A empresa, portanto, é um fenômeno radicado na realidade econômica e, portanto, na realidade social, que será objeto da ciência jurídica, uma vez que o direito compreende e o eleva à categoria de fato jurídico. A empresa, assim, pode ser concebida, de um lado, como realidade fática e, de outro, como realidade jurídica (CAVALLI: 2012, p. 76).

No Brasil, a importância da atividade empresária é notória, sendo pertinente destacar a pluralidade de tipos empresarias, bem como a possibilidade dos enquadramentos como Microempresa (ME) e Empresa de Pequeno Porte (EPP), que respondem por significativo percentual de geração de emprego. De acordo com estudo do SEBRAE⁵, os pequenos negócios acumularam saldo positivo de 389 mil empregos gerados, revertendo o saldo negativo de 11,2 mil, observado no mesmo período de 2016. Já as médias e grandes empresas (MGE) extinguíram, nos primeiros nove meses de 2017, 198,4 mil postos de trabalho.

Assim, a preocupação que o constituinte teve na elaboração da Constituição Federal de 1988, bem como no Código Civil de 2002, com empresas de tal perfil, ou seja, enquadradas na categoria de Microempresa (ME) ou Empresa de Pequeno Porte (EPP), conferindo, justificadamente, tratamento favorecido e diferenciado, teve o objetivo de proteger e estimular a atividade empresária e a sua função social, sobretudo quando a crise econômico-financeira as atinge.

Nesta senda, em 2005, inspirado por tais princípios, criou-se a Lei 11.101, a qual regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, tendo o presente estudo, o objetivo de analisar se tal instituto, de fato, referendou as diretrizes

⁵ Disponível em: <https://m.sebrae.com.br/Sebrae/Portal%20Sebrae/Anexos/cagedset2017.pdf>. Consulta em: 10 de novembro de 2017.

contempladas pelo texto da Carta Magna e do diploma civilista no tocante à recuperação judicial para microempresas e empresas de pequeno porte.

1. A influência dos princípios constitucionais na recuperação judicial das micro e pequenas empresas

A Constituição Federal de 1988 é a grande pilar do ordenamento jurídico brasileiro, sendo incontroversa sua importância e influência em todos os diplomas legais dela remanescentes. Assim, como grande fonte do Direito, a vigente Constituição Federal estabeleceu uma série de princípios voltados à organização da sociedade de maneira igualitária. Nesse contexto, é mister elencar alguns desses princípios e fazer sua conexão com o tema de nosso estudo, a recuperação judicial das micro e pequenas empresas.

Os primeiros princípios a serem elencados são os princípios da dignidade da pessoa humana, dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, elencados no art. 1, III e IV, da Constituição Federal de 1988.

Quanto ao inciso III do artigo supramencionado, qual seja, o princípio da dignidade da pessoa humana, é certo dizer que a sua relação com o presente estudo decorre da necessidade de assegurar as condições para o desenvolvimento da atividade produtiva, em um duplo viés, ou seja, na perspectiva do empregado e do empregador. Isto significa a garantia do exercício de todas as formas lícitas de trabalho e de atividade empresarial, como expressão efetiva do fundamento constitucional (MANUS, 2014). Já o inciso IV, elenca os princípios dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, sendo estes indissociáveis num Estado democrático de Direito, pois o trabalho envolve a atividade humana que, no contexto do presente trabalho, visa realizar a produção e a circulação de bens e/ou serviços. Além da livre iniciativa, que legitima o direito à liberdade de organizar uma atividade econômica. Assim, é clarividente a relação destes com a recuperação judicial, uma vez que a manutenção dos empregos e o auxílio na atividade econômica são objetivos basilares para justificar um pedido de recuperação. Sendo assim, a Lei 11.101/2005 que se inspira nos princípios constitucionais ora elencados, busca, com a superação da crise econômico-financeira e a consequente manutenção da atividade produtiva, privilegia-los.

Continuando nessa análise, a Constituição Federal traça os princípios gerais da ordem econômica, dispondo em seu art. 170 sobre alguns postulados básicos os quais limitam e

condicionam a atividade econômica com a finalidade de se ajustar aos ditames da justiça social, existindo dentre eles, o tratamento favorecido e diferenciado em favor das microempresas e das empresas de pequeno porte.

Em seu *caput*, o art. 170 da Constituição Federal elenca, novamente, como fundamento para uma boa ordem econômica, a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa, cabendo, portanto, ao Estado promover políticas que visem trazer uma existência digna a toda sociedade.

Ressalta-se, ainda, que tal existência supracitada deve ser conforme os ditames da justiça social, o que nos traz a ideia de que o Estado deve usar a justiça social como parâmetro de atuação sobre a ordem econômica.

Ainda quanto ao art. 170, em seu inciso I, há o princípio da soberania nacional, em razão do qual o Estado, com seu poder de império, deverá, por meio de seus instrumentos, organizar a ordem econômica, intervindo naquilo que for essencial, a fim de corrigir falhas de mercado, caracterizadas, por exemplo, por interesses egoístas dos agentes econômicos, voltados à maximização dos lucros.

Por sua vez, o inciso IV do art. 170, da Constituição Federal, cuida do princípio da livre concorrência, existente desde o nascimento da Constituição Federal de 1988, mas que, apenas com a Emenda Constitucional nº 06, de 15 de agosto de 1995, colocou-se, conforme elucidado por Martins (2017, p.121), a referida regra como verdadeira cláusula pétrea da ordem econômica. Sendo assim, os atores da atividade econômica possuem a garantia de concorrer livremente entre si, sem intervenção estatal desnecessária, não podendo o Estado proibir ou discriminar injustamente uma atividade econômica por si só, sem fundamentos justos; bem como deve o Estado promover incentivos aos atores financeiros que estejam cumprindo requisitos legais, atuando em áreas de manutenção da sobrevivência humana e encorajando outros atores financeiros à atuação pelos ditames legais.

Neste sentido, também se relaciona o inciso VII, do supradito art.170, da CF/88, que se refere ao princípio da redução das desigualdades regionais e sociais que, por seu turno, estende aos agentes econômicos um dos objetivos do Estado.

Dentro desse contexto legal, cabe aos agentes privados, por meio do efetivo exercício da atividade profissional e organizada, propiciar, como corolário da empresa, o desenvolvimento econômico e social.

Nesta perspectiva, tal princípio relaciona-se, conseqüentemente, com o exposto no inciso VIII, do artigo 170 da Constituição, no que tange ao princípio da busca do pleno emprego, que dispõe sobre o aproveitamento máximo do capital, da mão-de-obra, da tecnologia e dos insumos da produção e circulação de bens e serviços.

Desta forma, constitui dever do Estado incentivar a redução das desigualdades econômicas e sociais pela via da geração de empregos, podendo, para tanto, organizar o marco jurídico para atuação da empresa, que, conforme anteriormente destacado, é poderoso e eficaz instrumento de desenvolvimento, a fim de estimular os agentes, criando, enfim, as condições para a manutenção da empresa, sobretudo quando enquadrada como micro ou pequena.

É nessa direção que aponta o inciso IX do referido art. 170 da Constituição Federal, quando assegura tratamento favorecido e diferenciado para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. Evidentemente, a expressão “empresas de pequeno porte” alcança, também, os agentes econômicos enquadrados como microempresa.

O parágrafo único do art. 170 da CF/88 garante a liberdade de exercício de atividade econômica, sem a necessidade de autorização estatal.

A atual Constituição Federal ainda prevê em seu art. 146 que caberá à Lei Complementar estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, cabendo a esta lei definir tratamento diferenciado e favorecido para as microempresas e para as empresas de pequeno porte. Podendo disciplinar, inclusive, sobre regimes especiais ou simplificados no caso do imposto previsto no art. 155, II, das contribuições previstas no art. 195, I e §§ 12 e 13, e da contribuição a que se refere o art. 239, logo, visando o incentivo do desenvolvimento da atividade empresária.

Não por outra razão, o parágrafo único do artigo supracitado há a previsão da possibilidade de instituir um regime único de arrecadação dos impostos e contribuições da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, atualmente existente e denominado de "Simples Nacional".

Não obstante o marco jurídico-constitucional acima detalhado, com claro viés econômico, ninguém duvida que o Brasil foi – e continua sendo – fortemente atingido pelos efeitos adversos da crise econômica. E isso significa que uma parcela significativa de empresas, especialmente aquelas revestidas da condição de micro ou pequena, tem enfrentado dificuldade

no equilíbrio das suas respectivas finanças, com reflexos extremamente negativos para o ambiente econômico.

É nesse ponto, em particular, que o presente artigo centra as suas bases, aí residindo o problema e a respectiva hipótese, uma vez que a aplicação dos regimes previstos na lei 11.101/2005, quais sejam, recuperação judicial, recuperação extrajudicial e falência, têm trazido uma série de consequências para o mercado, lastreado em grande medida na concessão de crédito sob as mais diversas modalidades.

Nesta senda, o procedimento de recuperação judicial tem por objetivo servir de instrumento para a proteção de direitos fundamentais decorrentes da aplicação reflexiva dos princípios constitucionais, especialmente o do devido processo legal e da isonomia, ambos norteados pelos vetores sinalizados, além é claro do princípio da função social da empresa, que abrange a preservação do emprego e da renda dos trabalhadores.

2. Estatuto das microempresas e pequenas empresas: parâmetros de enquadramento para obtenção do tratamento favorecido e diferenciado

Em 2006 foi promulgada a Lei Complementar 123, também conhecida como Lei Geral das microempresas e empresas de pequeno porte, a qual tem com objetivo regulamentar as garantias dispostas na Constituição Federal, que preveem tratamento favorecido, simplificado e diferenciado aos agentes econômicos que atendam as respectivas exigências para enquadramento.

No referido texto legal, em seu artigo 3º, contém a definição de microempresa e de empresa de pequeno porte, diferenciando-as. Assim, a microempresa, também conhecida como ME, poderá ser constituída por uma sociedade empresária, sociedade simples, empresa individual de responsabilidade limitada ou, ainda, um empresário individual, desde que devidamente registrada(o)s nos órgãos competentes, auferindo em cada ano calendário, a receita bruta igual ou inferior a R\$ 360.000,00. Por sua vez, a empresa de pequeno porte, ou EPP, será aquela que obtenha receita bruta anual da empresa superior a R\$ 360.000,00 e igual ou inferior a R\$ 4.800.000,00.

No que tange aos limites legais, observa-se no § 4º, art. 3º, do Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, quem não poderá se beneficiar deste tratamento, a pessoa jurídica: I - de cujo capital participe outra pessoa jurídica; II - que seja filial, sucursal,

agência ou representação, no país, de pessoa jurídica com sede no exterior; III - de cujo capital participe pessoa física que seja inscrita como empresário ou seja sócia de outra empresa que receba tratamento jurídico diferenciado nos termos desta Lei Complementar, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite de que trata o inciso II do caput deste artigo; IV - cujo titular ou sócio participe com mais de 10% (dez por cento) do capital de outra empresa não beneficiada por esta Lei Complementar, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite de que trata o inciso II do caput deste artigo; V - cujo sócio ou titular seja administrador ou equiparado de outra pessoa jurídica com fins lucrativos, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite de que trata o inciso II do caput deste artigo; VI - constituída sob a forma de cooperativas, salvo as de consumo; VII - que participe do capital de outra pessoa jurídica; VIII - que exerça atividade de banco comercial, de investimentos e de desenvolvimento, de caixa econômica, de sociedade de crédito, financiamento e investimento ou de crédito imobiliário, de corretora ou de distribuidora de títulos, valores mobiliários e câmbio, de empresa de arrendamento mercantil, de seguros privados e de capitalização ou de previdência complementar; IX - resultante ou remanescente de cisão ou qualquer outra forma de desmembramento de pessoa jurídica que tenha ocorrido em um dos 5 (cinco) anos-calendário anteriores; X - constituída sob a forma de sociedade por ações. XI - cujos titulares ou sócios guardem, cumulativamente, com o contratante do serviço, relação de pessoalidade, subordinação e habitualidade.

Quanto ao processo de abertura, registro, alteração ou baixa de ME e EPP, encontra-se exposto no art. 4º, § 1º, inciso I, do referido Estatuto, as quais possuem trâmite especial e simplificado para que seja iniciado o seu funcionamento, podendo ser dispensado o uso de firma, com a perspectiva assinatura autógrafa, o capital, requerimentos, demais assinaturas, informações relativas ao estado civil e regime de bens, bem como remessa de documentos, na forma estabelecida pelo comitê para gestão da rede nacional para simplificação do registro e da legalização de empresas e negócios - CGSIM.

No *caput* do art. 5º da referida Lei, foram estabelecidos os procedimentos de abertura e fechamento de empresas, devendo os respectivos órgãos competentes, no âmbito de suas atribuições, manterem a disposição dos usuários as orientações e instrumentos de acesso a informações acerca das etapas de registro ou inscrição, bem como alteração e baixa de empresários e pessoas jurídicas, com o fim de prover o usuário quanto à documentação exigida e à viabilidade do registro ou inscrição.

Já por meio da Lei Complementar nº 123 foi instituído o regime tributário específico para os pequenos negócios, prevendo uma série de benefícios para as empresas, tal como a

redução da carga de impostos e simplificação dos processos de cálculo e recolhimento, denominado Simples Nacional, com vistas a facilitar a vida do pequeno Empresário. Assim, este tratamento tributário diferenciado justifica-se pela necessidade que têm as referidas empresas de proteção estatal, frente à diferença de capacidade contributiva destas quando comparado com as empresas de médio e de grande porte. Criando-se deste modo, o direito subjetivo a um tratamento diferenciado, sem que com isso seja afrontado o princípio da isonomia, uma vez que estas são reconhecidamente vulneráveis e com menor poder de competição no mercado.

Reforçam ainda, que as ME's e EPP's têm maior exposição a riscos e uma menor margem de lucro, possuindo altos índices de abertura e fechamento, sendo certo que tal tratamento diferenciado revela uma boa forma de intervenção estatal para garantir os preceitos trazidos pela Carta Magna brasileira.

Para tanto, cabe ressaltar que o Estatuto da Micro e Pequena Empresa constitui um significativo avanço social no Brasil, pois retirou expressiva quantidade de empreendedores da informalidade, dando dignidade e meios adequados para que negócios de menor poder econômico viessem a se desenvolver.

3. A recuperação judicial da microempresa e da empresa de pequeno porte no contexto jurídico brasileiro

Na conjuntura política, social e jurídica nacional, as microempresas e empresas de pequeno porte são de grande importância para o cenário econômico do país. Segundo dados oferecidos pelo Serviço de Apoio às Micro e Pequenas Empresas – SEBRAE, em um Estudo de Participação das micro e pequenas empresas na economia brasileira publicado em Julho/2014, estas são as principais fontes geradoras de riquezas no comércio brasileiro, com uma participação de 53,4% no Produto Interno Bruto (PIB) deste setor; apresentando destaque também no setor industrial, com uma participação de 22,5% do PIB Nacional e no setor de serviços, onde mais de um terço (36,3%) da produção nacional origina-se deste esfera. Este destaque também se apresenta no setor de emprego e renda, onde as mesmas, em 2011, representaram 44% dos empregos formais no setor de serviços e 70% no comércio.

É bem verdade que, mesmo não tendo a capacidade de uma empresa regular, as ME's EPP's são fundamentais para a subsistência de diversos empregados, e até responsáveis pela economia e desenvolvimento de regiões, quando se tratando de áreas mais isoladas. Todavia, as microempresas e empresas de pequeno porte encontram muitos obstáculos no mercado

econômico e, por isso, a proteção constitucional em comento destina-se a propiciar condições para que elas possam se desenvolver e competir no mercado.

Nesta seara, o legislador brasileiro em observância aos princípios constitucionais, consubstanciado pela máxima aristotélica designa, ao normatizar o plano de recuperação judicial especial concedido às micro e pequenas empresas, igualdade material a estas, no sentido de que se reservar tratamento desigual aos micro e pequenos empresários na medida de sua desigualdade, para que estes possam alcançar a igualdade formal, uma vez que muitas vezes tais empresários são prejudicados pela restrição do acesso ao crédito e pela grande concorrência do mercado.

Em tal contexto, as microempresas e as empresas de pequeno porte em crise econômico-financeira têm a faculdade de apresentar um plano especial de recuperação judicial, desde que afirmem sua intenção de fazê-lo na petição inicial e cumpra os requisitos estabelecidos no artigo 51 da Lei 11.101/2005, ou, alternativamente, podem fazer uso do plano de recuperação judicial “ordinário”. Assim, tal norma evidencia tratamento diferenciado para as ME’s e EPP’s.

Logo, para poder se beneficiar do plano especial de recuperação judicial é necessário cumprir com alguns requisitos cumulativos, a saber: (a) sua expressa vontade de optar pelo plano especial, conforme já destacado, (b) bem como provar sua condição de ME ou EPP, nos termos da Lei Complementar 123/2006, além de demonstrar o atendimento dos pressupostos presentes no art. 48 da Lei 11.101 de 2005.

De acordo com o art. 53, da lei 11.101 de 2005, o plano de recuperação judicial deve ser apresentado pelo devedor em juízo no prazo improrrogável de 60 (sessenta) dias da publicação da decisão que deferir o processamento da recuperação judicial, sob pena de convalidação em falência, e deverá conter: I – discriminação pormenorizada dos meios de recuperação a ser empregados, conforme o art. 50 desta Lei, e seu resumo; II – demonstração de sua viabilidade econômica; e III – laudo econômico-financeiro e de avaliação dos bens e ativos do devedor, subscrito por profissional legalmente habilitado ou empresa especializada.

Ressalte-se que foi partir da Lei Complementar 147/2014, que este plano de tratamento diferenciado às ME’s e EPP’s passou a incluir todos os créditos, ressalvados os créditos fiscais, dos repasses de recursos oficiais do art. 71, inciso I e os créditos do art. 49, parágrafos 3º e 4º, da Lei de Recuperação e Falência. Sendo esse, um grande avanço no que tange à proteção constitucional às empresas de menor domínio econômico, vez que no regramento anterior à Lei Complementar 147/2014 apenas os créditos quirografários, com exceção daqueles

disciplinados no art. 49, § 3º e do art. 71, inciso I, da Lei 11.101/2005 poderiam ser alcançados pelo plano especial, motivo pelo qual sofria severas críticas por parte da doutrina, acarretando insegurança jurídica e desprestígio para o regime especial, levando o agente econômico enquadrado como micro ou pequeno a utilizar o plano “ordinário” de recuperação judicial por parte dos devedores que buscavam superar a sua crise econômica financeira.

Assim, segundo o atual texto da Lei 11.101/2005, o plano especial abrangerá todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos, excetuados os decorrentes de repasse de recursos oficiais, os fiscais e os previstos nos §§ 3º e 4º do art. 49, razão pela qual estarão excluídos os créditos decorrentes da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, de arrendamento mercantil, da condição de proprietário ou promitente vendedor de imóvel cujos respectivos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade, inclusive em incorporações imobiliárias, bem como o proprietário em contrato de venda com reserva de domínio. Destaca-se que os credores não atingidos pelo plano especial não terão seus créditos habilitados na recuperação judicial.

Cabe ressaltar ainda outra alteração trazida pela LC 147/2014 de grande relevância para a recuperação judicial aos credores, quanto o cálculo dos juros e correção monetária, vez que os cálculos da RJ passaram a ter com base a taxa do Sistema Especial de Liquidação e Custódia (SELIC), que se adapta tanto os juros quanto a correção monetária à atual brasileira.

Consoante, ainda, às mudanças elucidadas pela já referida Lei Complementar 147/2014, vale frisar a inserção no plano de proposta de abatimento do valor das dívidas, haja vista a sua impossibilidade no plano anterior. Outrossim, também foi modificado o prazo para pleitear nova recuperação após permitida outra anterior. Antes da promulgação da Lei Complementar 147/2014 o lapso temporal para se requerer outra recuperação judicial especial era de oito anos, atualmente, esse prazo se equiparou com o plano ordinário, ou seja, cinco anos. Esta era outra observação feita pela doutrina à Lei de Recuperação e Falência de Empresas, que ressaltava a inconstitucionalidade da norma pelo prazo desarrazoado para às microempresas e empresas de pequeno porte.

No que tange o meio de parcelamento e o prazo para o pagamento da primeira parcela do plano de recuperação judicial, não houve qualquer alteração, isto é, permanece o parcelamento em 36 (trinta e seis) meses em valores iguais e sucessivos. Todavia, não há objeção em que o prazo aconteça em tempo inferior. Contudo, a primeira parcela deverá ser paga em até 180 (cento e oitenta) dias contados da distribuição do pedido de recuperação, a teor do disposto no art. 71, incisos II e III, Lei nº 11.101/ 2005.

Não obstante, o prazo de 36 meses para o pagamento das dívidas abrangidas pela RJ, restou sendo na prática um desprivilegio para as ME's e EPP's em relação aos grandes e médios empresários, uma vez que apenas estes, têm a liberdade de negociar o prazo que melhor satisfaz os seus anseios econômicos, restando mitigado o tratamento diferenciado outorgado pela Constituição aos pequenos empresários, dada a rigidez imposta a estes.

Ademais, é oportuno frisar que, não há suspensão de ações e de execuções contra o micro e pequeno empreendedor na recuperação especial, ou seja, créditos não contidos no plano especial permanecem exigíveis, diferentemente do plano ordinário, revelando, portanto, que o regime de plano especial previsto na Lei 11.101/2005 ainda não concretizou satisfatoriamente a garantia de tratamento verdadeiramente favorecido e diferenciado em favor do microempresário e do empresário de pequeno porte.

É pertinente destacar que no plano especial, cabe ao juiz à aprovação da recuperação, quando atendidos as exigências legais. Porém, se houver objeção por parte de credores de mais da metade de umas das classes, o juiz decretará a falência, conforme preceitua o art. 72, parágrafo único, da Lei 11.101/2005. Nesse sentido, mais uma vez, os micros e pequenos empresários carecem de uma regulação igualitária, pois, diante da ausência de uma assembleia de credores, não é aberto o espaço para debates em torno do plano especial, quando seria dada a oportunidade de correções de eventuais inconsistências da proposta apresentada pelo devedor aos respectivos credores. Assim, a concessão da recuperação judicial fica exclusivamente nas mãos dos credores, cabendo, no limite, ao magistrado, verificar os aspectos formais das manifestações contrárias ao plano especial, a fim de afastá-las e, sendo possível, proferir decisão concessiva da recuperação pleiteada.

É mister destacar, a propósito do tema, que a empresa em crise no momento em que postula a recuperação judicial perde a sua natureza plena autonomia privada e passa a ter sofrer uma permanente interferência judicial, uma vez que o plano especial necessariamente estabelecerá a necessidade de autorização do juiz, após ouvido o administrador judicial e o Comitê de Credores, para o devedor aumentar despesas ou contratar empregados.

Nesse sentido, no momento da elaboração do plano de recuperação, o requerente deve buscar não só uma proposta de pagamento, mas também uma reestruturação empresária, que evidencie com clareza sua administração e forma de organização, qual seja, a governança corporativa, a qual impõe a necessidade de utilização de instrumentos interdisciplinares (econômicos, administrativos e jurídicos, por exemplo), cabendo ao juízo de recuperação observar e prezar para que o plano de reestruturação não ultrapasse a fronteira da legalidade, sob pena de supressão do próprio Estado de Direito Democrático. Portanto, a transparência na recuperação judicial, deve ser observada não somente no momento de seu pedido, mas, também, na própria concepção do plano apresentado, de modo a evitar circunstâncias depreciativas deste.

Contudo, é imprescindível destacar que, apesar dos avanços instituídos com a Lei Complementar 147/2014, o legislador ratificou a única maneira possível para a recuperação pelo tratamento especial, qual seja: o parcelamento do débito. Com isso, corrobora com o engessamento da limitação de possibilidades de negociações imposta desde os ordenamentos anteriores às microempresas e empresas de pequeno porte.

Conclusão

A partir de uma análise circunstanciada, diante de fundamentos constitucionais e dos princípios da ordem econômica, bem como, da legislação voltada para o tratamento especial às micro e pequenas empresas, é irrefutável a relevância destas na conjuntura nacional, haja vista importantíssima função social, fazendo-se imprescindível um efetivo procedimento de incentivo as microempresa e as empresa de pequeno porte.

Neste sentido, foi criada a Lei nº 11.101 de 2005, Lei de Recuperação e Falência, corroborados com as legislações complementares posteriores, sobretudo a Lei Complementar 147/2005, visando atender aos preceitos elencados na Constituição Federal vigente; Tendo tais normas infraconstitucionais, em parte sido consideradas avanços, e em outras, são apenas mecanismos que ainda culminam por prejudicar as empresas de menor domínio econômico que possam a vir tentar a reestruturação de suas dívidas com os credores.

Sendo assim, na prática, os ME's e EPP's quando em crise econômica, frente as poucas vantagens do plano especial dada sua rigidez, optam pelo Plano Ordinário, pelo fechamento do estabelecimento, ou simplesmente, acabam por suportar os efeitos da Falência. Sendo nesta perspectiva, o tratamento favorecido, que lhes é assegurado constitucionalmente, vez por outra negligenciado.

Urge a necessidade de se desenvolver um plano de recuperação judicial que ultrapasse os anseios da macroeconomia, que colabore para a continuidade da atividade empresarial do micro e pequeno empreendedor, com a função social, empregos, geração de renda e desenvolvimento local, e que se faça especial por assim sê-lo e não por assim ser denominado.

Referências

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 46 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. Lei Complementar nº 123 de 14 de dezembro de 2006. Institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte; altera dispositivos das leis nº 8.212/91 e 8.213/91, da Consolidação das Leis do Trabalho; da Lei Complementar nº 63/90 e revoga as Leis nº 9.317/96 e 9.841/ 99. **Diário Oficial da União**. Brasília, 15 de dezembro de 2006.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Direito Administrativo**. 28 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015.

MACHADO CAVALLI, Cássio. **Empresa, direito e economia**: elaboração de um conceito jurídico de empresa no direito comercial brasileiro contemporâneo a partir do dado teórico econômico. 2012. 304 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Rio Grande do Sul, 2012.

COELHO, Fábio Ulhôa. **Comentários à lei de falências e de recuperação de empresas**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

COELHO, Fábio Ulhôa. **Curso de direito comercial**: direito de empresa. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, v. 3.

EXM Partners. **Recuperação judicial com base em plano especial para as microempresas e empresas de pequeno porte**. Por jus. Disponível em: <http://exmpartners.com.br/exmnews/recuperacao-judicial-com-base-em-plano-especial-para-as-microempresas-e-empresas-de-pequeno-porte/>. Acessado em: 16 de outubro de 2017.

HENRIQUE, Márcio Alexandre Loti. **O plano de recuperação judicial para microempresas e empresas de pequeno porte**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/37119/o-plano-de-recuperacao-judicial-para-microempresas-e-empresas-de-pequeno-porte>. Acessado em: 15 de outubro de 2017.

LAUTENSCHLEGER JÚNIOR, Nilson. **Os desafios propostos pela governança corporativa ao direito empresarial brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2005.

MANSKE, Júlio Max. Os benefícios da recuperação judicial para as microempresas e empresas de pequeno porte. Disponível em: <http://phmp.com.br/artigos/os-beneficios-da-recuperacao->

[judicial-para-as-microempresas-e-empresas-de-pequeno-porte/](#). Acessado em 15 de outubro de 2017.

MARTINS, Fran. **Curso de direito comercial**. 40^a. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

MANUS. Pedro Paulo Teixeira. **Valores do trabalho e da livre iniciativa como fundamentos da terceirização**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-dez-19/reflexoes-trabalhistas-valores-sociais-trabalho-livre-iniciativa-fundamentos-terceirizacao>

PIMENTEL, Silvia. Lei de Recuperação Judicial não atende pequenas empresas. Disponível em: <https://dcomercio.com.br/categoria/leis-e-tributos/lei-de-recuperacao-judicial-nao-atende-pequenas-empresas>. Acessado em 15 de outubro de 2017.

SEBRAE. Participação das micro e pequenas empresas na economia brasileira. Disponível em: <https://m.sebrae.com.br/Sebrae/Portal%20Sebrae/Estudos%20e%20Pesquisas/Participacao%20das%20micro%20e%20pequenas%20empresas.pdf> Acesso em: 13 out. 2017

_____. Micro e pequenas empresas geram 27% do PIB do Brasil. Disponível em: <https://www.sebrae.com.br/sites/PortalSebrae/ufs/mt/noticias/micro-e-pequenas-empresas-geram-27-do-pib-do-brasil,ad0fc70646467410VgnVCM2000003c74010aRCRD> Acesso em: 29 Outubro 2017.

_____. Novo MPE indicadores. 23 jul. 2014. Disponível em: <https://www.sebrae.com.br/Sebrae/Portal%20Sebrae/Anexos/Novo%20MPE%20Indicadores%20-%2023%2007%202014.pdf> Acesso em: 29 de Outubro de 2017.

SEBRAE-SP. “10 Anos de Monitoramento da Sobrevivência e Mortalidade de Empresas”. 2008. Disponível em: <https://www.sebrae.com.br/sites/PortalSebrae/ufs/sp/sebraeaz/mortalidade-e-sobrevivencia-das-empresas,d299794363447510VgnVCM1000004c00210aRCRD> Acesso em: 29 de Outubro de 2017.

SIMIONATO, Frederico Augusto Monte. **Tratado de direito falimentar**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

TEORIA MINIMALISTA E MAXIMALISTA: UM ENFOQUE ÀS DECISÕES DO STF

José Edson da Silva¹

Resumo

O presente trabalho tem por desígnio introdutório estudar e analisar as Teorias do Minimalismo Judicial e Maximalismo, desenvolvida pelo jurista Norte-Americano Cass Robert Sunstein, em sua obra “One Case at a Time: Judicial Minimalismo on the Supreme Court”² - Um caso por vez: Minimalismo Judicial no Supremo Tribunal-, correlacionando tais teorias com o ordenamento jurídico brasileiro, em especial algumas decisões específicas do Supremo Tribunal Federal, citando, de forma didática o instituto Constitucionalismo Democrático. O objetivo do trabalho em tela é relacionar as Teorias Minimalista e Maximalista com as decisões do Supremo Tribunal Federal, apontando quais os pontos positivos e negativos da aplicação de cada teoria aos casos concretos, levando à retórica as consequências de tais decisões. Trata-se de um projeto que envolve pesquisa teórica e análise de casos práticos. A metodologia utilizada envolveu fundamentalmente leitura de obras relevantes para o aprofundamento do trabalho em tela e a correlação entre as teorias estudadas com determinadas decisões da Suprema Corte brasileira, chegando-se à fins críticos e contributivos ao ordenamento jurídico. Embasado nas pesquisas e análises de julgados do STF é possível obter como resultado, um panorama geral, onde a maioria de seus ministros adotam a Teoria Maximalista, proferindo votos extensivos com fundamentações amplas, acarretando um certo refluxo social por estarem decidindo questões ainda não debatidas no meio social. Por fim, conclui-se que, ao adotarem a Teoria Maximalista ou o Constitucionalismo Democrático, este último desenvolvido pelos autores Robert Post e Reva B. Siegel³, tem-se como resultado a proximidade das decisões da Suprema Corte, que acarreta, dentre outros efeitos negativos, o aumento de encargos e erros judiciais, como à exemplo da ADI 3510.

Palavras-chave: Teoria Minimalista e Maximalista. Constitucionalismo Democrático. Decisões do STF.

Introdução

A sociedade encontra-se inserida em um campo social de grandes diversidades culturais, religiosas, políticas, filosóficas, ideológicas, dentre outros. Tal fato acaba gerando inúmeras discussões, as quais muitas vezes são levadas ao Poder Judiciário, para que àquelas que tiverem seus direitos ameaçados ou violados possam buscar a devida reparação. Atualmente, o país passa por um momento bastante crítico em relação à falta de diálogo entre os três poderes. Muitos juristas analisam tal situação como sendo uma crise institucional, onde, embora sejam

¹ Graduado em Direito pela Associação Caruaruense de Ensino Superior – ASCES/UNITA. Advogado especializado na área criminal.

independentes, estão à distâncias de serem harmônicos, como bem preceitua o art. 1º, da Constituição Federal.

Neste contexto atual, onde os três poderes da República Federativa do Brasil não conseguem encontrar um liame que possa os unir, surge o professor americano Cass Robert Sunstein, proponente do minimalismo judicial, onde propõe uma teoria baseada em uma atuação menos ativa dos julgadores e respectivos órgãos jurisdicionais em questões controvertidas, sobre as quais causam grandes repercussões sociais.

A Teoria do Minimalismo Judicial auxilia a compreender, dentro do contexto atual das decisões judiciais, os efeitos de sentenças, votos e acórdãos extensos, que acabam englobando determinados assuntos que se quer mantém relação direta com o objeto principal da matéria, bem como enxergar a necessidade de tornar o Poder Legislativo os reflexos dos anseios da própria sociedade, levando em consideração que estes parlamentares são escolhidos pelo povo para governar a nação.

A primeira parte deste artigo científico tem por objetivo compreender de forma mais aprofundada a Teoria do Minimalismo Judicial, tomando como parâmetro a obra de Cass Robert Sunstein intitulada de “One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court, publicada em Harvard, em 1999.

Posteriormente, o presente demonstrará a importância da discussão atual que paira sobre o ativismo judicial e sua correlação com o maximalismo jurídico, modelo aplicado à maioria das decisões judiciais no Brasil nos dias atuais. Ademais, caberá a análise do minimalismo judicial no contexto da realidade brasileira dos órgãos julgadores, tomando como parâmetro referencial determinadas decisões do Supremo Tribunal Federal, onde, por vezes, seus ministros acabam se alongando em decisões que tem por objetos matérias bastante controversas, gerando efeitos negativos.

1. Minimalismo Judicial e seus efeitos

Em contrapartida ao ativismo judicial, o qual tem por objetivo promover uma participação mais extensiva do Poder Judiciário em questões sociais, políticas e econômicas, o jurista americano Cass Sunstein, por meio de sua teoria minimalista, afirma que a participação de tal Poder deve ser um tanto quanto reduzida, deixando de lado questões análises desnecessárias em casos concretos. Decisões judiciais mais diretas e menos maximalistas contribuiria até

mesmo para que a democracia se estendesse à todos os cidadãos de determinada nação. Sobre democracia, afirmava Cass Sunstein:

Um direito mínimo às garantias sociais e econômicas pode ser justificado, não só pelo fato das pessoas em condições desesperadoras não terem uma vida boa, mas também pelo fato de que a democracia exige uma certa independência e segurança para todos. (SUNSTEIN, 2001, p. 235).

A Teoria do Minimalismo Judicial (MAGALHÃES, 2009), partiria do pressuposto de que a sociedade, em sua essência, detém uma pluralidade sem tamanho de ideais culturais, filosóficas, políticos, dentre outros. Tal fato acaba gerando, de forma inevitável, diversidade de opiniões e, conseqüentemente, inúmeros conflitos.

Assim, o papel do Estado seria intervir nas relações humanas conflituosas para garantir que sejam efetivamente protegidos e reparados os seus respectivos direitos e garantias fundamentais. Em uma boa democracia, os direitos e garantias constitucionais garantem a proteção à direitos e impedem que hajam, por exemplo, invasões à domicílios de pessoas que discordam enfaticamente (SUNSTEIN, 2001, p. 240). Seria correto afirmar que é dever do julgador analisar quais os efeitos positivos e negativos de suas decisões para as partes envolvidas na demanda, bem como seus reflexos na sociedade como um todo.

Cass Sunstein (1999) afirma ainda que as decisões judiciais devem possuir estreiteza e serem superficiais, uma vez que podem ocorrer casos semelhantes com julgamentos totalmente distintos. Estreitas no sentido de que julgamentos devem ser relativizados quanto às matérias tratadas; e superficiais no tocante de julgamentos mais sólidos, abandonando-se as considerações abstratas e desnecessárias.

Portanto, percebe-se que o minimalismo judicial estaria fortemente ligado à prática da democracia contemporânea, auxiliando na busca pela garantia de uma sociedade mais justa e equilibrada, fazendo com que alguns debates cuja matéria tenham grandes repercussões sociais acabem sendo discutidos dentro da própria sociedade por meio de deliberações públicas, efetivando uma espécie ética liberal, fazendo com que as divergências sociais se diminuam, possibilitando o aumento de acordos, conciliações.

A aplicação do minimalismo judicial acende uma grande polêmica dentro do ordenamento jurídico brasileiro, pois desconsiderar aspectos morais filosóficas em decisões judiciais para se evitar, dentre alguns efeitos negativos, o refluxo social, pois potencializaria manifestações políticas e sociais contrárias às decisões judiciais. Sobre tal refluxo, discorre o jurista Bunchaft:

Os juízes devem decidir os casos de forma estreita sem invocar teorias filosoficamente profundas, permitindo que questões moralmente controversas sejam solucionadas pelas instâncias deliberativas. O argumento fundamental do autor é que certas formas de ativismo judicial propiciam o “refluxo”, inspirando articulação de forças políticas contrárias ao sentido da decisão (BUNCHAFT, 2014, p. 128).

É notório que uma das finalidades do minimalismo judicial é tentar reduzir o número de erros do Poder Judiciário, os quais surgem com julgamentos de decisões com caráter genéricos, uma vez que estas acarretam o tangenciamento de massas, causando efeitos adversos e por vezes perigosos, como à exemplo a limitação do Direito acompanhar as mudanças sociais. Corroborar à este raciocínio às palavras de Sunstein:

E, talvez o mais importante, o minimalismo permite que o processo democrático em grande margem se adapte a desenvolvimentos futuros, para a produção de compromissos mutuamente vantajosos, e para adicionar novas informações e perspectivas para questões legais. (SUNSTEIN, 2001, p. 312)

2. Constitucionalismo Democrático

Em contrapartida ao minimalismo judicial, tem-se o Constitucionalismo Democrático instituído por Robert Post e Reva Siegel, os quais defendem a ideia de que questões que causem o chamado backlash (brechas) estão intrínsecas no desenvolver social. Esses autores afirmam que o minimalismo judicial enfraquece ao passo que práticas deliberativas são deixadas de lado, pois um dos fortes aspectos de uma nação está na sua forma de se manifestar livremente, sendo o refluxo social um meio de resposta, não existindo sociedade livre se não houver discussões baseadas na pluralidades de pensamentos.

Outra crítica a ser pontuada pelos defensores do Constitucionalismo Democrático seria a real possibilidade de minorias serem “escanteadas”, pois seus direitos estariam impedidos de serem abordados pelos órgãos jurisdicionais, posto que são exatamente nas matérias controversas que se encontram as discussões sobre direitos e garantias fundamentais.

A diversidade de cultura, religião, posições políticas, dentre outros, ganhariam papel de destaque para a formação de cidadãos conscientes e tolerantes, sendo o direito de livre manifestação do pensamento uma forma de influenciar o julgador que interpreta a Carta Maior e as leis que dela derivam.

Para Robert Post e Siegel o efeito do “refluxo social” estaria intrínseco na ideia de constitucionalismo moderno, uma vez que as várias formas de se interpretar as normas constitucionais seria um fato normal dentro de uma sociedade marcada pelo pluralismo cultural.

Em seus próprios dizeres “o refluxo procura manter a sensibilidade democrática do significado constitucional” (POST, Robert e SIEGEL, Reva, 2007, p. 373).

Destarte, ao que parece saltar aos olhos, os que defendem o Constitucionalismo Democrático propõe um modelo de constitucionalismo onde a Constituição Federal seja interpretada nos moldes da pluralidade de opiniões e ideologias.

O Constitucionalismo Democrático proposto por Post e Siegel busca legitimar a atuação do Poder Judiciário através dos princípios constitucionais que aderem o diálogo e o respeito entre as diversidades de pensamentos no processo interpretativo das normas constitucionais. A atuação constante do povo por meio das manifestações sociais possibilita novas formas de interpretações à Constituição, como ocorreu nos EUA em meadas de 1970, onde movimentos feministas fizeram com que os órgãos jurisdicionais modificassem sua forma de julgar determinadas matérias.

Tal inovação moral da sociedade norte-americana com relação aos direitos da mulher rompeu valores sociais de cunho discriminatórios e preconceituosos. Neste ponto, expressa Siegel:

(...) Ao invés de focalizar os governantes como agentes-de-mudança, eu emprego o conceito de cultura constitucional para explorar como as mudanças, na compreensão constitucional, emergem da interação dos cidadãos e governantes. Dessa forma, a cultura constitucional elabora as alegações populares e jurídicas sobre a Constituição e permite formas de comunicação e engajamento deliberativo entre cidadãos e governantes que dinamicamente sustentam a autoridade democrática da Constituição na história. (...) (POST, Robert e SIEGEL, Reva, 2007, p. 1325).

Diante deste cenário acima exposto, onde as manifestações sociais modifica a forma de interpretar a Lei Maior de um país, seria necessário destacar que em meio ao “calor” da emoção de uma nação, o Poder Judiciário teria o papel de salvaguardar os direitos e garantias das minorias que sofrem represálias do processo político majoritário.

Na visão de Post e Siegel, determinadas decisões judiciais relacionadas à questões morais controversas podem chegar a dividir opiniões em meio social, porém há de ser levado em consideração que o desacordo moral é inerente à uma nação, que podem ter consequências negativas, porém, também positivas.⁴

Contudo, tais autores americanos afirmam que mesmo havendo julgamentos divergentes dos anseios sociais, a interpretação da Constituição tem por legítima, uma vez que as pessoas depositam confiança nos órgãos julgadores se partido do pressuposto que estes passaram por

⁴ Neste diapasão, Post e Siegel afirmam que a interação entre o Poder Judiciário e as manifestações sociais justificariam uma cultura constitucional, o que possibilitaria a inspiração do julgador ao interpretar a Constituição.

uma enorme preparação para desempenhar a função judiciária. (POST, Robert e SIEGEL, Reva, 2009, p. 27).

Post e Siegel acreditam que a concepção de “respeito” trazida pelo minimalismo judicial, enfraquece os valores constitucionais relevantes. Ainda sobre o tema, os autores americanos citam em uma de suas obras que Sunstein não explica de forma clara como o minimalismo enxerga o “respeito”. É de suma importância ilustrar o pensamento dos constitucionalistas:

(...) Um significado possível de “respeito” consiste no fato de que as Cortes deveriam permanecer neutras em relação a visões constitucionais antagônicas e concorrentes. Mas, nossa análise sobre a reação contra *Roe* sugere a possibilidade de ocorrerem circunstâncias nas quais tal posição de neutralidade não exista. Os Constitucionalistas progressivos consideram as questões de papéis familiares e de fé religiosa como decisões individuais que não deveriam ser impostas pelo Estado em uma comunidade pluralista. Conservadores, lidando com o refluxo contra *Roe*, consideram a proteção do individualismo como desrespeitosa de suas visões de valores familiares tradicionais e fé tradicional. Uma corte deve escolher esses ideais constitucionais concorrentes. (...). (POST, Robert e SIEGEL, Reva, 2007, p. 425-426).

Assim, o debate entre a Teoria do minimalismo judicial e do maximalismo ganha entornos grandiosos entre os juristas dentro do ordenamento jurídico brasileiro, em especial quando abordada mediante julgamento de tribunais, onde há incidência mais clara de determinadas posições dos seus respectivos julgadores que demonstram sobre qual teoria se baseia para processar e julgar processos de sua competência.

3. Os riscos da aplicação da Teoria Maximalista em decisões do Supremo Tribunal Federal – análise de determinadas decisões

Não se pode negar que decisões judiciais advindas dos tribunais brasileiros causam maiores repercussões em meio social, tanto pelo fato de serem julgados sob forma de recursos (em sua maioria), como por tais órgãos darem a “palavra final” quanto ao mérito das demandas.

Sob esta ótica, vale a pena analisar determinadas decisões do Supremo Tribunal Federal, as quais seus respectivos ministros-julgadores se utilizam do Constitucionalismo Democrático ou Maximalismo para decidirem, produzindo votos extensivos, que, por vezes, se mostram além do limite do objeto da matéria a qual está sendo discutido.

3.1.1 Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI nº 3510⁵

A Ação Direta de Inconstitucionalidade, a qual teve como relator o Ministro Ayres Britto, foi processada e julgada pela Suprema Corte no ano de 2008, a qual levou à discussão ao maior patamar do Poder Judiciário a (in) constitucionalidade da Lei nº 11.105/2005, conhecida como a Lei de Biossegurança. A referida ADI teve como requerente o Procurador Geral da República, à época Dr. Cláudio Lemos Fonteles, e requeridos o Presidente da República e o Congresso Nacional.

Segundo o autor da ação, a Lei de Biossegurança, em seu artigo 5º, estaria em desconformidade com a Constituição Federal, posto que contrariam a “inviolabilidade do direito à vida, pois o embrião humano seria um ser humano, fazendo ruir o maior fundamento do Estado Democrático de Direito, qual seja a dignidade da pessoa humana.

Necessário destacar que, por maioria dos ministros do STF, a ADI 3510 foi julgada improcedente, por não entenderem que a Lei nº 11.105/2005 seria inconstitucional, em especial no seu artigo 5º, o qual dispõe:

Art. 5º É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização **in vitro** e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições:

I – sejam embriões inviáveis; ou

II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento.

§ 1º Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores.

§ 2º Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa.

§ 3º É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997.(BRASIL. Lei 11.105, de 24 de março de 2005. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111105.html)

A grande discussão em torno da (in) constitucionalidade seria a utilização de células-troncos embrionárias em processos terapêuticos que visam a cura ou tratamento de determinadas doenças humanas como atrofia espinhais progressivas, distrofias musculares, esclerose múltipla e lateral amiotrófica, neuropatias e doenças do neurônio motor, cujos

⁵ Texto Integral da Decisão ADI 3510, encontrado no site do Supremo Tribunal Federal: <http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=611723&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20ADI%20%203510>.

embriões seriam reproduzidos em laboratórios ou *in vitro*. Ressaltando que a retirada de células-tronco de um determinado embrião *in vitro* destruiria sua própria unidade.

Ou seja, de um lado estaria o direito à vida, para àqueles que consideram que um embrião seria uma vida entre os seus 5º e 14º dias de formação (teorias “concepcionalistas”), onde a vida começaria a partir da fecundação; de outro a liberdade, segurança, bem-estar, desenvolvimento e igualdade, valores sociais contidos inclusive no Preâmbulo da Constituição Federal, sendo interpretada pelos ministros do STF como sendo o constitucionalismo fraternal nas relações humanas (teorias “natalistas”), além do direito a livre manifestação científica e o direito à saúde como corolário do direito fundamental à vida digna.(NOVELINO, Marcelo, 2017, p. 486)

Dessa forma se posicionou o Advogado Geral da União:

Com fulcro no direito à saúde e no direito de livre expressão da atividade científica, a permissão para utilização de material embrionário, em vias de descarte, para fins de pesquisa e terapia, consubstancia-se em valores amparados constitucionalmente.⁶

Em um trecho do seu respectivo voto, o Ministro relator do caso Ayres Britto, afirmou que “vida humana já revestida de atributo da personalidade civil é o fenômeno que transcorre entre o nascimento com vida e a morte”. Tal afirmativa induz o leitor a pensar que somente possui direitos concernentes à personalidade o indivíduo que nasce com vida, desconsiderando os direitos reservados ao nascituro. Reporta-se trecho de seu voto:

E quando se reporta a "direitos da pessoa humana" (alínea b do inciso VII do art. 34), "livre exercício dos direitos (...) individuais" (inciso III do art. 85) e até dos "direitos e garantias individuais" como cláusula pétrea (inciso IV do § 4a do art. 60), está falando de direitos e garantias do indivíduo-pessoa. Gente. Alguém. De nacionalidade brasileira ou então estrangeira, mas sempre um ser humano já nascido e que se faz destinatário dos direitos fundamentais "à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade", entre outros direitos e garantias igualmente distinguidos com o timbre da fundamentalidade (art. 5º) (ADI 3510 – Ministro-relator Ayres Britto, p. 164.)

E continuou:

Numa primeira síntese, então, é de se concluir que a Constituição Federal não faz de todo e qualquer estágio da vida humana um autonomizado bem jurídico, mas da vida que já é própria de uma concreta pessoa, porque nativiva e, nessa condição, dotada de compostura física ou natural. É como dizer: a inviolabilidade de que trata o artigo 5º é exclusivamente reportante a um já personalizado indivíduo (o inviolável é, para o Direito, o que o sagrado é para a religião). E como se trata de uma Constituição que sobre o início da vida humana é de um silêncio de morte (permito-me o trocadilho), a questão não reside exatamente em se determinar o início da vida do homo sapiens, mas em saber que aspectos ou momentos dessa vida estão validamente protegidos

⁶ Trecho retirado da própria ADI 3510, fl.115. Site: <http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=611723&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20ADI%20%203510>.

pelo Direito infraconstitucional e em que medida. (ADI 3510, Ministro-relator Ayres Britto, p. 165/166).

As palavras proferidas pelo Ministro Ayres Britto, relator da ADI 3510, dispõe sobre a existência de vida humana apenas com o nascimento do nascituro, o qual obteria vida extra-uterina. Decisões extensivas que adotam a teoria do maximalismo judicial tendem a ter amplitude de fundamentação, posto seus julgadores não se limitam a utilizar as razões necessárias à decisão do caso, mas a construir extensas teorias a partir das quais são deduzidas regras para a resolução de casos futuros; além das profundidades das fundamentações, caracterizadas pelas vastas considerações abstratas relacionadas a questões complexas e controvertidas (BRANDÃO, Rodrigo, p. 128).

Na maioria dos casos, questões complexas estão ligadas a análises morais, políticas, filosóficas, econômicas e sociais. Seriam nesses casos em que a Teoria do Minimalismo Judicial afirma que os julgadores deveriam atuar com mais cautela, haja vista a forte incidência de erros e custeio de decisões demasiadas.

Com efeito, diante de questões complexas, sujeitas a circunstâncias mutáveis e ao desacordo moral razoável frente à uma sociedade pluralista, adotar o minimalismo seria uma opção racional, posto que reduziria possibilidade de erros e de consequências não antecipadas, seguiria uma vertente baseada na segurança jurídica, pois determinadas matérias podem ser objeto de mutação quanto à sua forma interpretativa, conforme a sociedade evolui, e, por fim preservaria a estabilidade social com respeito aos diversos modos de pensar e de viver da nação.(SUNSTEIN, Cass, 1999, p. 23-24).

3.1.2 Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF nº 33⁷

A ADPF nº 33 foi proposta pelo Governador do Estado do Pará, no ano de 2005, a qual teve por discussão a não-recepcionalidade do art. 34, do Regulamento de Pessoal do Instituto de Desenvolvimento Econômico-Social do Pará – IDESP nº 8/86 (anterior à vigência da Constituição Federal de 1988), sob fundamento de que tal dispositivo contrariava a Constituição Federal por ofender o princípio federativo, quanto a autonomia dos Estados e Municípios (art. 60, §4º, da CF/88), além da vedação constitucional do salário mínimo para qualquer fim (art. 7º, IV, da CF/88). É valioso destacar que esta foi a primeira ADPF julgada no mérito pelo Supremo Tribunal Federal, ocasião em que a Suprema Corte teve a oportunidade de definir os principais contornos dessa ação constitucional.

⁷Texto integral da Decisão disposto no site: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=388700>.

O Ministro Gilmar Mendes figurou na ação como relator. O dispositivo sobre o qual se discutia a recepção ou não pela Carta Magna do art. 34, da Resolução nº 8/1986 do IDESP/PA (aprovada pelo Decreto Estadual do Pará de nº 4.307/1986) o qual possui natureza jurídica de autarquia estadual, vinculava o salário dos servidores de tal Instituto ao salário mínimo. Em" seu voto o Ministro Gilmar Mendes tratou de forma minuciosa sobre diversas aspectos do Instituto paraense.

Em um longo trecho de seu voto, o ministro-relator Gilmar Mendes traça um histórico analisando o procedimento do controle de constitucionalidade das leis e atos normativos pré-constitucionais em face de controle constitucional abstrato, comparando tal procedimento em diversos países da Europa, dentre eles Alemanha, Áustria, Itália, Portugal. Segue parte de sua decisão:

Dessa forma, eventual colisão entre o direito pré-constitucional e a nova Constituição deveria ser simplesmente resolvida segundo os princípios de direito intertemporal (Rp nº 1.012, Rel. Min. Moreira Alves, RTJ 95/990). Assim, caberia à jurisdição ordinária , tanto quanto ao STF, examinar a vigência do direito pré-constitucional no âmbito do controle incidente de normas, uma vez que, nesse caso, cuidar-se-ia de simples aplicação do princípio *lex posterior derogat priori*, e não de um exame de constitucionalidade.

A praxis **austriaca** parte do princípio de que o objeto do controle abstrato de normas, nos termos do art. 140, da Lei Constitucional, não são apenas as leis federais e estaduais, mas também as antigas leis do Reich e dos Estados, desde que tenham sido recebidas em conformidade com o preceituoso nas “Disposições Constitucionais Transitórias” de 1920...

A Corte Constitucional **alemã** desenvolveu uma espécie de solução de compromisso, assentando que tanto as leis pós-constitucionais quanto as pré-constitucionais podem ser objeto do controle abstrato de normas. Estão submetidas, porém, ao processo de controle concreto de normas apenas as leis pós-constitucionais, uma vez que, nesse caso, a decisão sobre a colisão de normas não ameaça a autoridade do legislador constitucional...

A Corte Constitucional **italiana** já na sua primeira decisão, em 05.06.56, reconheceu competência para examinar a constitucionalidade do direito pré-constitucional, por que tanto o art. 134 da Constituição quanto a Lei Constitucional, de 09.02.48, cuidavam apenas da constitucionalidade da lei, e entre a lei ordinária e a Constituição existe uma diferença de hierarquia, sendo, por isso, irrelevante a distinção entre direito pré-constitucional e pós-constitucional....

A Constituição **portuguesa**, de 1976, consagrou expressamente a chamada “inconstitucionalidade superveniente” (art. 282, §2º, reconhecendo a competência da Corte Constitucional para examinar a compatibilidade do direito pré-constitucional em face da nova Constituição...

O Tribunal Constitucional **Espanhol** optou por uma linha intermediária, que lhe permite dividir a competência com a jurisdição ordinária em relação ao direito pré-constitucional, e outorga-lhe em relação ao direito pós-constitucional o monopólio da censura.(Grifos nossos). (MENDES, Gilmar. Ministro-Relator- ADPF nº33, p. 18-20)

Conforme exposto no voto do Ministro Gilmar Mendes, esta abordagem teórica-histórica não faz parte do objeto da ação, não sendo levada em consideração no momento do julgamento final. Conforme ditos por juristas seriam questões *obter dicta*, ou seja, ditas de passagens pelo voto decisório, que, não necessariamente justificariam as deveras relevâncias ao caso concreto.

Conclusão

Diante de tudo que foi exposto, conclui-se que a Teoria do Minimalismo Judicial, apesar de conter suas falhas, assim como qualquer outra teoria jurídica e ser bastante criticada pelos adeptos do Constitucionalismo Democrático, a sua aplicação em determinadas situações envolvendo decisões judiciais de grande relevância social, moral, política, econômica, dentre outros aspectos polêmicos e pluralistas em meio social seria de grande importância, haja vista que decisões mais contidas diminuiriam erros do Poder Judiciário, reduziria o número de julgamentos, levando em consideração que o STF julga mais de 100.000 (cem mil) processos por ano, enquanto a Suprema Corte Americana julga entre 100 (cem) e 150 (cento e cinquenta) anualmente; viabilizaria soluções concretas e, por fim, daria maior flexibilidade aos seus próprios julgadores para decisões futuras (ADI 3510 – Ministro Ayres Britto – qualquer espécie de criminalização do aborto seria inconstitucional). (NOVELINO, Marcelo, 2017, p. 212).

Contudo, deve-se ter muito cuidado para que a utilização do minimalismo judicial não venha a ameaçar ou violar os direitos e garantias fundamentais das minorias desamparadas, posto que é dever de um Estado Democrático de Direito, proteger e efetivar, da melhor forma possível, o cumprimento dos direitos constitucionais de todos que estão acobertados por sua jurisdição.

Referências

BRASIL. Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005. Regulamenta os incisos II, IV e V do parágrafo 1º do art. 225 da Constituição Federal e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 28 mar. 2005. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 outubro de 2017.

BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 12 de outubro de 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3510. Relator: BRITTO, Ayres.. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=611723&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20ADI%20/%203510>. Acesso em 14 de outubro de 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 33. Relator: MENDES, Gilmar. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=388700>. Acesso em 20 de outubro de 2017.

BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial v. diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre a interpretação da Constituição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

BUNCHAFT, Maria Eugenia. Constitucionalismo democrático versus minimalismo judicial. **Direito, Estado e Sociedade**, n.38, jan/jun 2011 Disponível em: <http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/06_Bunchaft.pdf> Acesso em: 15 de outubro de 2017.

CRISTIANETTI, Jéssica; DO REGO, Carlos Eduardo Reis Fortes. **Minimalismo, Constitucionalismo Democrático e o Refluxo Social em Roe Rage. Direito Público, s/d**. Disponível em: <<http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=dfc0ddf31f87eeef>> Acesso em: 18 de outubro de 2017.

DESTRI, Michelle Denise Durieux Lopes **Minimalismo Judicial: Alternativa Democrática de Atuação do Poder Judiciário em uma Sociedade Pluralista a partir da Perspectiva de Cass R. Sunstein**. PósGraduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Dissertação de mestrado. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/93202/274135.pdf?sequence=1&isAllowed=y>> Acesso em: 10 de outubro de 2017.

MAGALHÃES, Breno. B. **O Minimalismo Judicial de Cass Sunstein: Analogia e a Vinculação dos Precedentes na Interpretação Constitucional**. In: XIX Congresso Nacional do CONPEDI, 2010, Florianópolis. Anais do XIX Congresso Nacional do CONPEDI. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2010. p. 8743-8759. Disponível em: <http://www.academia.edu/2111516/O_MINIMALISMO_JUDICIAL_DE_CASS_SUNSTEIN_ANALOGIA_E_A_VINCULA%C3%87%C3%83O_DOS_PRECEDENTES_NA_INTERPRETA%C3%87%C3%83O_CONSTITUCIONAL> Acesso em: 20 de

outubro de 2017.

SUNSTEIN, Cass. **Designing democracy : what constitutions do**. Oxford: Oxford University Press, 2001.

SUNSTEIN, Cass. **One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court**. Harvard: Harvard University Press, 1999.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3510.. Relator: BRITTO, Ayres.. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=611723&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20ADI%20/%203510>. Acesso em 14 de outubro de 2017.

NOVELINO, Marcelo. Curso de Direito Constitucional. Editora Juspodivm. Ed. 12°. Ano. 2017.

UM ESTUDO SOBRE A IDEIA MODERNA DE JUSTIÇA E A ADEQUAÇÃO DAS JUSTIÇAS RELACIONAL E DE FRATERNIDADE NO BRASIL

Ewerton Alves da Silva¹

Prof. Msc. Saulo Silva de Miranda²

Resumo

O trabalho parte das premissas do processo evolutivo conceitual do Direito, pela abertura da integração interdisciplinar, trazendo para a esfera da dogmática jurídica, uma efetividade prática das considerações socioantropológicas. Discute uma nova concepção social do direito e justiça. A Justiça Relacional, pesquisada pelos métodos hipotético dedutivo, fenomenológico e dialético, conceituando-a para os *inputs jurídicos* adequados, uma vez que emerge uma ideia social moderna de justiça, validação ou legitimação efetiva da interdisciplinaridade na construção da dogmática jurídica, ou seja, os *outputs*, sendo a sociedade pós-moderna, fundamentando o ideal de justiça através dos resultados, o produto final, que vai além da eficácia da norma jurídica, num *feedback* de sentido anômico, na atuação do Estado para com tais normas legais e morais.

Palavras-chave: Direito, Justiça, Relacional, Fraternidade, Constitucionalismo.

Introdução

A nova ideia de justiça, conduz a uma necessidade de referendar os *feedbacks jurídicos*. Estando o Estado intimamente relacionado com os agentes legisladores, leva ao questionamento da reciprocidade jurídica efetiva, enquanto a vontade geral é a força motriz. Portanto, submetese ao sentimento de ineficácia das normas, no caso brasileiro, em considerar a relação contida intrinsecamente na tripartição dos poderes, e o sentimento abalado de confiança. Adentramos num *efeito bumerangue* de responsabilidades por esta ineficácia da norma, esta que enfrenta o desafio constituído pelo “vai e vem” de atribuição da responsabilidade constitucional de concretização do bem-estar comum.

Emergem o neoconstitucionalismo e o constitucionalismo do futuro, fases contributivas do sistema jurídico, partindo das prerrogativas de um sentimento de anseio dos desamparados, diferentemente das mudanças constitucionais a partir dos conflitos sociais. Há evidentes fatos, dos princípios básicos do Direito difundidos e entrelaçados no estudo pelo campo da Ciência Política nas aplicações da verdade, solidariedade, continuidade, consenso, participação, integração e universalização, princípios que vão muito além de igualdade e fraternidade. A sobrecarga axiológica deste por vir, estaria possivelmente estabelecendo princípios para a

¹ Acadêmico do 2º Período em Direito no Centro Universitário Tabosa de Almeida – ASCES-UNITA, Caruaru-PE. Email: tomalvess@gmail.com

² Professor de Sociologia do Direito do Centro Universitário Tabosa de Almeida (Asces-Unita). Doutorando em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade de Málaga, Espanha.

religação entre as infraestruturas, sugerindo uma remediação para o conteúdo significativo para o exercício e eficácia do contexto geral, que ora abalado, a boa fé.

1. A nova ideia de justiça e o Direito

Partindo do processo evolutivo do Direito, quanto aos conceitos que conduzem desde a uma definição como ciência contida de exatidão juspositivista ortodoxa, abordada na Teoria Pura do Direito kelseniano (Kelsen, 1934). Teoria renovada pela integração e abertura interdisciplinar, trazendo para a esfera da dogmática jurídica, as considerações socioantropológicas, abrindo precedente histórico para a discussão do debate sobre esta nova concepção social do direito e justiça.

Na fundamentação da antropologia, a sociedade selvagem – em oposto ao objeto que se situa da nova ideia de justiça na modernidade pesquisada – há uma relação bastante curiosa quanto ao convívio social, mediante ausência de uma lei positivada, ali predominantemente jusnaturalismo. Convivem estes indivíduos, por uma “profunda reverência pela tradição e pelo costume, uma submissão automática às suas ordens” (MALINOWSKI, 2015, p. 17).

Malinowski (2015) atribui tal obediência ao que chama de *inércia mental*, resultante do reconhecimento apenas da punição divina ou sobrenatural, sendo um primeiro grupo que não contém ou detém capacidade de discussão das normas ou mesmo a coragem de desafiar uma força com prerrogativas incontestáveis. Soma-se ao medo da opinião pública.

Um segundo grupo de obediência, estão os que mantém a obediência por um sentimento de grupo forte e concreto. Estes, por último, estariam em menor número e força representativa.

É aqui onde este trabalho pretende articular o ponto de discussão no sentido do axioma fundamental de submissão às regras. A sociedade selvagem pesquisada por Branislaw Malinowski (2015), pontua menções de *reconhecimento de autoridade*, a relação necessária condicionante, em fundamentação concreta de legitimação da lei.

A Justiça Relacional apresenta um cenário de reestruturação do elo enfraquecido de ligação ao reconhecimento da autoridade, que legitima a origem do poder do Estado e possibilita o sentimento – princípio da Justiça de Fraternidade – de obediência e convívio sob as normas jurídicas vigentes.

É possível obter dois sentidos quanto à Justiça Relacional: a) uma a que conduz a uma perspectiva da origem do Direito pelo qual nos abre um estudo sobre os *inputs* adequados, uma

vez que insurge uma ideia social moderna de justiça; b) a segunda, pela validação ou legitimação efetiva da interdisciplinaridade na construção da dogmática jurídica, ou seja, os *outputs*, sendo a sociedade pós-moderna fundamentando o ideal de justiça através dos resultados (Prieto, Antonio. 2015)³, em contraponto ao oposto de uma consciência crítica do fenômeno vazio:

[...] discute-se a correlação dialética existente entre a consciência e a eficácia social do direito no contexto da realidade existencial brasileira e contemporânea, onde a edificação de normas e valores há de ser considerada uma condição necessária para a convivência. (SERRANO, 2014).

2. A Justiça Relacional e a de Fraternidade em meio ao Estado: religação urgente

Considerando a construção do Direito a partir dos mecanismos de positivação das normas, sejam elas advindas dos Deuses na antiguidade, ou pela construção positivada por um monarca, um conselho ou parlamento, percebe-se a partir deste momento um primeiro momento de mudança na interferência de construção destes *inputs*. Aqui, a Ciência Política e a Teoria Geral do Estado, ganham proporções dimensionais: “A política supõe uma boa educação. [...] o governo depende dos costumes que estimula.” (ROUSSEAU, 1762, IX Prefácio). A estrutura governamental contemporânea utiliza como meio para seus próprios fins da tripartição dos poderes, quanto à sua eficácia e pelo que a sociedade entende como o *dever ser* de sua existência, quanto aos princípios fiscalizadores e independentes, apresentam nesta contemporaneidade uma demasiada fragilidade.

Conforme pesquisa, os brasileiros têm pouquíssima confiança no presidente da República, nos partidos políticos, no Congresso Nacional e no governo federal. O Índice de Confiança Social (ICS), indicador calculado pelo IBOPE⁴ Inteligência a partir da confiança declarada pela população em 20 instituições e em quatro grupos sociais, mostra a deterioração:

³ Do texto do Professor Antonio Prieto. *El porqué de la justicia relacional (y la comprensión del principio de fraternidade)*. Professor Titular de Direito do Trabalho e Seguridade Social da Universidade de Málaga, Espanha. Refere-se ao Direito além do “unidimensionalismo”.

⁴ A lide da pesquisa carrega o título: *Confiança no presidente, governo federal e Congresso Nacional é a menor em 9 anos*, colabora no entendimento da interferência dos agentes do Estado e reciprocamente da sociedade os efeitos da deficiência de confiança.

ICS – Índice de Confiança Social



Este indicador carrega em seus termos de confiança, *um sentimento que subtrai a legitimidade* da dogmática jurídica. Os fatores sociológicos avaliados resultam do que poderia chamar de *feedback jurídico*. O entendimento da socialidade do fenômeno jurídico, pelo resultado das leis, ou seja, sua eficácia aplicada, não apenas pela teoria da eficácia da norma, mas sim pela sua aplicabilidade e seus resultados sociais estando a cargo da gestão pública, no seio do executivo. Sendo assim: “O mais forte nunca é o bastante forte para ser sempre o senhor, se não transformar sua força em direito e a obediência em dever”. (ROUSSEAU, 1672, p. 12). Em suas palavras, corrobora com o grande volume normativo constitucional. Está mais que para dirimir os princípios norteadores de resolução de conflitos, está para exprimir uma vontade de um corpo que sempre se teorizou a partir da vontade social, porém, esta mesma sociedade, oriunda de processos de conquistas de liberdades, fortalecida pelo avanço da tecnologia de comunicação, que permite cada vez mais o acesso à informação, frutos de uma ditadura militar, cria-se uma imagem do corpo legislador em separado da sociedade, na medida em que estes agem em desacordo com o contrato que deveria: “Encontrar uma forma de associação que defenda e proteja com toda força comum a pessoa e os bens de cada associado”. (ROUSSEAU, p. 20).

3. A justiça, o direito, o Estado e a modernidade

Uma reflexão a este ponto, remete à *semântica estrutural*, pela relação, ou melhor, a religação entre estes componentes: Sociedade, Estado e Norma.

A modernidade e facilitação dos meios de informação proporcionou num curto espaço de tempo, uma expansão social pelo entendimento da construção normativa. Estaríamos

atravessando um momento resultante do recente direito constituído da liberdade de expressão, principalmente ao que se refere ao acesso a estes direitos individuais, junto com o surgimento de um apoio opositor às forças hereditárias, que impossibilitaram por anos aqueles que se sentiam desfavorecidos, em meio às diversas opressões, por estes mesmos sistemas componentes da estrutura. Estando, portanto, os direitos individuais, conquistados por lutas de um *sentimento* de insatisfação⁵. Estará a religação dos pontos de conflito para melhor eficácia das normativas, a partir da discussão dos *outputs*, ou seja, elaborar e ajustar a partir dos *feedbacks jurídicos*. Assemelha-se portanto aqui, a utilização de mecanismos de mediação e conciliação.

4. Os *feedbacks jurídicos*

Haverá outro fator em face do estudo da relacionalidade jurídica, a participação e a interdependência entre judiciário, legislativo e o executivo.

Estando a autoridade para a submissão e a regência para a obediência. Trazer à baila o ambiente político, sociológico, jurídico, psicológico, etc, fortifica a base da Justiça Relacional, abordada como socialidade. Uma sociedade em constante movimento, transformando-se e ajustando as relações interpessoais, estando esta também em movimento transformador, ao considerar a evolução tecnológica, abrindo novas possibilidades jamais vistas em tempos anteriores ao qual não haveria qualquer participação da sociedade em geral, leiga na formatação dos *inputs* jurídicos.

Os princípios de liberdade, igualdade e fraternidade hoje são debatidos para outro destino, que mais agrega a valoração da ideia do direito da socialidade como justo: a equidade. Conceitua uma redistribuição de justiça de igualdade. A liberdade individual, num sentido ainda mais libertário, quanto aos atos que não demandam um prejuízo geral e prover uma sociedade mais fraterna, enquanto tal fraternidade seria mais sentida, quando aplicados os *feedbacks* da Confiança Social, a partir da visualização prática, ou melhor, eficácia desta igualdade, em detrimento de políticas públicas fragilizadas que impedem a total liberdade do indivíduo.

O exemplo é evidente, a ineficácia da política antidrogas através da coercitividade pela força policial, que exprime a liberdade dos não envolvidos, constituídos pela Carta Magna o direito à vida, enquanto centenas de inocentes são atingidos, em face de uma problemática que

⁵ Cita em referência a obra A Luta Pelo Direito de Rudolph von Ihering. Aqui a luta está além do que é compreendido por Direito, garantia. Está também, pela avaliação social da luta pela eficácia da norma.

umenta. Ainda, podemos trazer neste mesmo prisma comparativo exemplificativo, um usuário de maconha, que busca naquele cigarro através de seu uso recreativo um bem estar e não se enquadra em grupos de risco. Observa-se o contraditório quanto ao consumo do álcool, este que oferta inúmeros casos de morte relacionada, em detrimento a nenhuma morte evidenciada pelo uso exclusivo da maconha. Estamos aqui diante de um paradoxo pelo qual instaura-se um desconforto social e ainda mais, econômico por uma normativa originada por conceitos pejorativos, construídos por uma imagem irreal da maconha, em oposição à mídia provocada pelo consumo do álcool numa característica de elevação no status social e de bem estar.

Outro exemplo, a burocratização demasiada, pelo qual os procedimentos criam uma disfunção funcional, outro fator este, que descredibiliza as instituições, questionando a legitimidade da normativa jurídica. Assim como, o ordenamento jurídico da administração pública, por mais elaborado quanto aos requisitos burocráticos, a fragilidade está na Relação.

Esta relação traz efeitos na aplicabilidade juspositivista pelo exercício do direito pela coerção, estando a frágil a relação institucional, o sentimento de impunidade para os agentes dos *inputs* jurídicos. Professor Pietro colabora na comparação em que o maestro não se preocupar com a orquestra, porém indo mais além, podemos analogamente dizer que o maestro não procuraria observar a aceitação e qualidade da música tocada, ou seja, feedback. Para Pietro, a reciprocidade, uma relação jurídica bilateral, carrega sentimentos de justiça, porém a fragilidade das instituições prejudica os *feedbacks*. A boa fé depositada no contrato social é questionada, sendo o Estado detentor das prerrogativas da aplicação e a quem se responsabiliza pela eficácia dos termos previstos em lei, obstante ao amparo social constitucionalizado, sobrecarrega o princípio de regular o comportamento humano, integrando uma conduta.

5. A fadiga do contrato social

A falha do Estado em prover a construção desta conduta, em recrutar a total liberdade dos indivíduos para lhes devolver aquilo previsto, torna distante a possibilidade da prática social do contrato:

Decorre do exposto que a vontade geral é invariavelmente reta e tende sempre à utilidade pública [...] Deseja sempre o próprio bem, mas não é sempre que se pode encontra-lo. Nunca se corrompe o povo, mas com frequência o enganam, e só então ele parece desejar o mal. (ROUSSEAU, 1762, p. 45).

No movimento moderno do *Neoconstitucionalismo*, um contexto jurídico-axiológico emerge nestes termos, cabendo ao *Constitucionalismo do Futuro*, com base na definição de

Pietro como “ir mais além da norma”. Este sentimento neoconstitucionalista muito se assemelha ao momento “0” da Dimensão da Relação Jurídica de Pietro, a partir do momento que a socialidade busca um direito não apenas pelos direitos e deveres positivados, mas como um modelo social de convivência, estando neste a *equidade* e *eficácia*. Remontamos uma estrutura de total influência sociológica no sistema jurídico.

6. A ideia de justiça moderna

Não basta mais ser apenas legal ou ilegal, lícito ou ilícito, busca-se uma efetividade quanto aos *outputs jurídicos*, como no exemplo da ineficácia do combate às drogas em meio ao sistema de segurança pública e sua política aplicada. Caberia aos agentes do sistema jurídico a validação científica quanto ao assunto da despenalização ou normatização de determinadas substâncias, a partir do momento que o tema cai na pasta da Organização Mundial de Saúde, o tema deveria ser trazido e decorrido pelo mesmo patamar, obstante, os agentes legisladores estarem relacionados e condicionados ao voto por eleições obrigatórias, numa “reciprocidade” também fragilizada por esta ótica, tendo em vista que o agente político sempre atuará em favor da opinião popular com objetivo do voto para ocupar o cargo no congresso. Continuando no exemplo, uma relação complexa, uma vez que ainda existe o princípio pelo qual estaria o direito como construtor de comportamento, que ao negar o óbvio do preconceito social perante substâncias que deveriam ser combatidas através da educação, as repercussões sociais precisariam ser consideradas, sob uma perspectiva holística em resposta a uma imagem pré-concebida e mal difundida do real comportamento dos usuários recreativos, considerando os grupos de risco pelo seu real enquadramento.

A Justiça Relacional quando há o apelo pela definição como socialidade justa ou injusta, traz o pós-modernismo para uma ideia de “retirar a venda dos olhos da justiça” e considerar o que realmente é justo. Isto não quer dizer que seja aberto todo o conteúdo juspositivista do *dever ser*, mas considerar o *ser*, como *é*.

Pietro elenca uma terceira dimensão do Direito como sendo auto-referencial, trazendo para o centro, exatamente como um mediador entre o Estado e a Socialidade, responsável pela “ligação relacional”, na medida em que, esta socialidade, espera que o Direito provoque esta reciprocidade. Assim como as corregedorias e a atuação do Ministério Público, através de seus Promotores de Justiça, começam a se fortalecer com os Tribunais inferiores.

Chega-se ao ponto da Ética, temática descriminalizada nos ambientes por uma coerção moral, pelos costumes históricos da impunidade e da cultura (decerto errônea) de “dar um jeitinho” e buscar os operadores do Direito não para orientações de como *deve ser* feito, mas como *é*, e quais viés podem ser adotados para remediação do conflito posto.

O Direito tendo sua fonte às vontades, propostas por lideranças elencadas num processo de legitimidade duvidoso, pelo qual o que realmente como o *é*, é negado aos olhos recíprocos desta mesma sociedade que, também, não colabora no processo da eficácia dos *inputs* jurídicos, passível da corrupção do voto, a forma de chegada do agente jurídico legislador será duvidosa e originariamente ineficaz. Seria o “we-rationality”, o que é melhor para o grupo, repercutindo na generalidade.

As novas regulamentações jurídicas, que são fruto da luta de interesses de uma determinada coletividade, a exemplo do casamento homoafetivo. A licitude jurídica trazida para esta classe, determina um divisor de águas para o exercício constitucional da liberdade do corpo, liberdade de escolha, algo tão individual, exercida apenas para quem a decide trilhar e concorda com as consequências de seus atos, sem repercussão para terceiros, antes porém, controlada sob uma ilegalidade sem sentido, sem relação para uma grande parte da sociedade que ainda discriminaliza.

A dinâmica da justiça ou injustiça, teoria ou prática, norma ou vida, uma relação que impreterivelmente nesta pós-modernidade resultará na valoração de sua eficácia e seus resultados, *feedback* do Direito.

7. A influência da Filosofia e da Psicologia Jurídica no homem e a nova ideia de justiça

A tripartição dos poderes, contudo deixada ainda ao poder de Minerva de seus representantes, ou numa esfera judiciária que os agentes sozinhos detêm as prerrogativas decisórias a exceto do júri popular, encontra um defeito apontado na teoria hobbesiana, em detrimento de um elemento necessário e fundamental, estando o homem com sua ética ameaçada pelo sentimento de sobrevivência e de manutenção do poder, a *boa fé*, precisa ser repensada não pelos mecanismos burocráticos, mas pela referência em relação à eficácia, ou seja, novamente o *feedback* do que foi justo ou injusto.

A Justiça Relacional poderia adentrar na observância, a partir dos *outputs* jurídico-social, trazer esta fraternidade que é percebida tal fragilidade nas relações a partir do princípio das vontades, assim junto com o direito de propriedade que originalmente começou o litígio

destas vontades ao aspecto sócio-antropológico, na construção da socialidade individualista, construindo, portanto, todo um sistema hereditário a partir das vontades que não julgam individualmente o justo ou injusto.

De certo, sobrecarregar a sociedade com critérios de validação de uma norma jurídica que tenha um princípio de criação de conduta o mais perfeitamente possível, dentro do contexto de um modelo de sociedade, seria um tanto impossível, porém por este estudo, entende-se que há uma realidade que dirige o direito para este rumo.

Os princípios franceses eram naquele momento, de necessidade de uma liberdade e igualdade, ferramentas para uma fraternidade. Porém, vivemos um novo momento global pelo qual se buscam direitos garantidos, a socialidade quer algo mais, e o Direito precisa adequar-se a estas correntes. Não mais encaramos uma sociedade que aceita, mais que isso, busca saber dos porquês.

Um exemplo nato pelo qual a “lei morta” não adentra na sociedade, a antipirataria, encontra barreiras não pela escolha de obstrução da justiça, mas todo contexto reclamado pela sociedade, os altos preços praticados no comércio, diante de uma economia deficitária, uma sobrecarga de impostos, impostos esses que elevam o preço final pela falta de infraestrutura rodoviária, que paga mal aos trabalhadores, que os empregadores repassam os preços da carga tributária trabalhista, em que todos os impostos não são “sentidos” em sua eficácia e equidade na qualidade e oferta. Estando o Estado intimamente relacionado com o legislativo, sobra a toda estrutura jurídica o questionamento da reciprocidade jurídica efetiva.

Conclusão

É um fato real que o expediente do Estado exprime atualmente uma completa falta de legitimidade, não apenas neste governo, bem como de antecessores, em diferentes pontos positivos e negativos, que não corresponderam com as expectativas sociais de fato, bem como, a aplicação dos recursos públicos, não auxiliam a eficácia da norma jurídica, pelas ações em discordância do instrumento de contrato, a Constituição Federal, em seus princípios, é a relação dada apenas pela interdisciplinaridade aplicada, em que se chega ao entendimento da participação de fatores individuais, das considerações da Psicologia e Sociologia. Assim como para Robert Alexy (1994), que define o Direito à liberdade como uma extensão do desenvolvimento da personalidade, por mais dispositivos sejam elaborados no meio jurídico, o

princípio Fraternal da boa fé, ingrediente fundamental para alicerçar a reaproximação dos agentes do Estado e Sociedade.

Não se trata de formar um novo Poder Constituinte para atender em um Neoconstitucionalismo através de uma reforma. As manifestações do povo estão para contestar a aplicabilidade mínima daquilo que lhes já é previsto e garantido. Também, está a sociedade, contemplada pela forma como os agentes do Estado estão agindo em seus cargos e funções. Tal anseio social para a implementação dos resultados, está no fato do caminho do Executivo em perder o referencial que represente esta sociedade e gere o sentimento de obediência. É como se as leis que não conduzem à justiça, não valessem coisa alguma.

A ineficácia anômica, também é demonstrada, quando se obtêm através de pesquisa, um ex-presidente⁶, acusado de diversos delitos de corrupção e suborno, mantém uma força política em que, mesmo com os escândalos, teria a maior chance de retornar a ser chefe do executivo. Este valor representa os efeitos de um governo dotado de ações sociais e prerrogativas de distribuição de renda e pelo fortalecimento de programas assistenciais de auxílio financeiro, as famosas “Bolsas”.

Ao rigor na norma jurídica, esta sendo assimilada em seu inteiro teor, haveria um sentimento contrário, seria negativo ao presidencialista que é réu em investigações, mas ao contrário, há um grande apoio ao seu retorno.

Portanto, para a Justiça Relacional e de Fraternidade, o desafio é o de restaurar os vínculos entre os poderes e a sociedade, passando por aquilo que os vincula, formatando e estruturando uma nova educação que proporcione, antes de manter o diálogo, uma consciência a respeito. A sociedade geral não conhece o contrato pelo qual são cobradas obediência. Os poderes do Estado não difundem e não demonstram uma aplicação daquilo que lhes tem o dever, dando à sociedade os mesmos direitos de seguir o exemplo e não aplicar os deveres estabelecidos já existentes.

⁶Refere-se ao ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva (PT), que segundo pesquisa IBOPE em 2015, era detentor da maioria das intenções de voto, se presidencialista em 2018.

Referências

DIMOULIS, Dimitri. *Manual de introdução ao estudo do direito: definição e conceitos básicos, norma jurídica...* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

IBOPE. *Confiança no presidente, governo federal e congresso nacional é a menor em 9 anos.* Disponível em: <http://www.ibopeinteligencia.com/noticias-e-pesquisas/confianca-no-presidente-governo-federal-e-congresso-nacional-e-a-menor-em-9-anos/>. Acesso em: 11 out 2017.

MALINOWSKI, Bronislaw, 1884-1942. *Crime e costume na sociedade selvagem.* Tradução de Noéli Correia de Melo Sobrinho. Petrópolis, RJ: Vozes, 2015.

MIRANDA, Saulo Silva de. *Socialidade e Justiça Relacional.* III Congresso Nacional de Comunhão e Direito. Caruaru: ASCES/UNITA, 2016.

NICUESA, Aura Esther Vilalta. *La cultura del diálogo y la justicia relacional como “terceira via”.* Catalunha: Revista de los Estudios de Derecho y Ciencia Política de la Universitat Oberta de Catalunya, 2009.

PRIETO, Antonio Márquez. *El porqué de la justicia relacional (y la comprensión del principio de fraternidade).* Málaga: Universidad de Málaga.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O Contrato Social, 1712-1778.* [tradução Antônio de Pádua Danesi]. 3ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

SERRANO, Pablo Jiménez. *Direito, Moral e Consciência: O crítico fenômeno do vazio e eficácia do direito.* 2014.

SOARES, Andréa Antico. *O constitucionalismo do futuro de José Roberto Dromi: questões acerca da viabilidade de um constitucionalismo universal.* Marília: UNIVEM, 2013.

UMA ANÁLISE DA INICIAL DA ADPF 442: O MÉTODO DA PROPORCIONALIDADE E O UTILITARISMO DE JOHN STUART MILL.

José Felipe de Almeida Amorim¹
Professor Doutor Fernando Gomes de Andrade²

Resumo

Com a problemática social do aborto, a interposição da ADPF 442 concretizou-se meio pelo qual a difícil questão política da sua legalização no Brasil pudesse ser enfrentada. A referida ação visa, por meio do controle de constitucionalidade, tornar legal a prática até a 12ª semana de gestação, arguindo que a criminalização viola preceitos fundamentais como o direito à saúde, à igualdade e à vida das mulheres. Este trabalho procura analisar as proposições da ADPF 442, se o método de Ponderação de Robert Alexy pode ser utilizado para resolver a questão e, utilizando o utilitarismo de John Stuart Mill, avaliar o quantitativo dos benefícios e das desvantagens da legalização. O emprego do utilitarismo como critério de valoração permite observar que a legalização do aborto, se presentes os mesmos reflexos sociais apresentados em outras nações, permitirá de forma imediata a garantia dos direitos dito violados, mas de forma mediata, a lesão aos princípios da igualdade de gênero e do respeito a pessoa com deficiência, deste modo, a decisão do STF para a ADPF 442 pode ensejar um lento e gradual rompimento da ordem constitucional, fundada na dignidade da pessoa humana. Palavras-Chave: Preceitos Fundamentais, Aborto, Controle de Constitucionalidade, Utilitarismo, Dignidade da Pessoa Humana.

Introdução

O PSOL - Partido Socialismo e Liberdade em associação com a ANIS - interpôs perante o Supremo Tribunal Federal, em 06/03/2017, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF 442, visando a declaração de inconstitucionalidade dos artigos 124 e 126 do Código Penal, que criminalizam a prática do aborto, indicando que estes ferem uma série de direitos das mulheres. A agremiação pretende obter do Judiciário, mediante o controle concentrado de constitucionalidade, a legalização do aborto até a 12ª semana de gestação, garantindo sua realização indiscriminada, inclusive com custeio e subsídio estatal. A proposta foi definida pelas advogadas que produziram a petição inicial, como uma “*ousadia necessária para enfrentar a questão*”, dado a dificuldade de fazê-lo no Legislativo, onde, segundo elas, a questão é tratada somente sob um viés de repressão (BOITEUX, 2017).

Mediante revisão de literatura e pautado no método hipotético-dedutivo, este trabalho avalia o possível quadro da legalização do aborto no Brasil por meio da ADPF 442. Para tanto, revisa o método de resolução de conflitos entre direitos fundamentais, compara dados de outros

¹ Bacharelado em Direito pelo Centro Universitário Tabosa de Almeida (ASCES/UNITA).

² Doutor em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa (Portugal), Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE) e Graduado em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP). Orientador do artigo.

países que legalizaram o aborto e, utilizando o referencial teórico de John Stuart Mill, pretende avaliar se a legalização é útil à criação de uma sociedade livre e à promoção da Dignidade da Pessoa Humana.

Quando compreendemos que a CF prima pela promoção da Dignidade da Pessoa Humana, esta avaliação se torna indispensável, uma vez que há chances muito palpáveis, dada a linha de atuação do STF em outros casos que julgou, de que se dê provimento ao pleito da ADPF 442. Doutro modo, a questão do aborto, mais do que problema social é uma questão política, e a apresentação destes dados pode ser útil ao posicionamento perante a mesma.

1. A ADPF 442 e a proteção à vida do feto

A agremiação estabelece duas linhas na Inicial para obter provimento ao pedido de legalização. (BARBOSA, 2017). A primeira linha pretende demonstrar que a vida do feto não é um bem jurídico constitucionalmente protegido como o é a vida daqueles que já nasceram, para tanto, usa de uma linguagem que apresenta distinção entre “*pessoa Constitucional*” e “*criatura humana intraútero*” (PSOL, 2017, p.33-37).

Semelhante a terminologia usada pelo Min. Marco Aurélio no voto da ADPF 54, “*indivíduo-pessoa*” e “*expectativa de pessoa*” (MELLO, 2012, p.64-65), essa distinção semântica visa solidificar a ideia de que a proteção jurídica à vida, só se aplica aos seres humanos já nascidos e não ao feto e que a dignidade humana não é correlata ao segundo como ao primeiro. Diferente daquele entendimento doutrinário que entende que a proteção à vida se estabelece desde o início da vida como pressuposto dessa dignidade.

A proteção à vida está na CF/88: “*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:*” (grifos nossos). A dignidade é o elevado tratamento destinado aos homens.

Não poderia se falar em Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, alicerce de todo o ordenamento constitucional sem que o Estado garantisse a proteção à existência e subsistência da vida. A vida é, pois, “*o substrato para o exercício de qualquer outro Direito*” (FENDRICH, NETO, 2013). Edson Tetsubo aduz que “*na qualidade de princípio, exige a dignidade humana o pressuposto de intangibilidade da vida humana, pois sem vida não há pessoa, e sem pessoa não há dignidade.*” (NAMBA Apud. MALUF, 2010, p.88).

Diz o Código Civil “*Art. 2º A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro*”. Embora haja a distinção entre nascido e não nascido, esta diz respeito a personalidade, não ao direito à vida,

"não é dos mais satisfatórios o entendimento (...) de que o nascituro não seja sujeito de direitos simplesmente pelo fato de não ser pessoa (...) o direito à vida, por exemplo, o nascituro os tem incondicionalmente, desde que exista" (SILVA, 2005).

O Pacto de San José da Costa Rica, ratificado pelo Brasil em 1992, dispõe no artigo 4º, § 1º que "*Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente*". O marco temporal da concepção é usado pois "*é inegável que a formação de um novo ser, com um novo Código Genético, começa no momento da união do óvulo com o Espermatozoide. (...). Assim é criado um novo indivíduo, um novo ser humano com direitos iguais aos de qualquer outro*". (BARCCHIFONTAINE, 2010, p.13.)

A segunda linha, pretende demonstrar a desproporcionalidade de se proteger o feto desde o início da gestação, frente as limitações aos direitos da mulher. É o que está expresso no voto proferido pelo ministro Luís Roberto Barroso, seguido pelos ministros Rosa Weber e Edson Fachin no HC 124.306, no caso, os ministros deveriam julgar a presença dos requisitos para a manutenção da prisão dos funcionários de uma clínica clandestina de abortos situada no Rio de Janeiro, o voto de Barroso foi muito além, analisando o mérito da questão e fazendo uma forte defesa da ideia de que o aborto no primeiro trimestre da gravidez não poderia ser considerado crime, primeiro, em razão da ausência de vida humana (corrente neurológica), segundo porque a criminalização é desproporcional frente a vários direitos das mulheres (BARROSO, 2016, p. 5-8).

A corrente neurológica é uma alternativa para definir o início da vida: "*Sob a visão neurológica: o mesmo princípio da morte vale para a vida. Ou seja, se a vida termina quando cessa a atividade elétrica no cérebro, ela começa quando o feto apresenta atividade cerebral igual ao de uma pessoa*." Isso ocorre perto da 12ª semana de gestação (BARCCHIFONTAINE, *op. cit.* p.14), e é o marco limite para o aborto proposto na ADPF 442. A agremiação indica que o supremo já reconheceu este marco na ADPF 54 e que o feto antes dele não é sujeito da proteção constitucional à vida (PSOL, *Op. cit.* p.25-27).

Na ADPF 54 o STF decidiu pela inconstitucionalidade de adequar o aborto de feto portador de anencefalia ao tipo penal dos artigos 124 e 126, o que ampliou as hipóteses de aborto legal. No voto do Min. Marco Aurélio há parecer médico que afirma que com o não funcionamento do sistema nervoso, desconfigura-se o estado de animação, de maneira a afirmar que o organismo que não apresente o funcionamento completo, via de regra, está morto (NUNES, *apud.* MELLO, *Op. cit.* p.48).

Mas a gestação do feto portador do mal da anencefalia é muito distinta daquela de um feto que “morreu” doutra maneira dentro do útero, este não mais cresce, não mais se aproveita dos nutrientes fornecidos pela mãe, não mais se move, enquanto aquele, a despeito da falta de desenvolvimento dos órgãos superiores do sistema nervoso tudo isto realiza, inclusive a morte strictu sensu, com a interrupção destas atividades e cessação da animação, pode ocorrer tanto antes quanto após o parto. Enquanto ligado ao corpo da mãe, o feto cresce e detém o estado de animação e metabolismo que caracteriza vida, a doença na verdade inviabiliza sua sobrevivência de forma autônoma, fora do corpo da mãe (MILITÃO, 2012).

Assim é que, no acórdão, a expressão usada é gestação de feto natimorto, visto que com certeza, a criança nascera morta ou morrerá logo após o parto, “(...) *a sua interrupção não pode constituir o crime de aborto. Não está em jogo a vida de outro ser, não podendo o produto da concepção atingir normalmente vida própria*” (HUNGRIA, *apud.* MELLO, *Op. cit.* p. 61). Assim, a hipótese de aborto legal criada pelo STF está amparada no fato do feto dito anencéfalo não carregar as mesmas potências de uma gestação normal.

Potência é toda possibilidade que um ser tem de tornar-se algo ou mudar-se em outra coisa diferente daquilo que aparenta ser, as potências têm a capacidade de alterar o acidente (aparência) mas não a essência (PIRES, 2017). Em condições normais o feto tem a potência, ou seja, a possibilidade, de vir a ser uma pessoa se executadas suas potências no tempo, o feto portador de anencefalia, porém, não têm esta mesma potência de vir a ser uma pessoa, nem mesmo a potência de permanecer vivo, pois a doença lho impede, “*Conforme o Ministro Carlos Ayres Brito: Metaforicamente, o feto anencéfalo é uma crisálida que jamais chegará em estado de borboleta, porque não alçará voo jamais*” (SELIGMAN; NUBLAT, 2012).

Resta claro que na ADPF 54 o STF não reconheceu a inexistência de vida a ser tutelada pelo Estado pela falta de atividade neural, como se sugere na ADPF 442, mas que frente aos problemas da gestação, interromper a gestação de uma criança que com certeza irá morrer não constitui um mal equivalente ao aborto de uma criança dita saudável. Se o STF tivesse se fiado a este entendimento, o aborto até a 12ª semana de gestação teria se tornado legal desde a época do julgamento da ADPF 54, para realizá-lo bastaria um exame que verificasse se o bebê já apresenta atividade neural, assim como se exige um que comprove a existência do mal da anencefalia e, em sendo assim, a ADPF 442 não teria razão de ser.

Além destes dois julgados, foi indicada ainda a ADI 3.510, na qual o STF reconheceu a constitucionalidade da pesquisa com células tronco embrionárias, admitindo que os embriões humanos fora do corpo da mulher, fossem objetos de pesquisa que significava sua destruição, o que nos moldes da bioética, não pode ser feito com seres humanos já nascidos (ROCHA;

ROSADO; CÂMARA, 2015), fomentando a semântica de distinção entre feto e pessoa, mas sem alterar o marco temporal da tutela penal. Além disto, foi feita uma análise de direito comparado, indicando o método da proporcionalidade para dirimir a questão.

2. A proporcionalidade da criminalização

Como sublinhado, os autores da ADPF 442 consideram ser o judiciário o único campo adequado para “enfrentar a questão” pois, no legislativo, fazê-lo seria impossível pois este só tem olhos de retrocesso sobre a questão. Esta afirmação só faz sentido se a única maneira de enfrentar a questão for a legalização do aborto.

Na verdade, muitas vezes se pretendeu fazê-lo por meio do legislativo, e não é que ele tenha se recusado a dirimir a questão, mas a resposta para o problema sempre foi negativa, o legislativo nacional tem repetidas vezes se mostrado desfavorável a legalização do aborto (CARDOSO, 2015). Este é o reflexo de uma sociedade que majoritariamente rechaça a prática. Em 2014, pesquisa do Ibope/Estadão/TV Globo dá conta que 79% dos brasileiros são contra a legalização do aborto (BRAMATTI; TOLEDO, 2014).

Contudo, o simples fato de a maioria da população ou mesmo o congresso nacional dizerem não a legalização não implica que está seja impossível, com efeito, nossa égide constitucional consagrou a eleição de preceitos fundamentais, estes, são a expressão daqueles princípios sobre os quais está o ordenamento, estes preceitos fundamentais tratam-se de objetos que a ordem jurídica deve proteger e garantir. Assim é que sua existência limita o poder democrático, pois o poder do povo encontra limites neles, não podendo suprimi-los ou divergir deles (MORAIS, 2012).

Ainda que a população se mostre desfavorável, a legalização pode acontecer se o STF reconhecer que a criminalização por parte do Estado fere os preceitos fundamentais de garantia de acesso à saúde e ao planejamento familiar, o direito à igualdade, à autodeterminação e à vida das mulheres como proposto na ADPF 442. Uma vez que a própria criminalização também visa garantir o preceito fundamental do direito à vida ao feto, há um aparente conflito entre eles e, nesse caso, é preciso buscar um modo de garantir quem ambos sejam garantidos.

Esta ideia está pautada na obra de Robert Alexy, ele desenvolveu uma teoria dos direitos que é largamente aplicada, nela, há distinção entre direitos, certos e objetivos, e direitos fundamentais, genéricos e abstratos, estes últimos, expressões dos princípios que alicerçam o ordenamento. Quando há conflito entre direitos, uma vez que eles são líquidos e têm limites claros, a resolução é feita usando critérios estabelecidos na própria lei, como a anterioridade da norma por exemplo. Quando há conflitos entre direitos fundamentais, estes só podem ser

dirimidos mediante uma ponderação, pois como são abstratos e basilares do ordenamento, um não pode ser suprimido em virtude do outro, devendo então serem sopesados, de maneira que apenas um prevalece sobre o outro no caso concreto sem que isso implique a invalidade de qualquer um deles. Essa ponderação entre os princípios é feita em três etapas, adequação, necessidade e proporcionalidade. (PINHEIRO, 2014).

A adequação diz respeito a possibilidade de a norma atingir seus objetivos, no caso dos art. 124 e 126 do CPB, os autores da ADPF 442 argumentam que a criminalização não é uma medida adequada pois a simples tipificação de conduta não têm surtido o efeito para o qual se objetiva, qual seja, a de que as gestações não sejam interrompidas e os bebês nasçam, dado os elevados índices de realização de abortos no Brasil.

Mas é claro que a simples ideia de que um crime é amplamente difundido não é a razão para se postular o levantamento das restrições legais a sua concretização, destarte, os altos números de homicídios no Brasil sugerem que devemos legalizar o assassinato? De maneira que a adequação não deve ser confundida com plena eficácia.

A necessidade, também chamada exigibilidade, diz respeito a valoração do ato normativo em relação à um outro, de maneira que o ato normativo só possa existir se não houver outra medida cabível que atenda os mesmos fins, só que de maneira menos restritiva aos direitos fundamentais. “*O elemento da necessidade busca detectar se a decisão normativa é indispensável ou se existe outra decisão passível de ser tomada que resulte na mesma finalidade almejada, mas que seja menos maléfica ao direito em análise*” (RAMOS, 2014 p.163). Para os autores da ADPF 442 a criminalização não atende este critério pois evitar a concepção seria um modo mais adequado de evitar abortos.

Para demonstrar isso é usado o exemplo francês, com os indicadores do número de abortos realizados na França visa-se demonstrar como a legalização pode diminuir o número de abortos realizados, e assim, a criminalização não é adequada a proteção do nascituro, nem necessária frente a melhores métodos de contracepção. Contudo os mesmos dados mostram que o número de abortos na França tem aumentado desde a legalização, especialmente entre as mulheres mais jovens. Isto, aliado ao fato de que Chile e Polônia apresentam indicadores menores de abortos realizados sem legalizarem a prática, indica que o aborto pode ser meio tanto adequado quanto necessário (BARBOSA, 2017).

A apresentação de Isabela Mantovani na audiência pública de 05/05/2015 no Senado Federal por ocasião da discussão da Sugestão Legislativa nº15 de 2014, que propunha a legalização do aborto no primeiro trimestre de gravidez indica o mesmo quadro, houve aumento do número de abortos proporcionalmente a população, não só na França, mas na Inglaterra,

Suécia, Estados Unidos e Espanha. Mais do que isso, os dados apontam uma relação nula entre legalização e mortes de mulheres, de maneira que descriminalizar o aborto não teria qualquer reflexo no quantitativo de mortes femininas, que acontecem pelas próprias implicações do procedimento e não pela clandestinidade. (MANTOVANI, 2015).

A proporcionalidade em sentido estrito é a última etapa, “*consiste em um sopesamento entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental que com ele colide e que fundamenta a adoção da medida restritiva*” (SILVA, 2002, p.40), por quanto muito mais subjetiva, diz respeito a valoração dos preceitos fundamentais envolvidos no aparente conflito. No caso, qual os preceitos fundamentais mais relevantes, aqueles tangentes ao feto ou à mulher? Os autores da ADPF 442 consideram mais caros os direitos femininos, mesmo porque fazem distinção entre feto e pessoa nascida.

Segundo os autores da ADPF 442 a proporcionalidade é diametral à justiça: “*enfrentar a constitucionalidade do aborto significa fazer um questionamento legítimo sobre o justo: qual a razoabilidade constitucional do poder coercitivo do Estado para coibir o aborto?*” (PSOL, *Op. cit.* p.3). Com efeito, a ponderação pode ser consagrada como princípio do nosso ordenamento, mas ela tem uma raiz muito mais antiga, a questão da justiça, e pode ser encontrada em elementos da ética aristotélica (SANTOS; ANJOS, 2013). Na ADPF 442 só se apresenta legalizar o aborto como algo justo porque o valor atribuído aos direitos das mulheres é maior. Do que o atribuído aos direitos do feto ou ao feto mesmo.

3. A ótica de John Stuart Mill

Mas o que é objetivamente, Justiça? Como podemos dizer que é justo coibir o aborto ou diametralmente não o fazer? O senso de justiça consiste na capacidade de escolher alguma opção ante um dilema moral. Ante qualquer dilema ao qual sejamos submetidos realizamos a atividade de escolher, que é posterior a ponderação, a discussão interior que somos levados a travar em nossas consciências. Procuramos calcular os fatores e atenuantes que nos ajudem a chegar a melhor resposta ao dilema que instintivamente nos propomos, o que escolho é o mais justo?

Muitos autores se utilizam de um tradicional exercício para elucidar essa ideia: imaginando que temos o controle sobre a direção de um bonde ou trem que não pode parar, e que inevitavelmente matará trabalhadores que estão na via, podemos escolher entre a direita, e matar dois homens, ou a esquerda, e matar apenas um. É uma escolha difícil, ponderamos então a menos ruim, a resposta muda frequentemente quando avaliamos outras hipóteses, sugerindo que à esquerda há uma mulher grávida e não um homem, ou que os homens a direita são

assassinos. A mudança na opção realizada pelas pessoas quando passam por este teste evidencia como, ante um dilema moral, sempre procuramos ser os mais corretos e justos possível, bem como o valor que atribuímos as coisas (SANDEL, 2015, p.24-30).

Com efeito, os autores da ADPF 442 não se eximiram de admitir que colocar a questão sobre o crivo da proporcionalidade implica um dilema moral. “*A despeito do extenso debate constitucional transnacional sobre o caráter não absoluto e sim gradual da proteção jurídica ao desenvolvimento embrionário e fetal (...) o aborto seria um “caso difícil” pelo forte apelo moral que provoca.*”(PSOL, Op. cit. p.2).

O utilitarismo enquanto filosofia política foi desenvolvido por Jeremy Bentham e concebe a justiça como o ato que promove a felicidade do indivíduo, em termos simples, são justas as decisões que promovem a maior felicidade dos indivíduos, essa construção é feita a partir de um cálculo do quê e o quanto traz a felicidade, concebida em termos de prazer e sofrimento na ordem objetiva (BENTHAM, 1974, p.8). Para classificar o ato como legal e, portanto, justo; ou ilegal e assim injusto, é a sua utilidade, “*No campo dos direitos humanos, o utilitarismo clássico sustenta que a avaliação de uma conduta decorre de suas consequências e não do reconhecimento de direitos. Assim, determinado ato é – ou não – reprovável de acordo com as circunstâncias e consequências.*” (RAMOS, Op. cit. p.114). O princípio utilitarista, a opção por aquilo que é mais útil, não deixa de ser um referencial na hora de realizar a ponderação e verificar a proporcionalidade.

Segundo o pensamento de John Stuart Mill, sucessor na corrente de pensamento, os limites ao exercício da liberdade pelo poder do Estado só podem subsistir frente aos danos ocasionais a terceiro:

Para Mill, devemos ter “liberdade na busca pelo nosso próprio bem da forma que melhor nos apetece, desde que não interfira na possibilidade de os outros fazerem o mesmo”. O indivíduo deve, inclusive, ser livre para causar dano a si mesmo. Mas a liberdade pode ter limitações. A única ocasião em que o poder estatal poderia ser exercido contra o indivíduo seria para evitar o dano a outros indivíduos (esse é o famoso “harm principle” [*princípio do dano*] – “*The only purpose for which power can be rightfully exercised over any member of a civilized community, against his will, is to prevent harm to others.*”). (GALERO, 2017).

Ainda segundo John Stuart Mill, o Estado não poderá mitigar o direito em nome da utilidade objetiva, porque a longo prazo isso tornaria a sociedade mais infeliz no futuro, essa análise é mais subjetiva e leva em conta não apenas o lapso temporal direto, mas todo o tempo que se seguirá da aplicação da norma, com seus respectivos efeitos. O pensamento do autor não deixa de considerar as consequências mediatas de uma decisão para abaliza-la como justa ou injusta. Mais do que isso, a garantia da liberdade não está sujeita apenas a felicidade e dor na

avalição, está sujeita também aqueles valores que consideremos mais elevados e à dignidade humana. (SANDEL, Op. cit. p. 62).

Pelas obras os conhecereis, este brocardo é uma releitura de Mateus 7, 15-18 na qual Jesus ensinaria que para conhecer verdadeiramente a conduta de um homem faz-se necessário avaliar os frutos de suas obras. O pensamento de Cristo e de Mill guardam um fator comum, a impossibilidade de se abster da análise das consequências de um ato para avaliá-lo. O utilitarismo não é imediatista.

Seguindo os moldes da ADPF 442 podemos fazer um paralelo dos efeitos da legalização do aborto em outros países, já vimos que os dados quantitativos não são positivos. Usando a indicação de John Stuart Mill, podemos avaliar por estes se a legalização constitui útil à criação de uma sociedade livre e na qual prevaleça a dignidade humana, bem como, se é justa ou injusta.

É inegável que a legalização atenda o primeiro critério de John Stuart Mill, pois que garante a liberdade de escolha de maneira maior do que até agora se tem feito, nos moldes da ADPF 442, a mulher pode escolher, com liberdade aquilo que seja mais útil à sua felicidade, sem interferência de terceiro, até o tempo limite estabelecido, seguir com a gestação ou interrompê-la. Mas, passando a avaliação dos frutos do exercício dessa liberdade, a liberdade de abortar é útil na construção da felicidade geral?

Nos Estados Unidos, o número de abortos é maior na comunidade negra e hispânica em relação a comunidade branca, isto pode se dever a estas comunidades apresentam um grau de riqueza menor. A pesquisa que constatou este fato indica que o número absoluto de abortos no país caiu, mas proporcionalmente em relação as comunidades citadas têm havido uma concentração maior no número de procedimentos feitos (G1-MUNDO, 2008).

Se considerarmos acontecer o mesmo no Brasil, a taxa de abortos absolutos poderia cair, mas a comunidade negra e parda concentraria mais números de realização do procedimento. Na ADPF 442, questiona-se que a criminalização representa um meio de discriminação dessa parcela da população, mas a legalização pode afetar diretamente o número e a natalidades dessa comunidade. Nos Estados Unidos existe mesmo a retórica de que o aborto é promovido e ofertado para a comunidade negra com um viés racista, pela apresentação destes números que demonstram um declínio demográfico da mesma (MORGENSTERN, 2017).

A relevância do número de abortos por grupo social também pode apresentar reflexos em questões de gênero, na China o aborto de fetos do sexo feminino é absurdamente maior que o de abortos de fetos do sexo masculino, embora isso se deva a “política do filho único” do governo chinês (MAUAD, 2015), noutros lugares do mundo a preferência por filhos homens

de forma livre tem acarretado o crescimento do aborto de mulheres. Nos países do Leste Europeu, para Luís Mora o fato de “*o feticídio feminino estar acontecendo nos países que, anteriormente, não tinham histórico de tais práticas, como Albânia, Kosovo e Macedônia, indicava que a discriminação de gênero era uma ‘epidemia’*”, demonstrando que a prática da discriminação de gênero é crescente (BHALLA, 2014). Na Índia a proporção de mulheres nascidas em relação a de homens é menor, diferente da maioria dos países do mundo, e a estimativa é que esta diferença se alargue ainda mais no futuro graças ao aborto seletivo de meninas, conforme a Diretoria do Projeto Invisible Girl existe um “*Gendercide*”, um genocídio específico de um gênero praticado no país (INVISIBLE GIRL PROJECT, 2013).

Considerando a disposição na ADPF 442 para defender os preceitos fundamentais da isonomia (igualdade de gênero) e direito à vida das mulheres, é de se considerar esses dados, pois nenhuma discriminação de gênero aludida na Inicial da ação de controle de constitucionalidade parece alcançar estes termos, se nossa sociedade tem traços eminentemente machistas, é de se esperar que um quadro semelhante possa se instalar no Brasil, mesmo porque no Leste Europeu esta prática não tinha precedentes históricos, como sublinhado.

Outro quadro preocupante é o desenvolvimento de uma cultura eugenista. Na Espanha onde o aborto foi liberado até a 14ª semana de gestação, se desenvolveu um importante debate sobre a dignidade das pessoas com deficiência. As taxas de aborto dos fetos diagnosticados com Síndrome de Down têm aumentado significativamente, de maneira que em 2015, 90% das mulheres optaram por abortar as suas gestações quando o bebê é identificado com a Síndrome (CALDERÓN, 2015). Na Islândia, onde o aborto é liberado até a 16ª semana, a taxa atingiu o percentual foi de 98% dos casos de diagnóstico da anomalia genética nos fetos, apresenta-se apenas um caso por semestre, a doença foi erradicada no território islandês por meio da eliminação dos portadores antes que viessem a nascer. Um dos fatores que leva a escolha pela interrupção da gravidez é “*evitar um problema*” (tradução livre) que são as complicações da vida de uma pessoa portadora da anomalia genética (QUINONES; LAJKA, 2017). Notadamente trata-se de aborto eugênico.

É impossível argumentar que a opção generalizada por abortar gestações nestes termos não seja uma afronta a dignidade dessas pessoas. “*Quando se chegou ao consenso de que uma criança, que se supõe nascerá com deficiências, deve ser abortada para poupar, a ele e às outras pessoas, o peso da sua existência, está-se a fazer um escárnio a todos os deficientes*”. (Tradução livre - RATZINGER, 1984). Se o mesmo quadro se apresentar no Brasil nós teremos um claro rompimento da ordem constitucional pautada na Dignidade da Pessoa Humana, pelo que muitas gestações serão descartadas por uma escolha pessoal da mulher ou do casal pautada

na discriminação injusta para com os portadores de deficiência. Embora estes frutos da legalização do aborto não sejam planejados e induzidos, como foram outrora naqueles lugares em que se desenvolveram políticas de engenharia social e eugenia, é impossível negar que guardem semelhanças com estes quando, sabendo-se deles, não se procura evitá-los.

Assim, considerando que a Dignidade Humana é um valor moral que consagramos ao nível máximo, como princípio constitucional e basilar do Estado, podemos classificar a legalização como injusta, dado seus efeitos, que não atendem o segundo critério de Mill, a promoção da felicidade geral no longo prazo somada a promoção da dignidade humana.

Conclusão

Embora não se possa legislar de qualquer forma, pois a primazia dos preceitos fundamentais deve ser garantida, a maneira de aplicar e valorar esses preceitos fundamentais ainda pode ser a forma de atender ao desejo do povo. Os preceitos fundamentais do direito à vida, à saúde, à liberdade, da igualdade que devem ser garantidos a todos, podem ser garantidos as mulheres por outras vias sem que necessariamente se legalize o aborto e assim, se atenda a opinião pública que, majoritariamente se opõe a legalização do aborto.

Na iminência do julgamento do da ADPF 442 pelo plenário do STF a valoração que os decanos farão dos preceitos fundamentais fará toda diferença. Apesar de sabermos que os preceitos fundamentais limitados pela criminalização do aborto o serem apenas em parte e por certo tempo, pois a gravidez não é eterna, não é absoluta e muito menos obrigatória, enquanto a limitação do preceito fundamental do direito à vida do feto ser absoluta, posto que o aborto destrói o substrato do ser, ainda assim, a atribuição de valor a cada lado da balança pode ser definitiva.

Frente a um mundo moderno que foca cada vez mais nas aparências e nas capacidades, em que as pessoas são medidas por aquilo que podem oferecer, a fomentação de um abismo entre feto e pessoa nascida é expressão de uma cultura que precisa resgatar a filosofia que distingue potência de essência, para reconhecer que o feto, apesar de sua aparência e limitadas capacidades, é humano, e a ele deve-se destinar a mesma dignidade de uma pessoa nascida. A mesma essência que é comum a todos, homens e mulheres, pobres e ricos, deficientes e sãos.

A mesma elevada Dignidade Humana que é fundamento e alicerce da ordem constitucional e, segundo a ótica de John Stuart Mill, em nada é promovida pela legalização do aborto, visto os números e os indicadores, que demonstram como ela fomenta problemas de discriminação racial, de gênero e contra portadores de necessidades especiais.

Embora o aborto torne a mulher mais livre, nos moldes utilitaristas, a longo prazo e de forma mais ampla, não promove a construção de uma sociedade mais elevada na qual a Dignidade de cada homem seja respeitada e querida, mesmo quando é mais útil a felicidade mediata de uns poucos realizar atos que solapem esta dignidade. O aborto é este ato, que permite que descartemos a existência de novas pessoas, que já estão em processo de maturação por que são mulheres, porque serão doentes e precisarão de maiores cuidados, porque será difícil mantê-las.

Assim, se faz necessário, como noutros países, buscar outros meios que garantam o exercício da liberdade individual e a dignidade das mulheres sem permitir que o aborto seja legalizado, como incentivar uma cultura de gravidez responsável, de sexo seguro, ampliar políticas públicas de planejamento familiar e acesso a métodos contraceptivos.

Referências

AMERICANOS, Organização dos Estados. **Pacto De San José De Costa Rica**. San José, 1969. Disponível em:

<<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>.

Acesso em: 06 jun. 2017.

BARBOSA, Renan. **Números sobre aborto mostram pontos fracos da legalização como alternativa** 2017. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/justica/numeros-sobre-aborto-mostrar-pontos-fracos-da-legalizacao-como-alternativa-2wdnml0h3b2ldtg1n413ogje7>>. Acesso em: 01 out. 2017.

BARBOSA, Renan. **É Proporcional Descriminalizar o Aborto?** 2017. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/justica/e-proporcional-descriminalizar-o-aborto-dalzqp59cv5yijt0l59faaqoj>>. Acesso em: 10 jul. 2017.

BARCCHIFONTAINE, Chistian De Paul de. **Bioética e Início da Vida: Dignidade da Pessoa Humana**. In. MIGLIORE, Alfredo D. SCALQUETTE, Ana Cláudia. São Paulo: LTR Editora, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. **Voto-Vista: Habeas Corpus 124.306**. Relator Min. Marco Aurélio. Pacientes Edilson Dos Santos e Rosemere Aparecida Ferreira. Impetrante Jair Leite Pereira. Coator Superior Tribunal De Justiça. Rio De Janeiro, 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>>. Acesso em: 26 jul. 2017.

BENTHAM, Jeremy. **Princípios da Moral e da Legislação**. São Paulo: Abril Cultural, 1974.

BHALLA, Nita. **Aborto de meninas está se espalhando no Leste Europeu como "epidemia", alerta ONU**. 2014. Disponível em: <<https://br.reuters.com/article/worldNews/idBRKCN0IU29920141110>>. Acesso em: 06 Out 2017.

BOITEUX, Luciana. GENRO, Luciana. RONDON, Gabriela. GUMIERI, Sinara. **A ADPF 442: ousadia necessária para descriminalizar o aborto**. 2017. Disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2017/03/15/adpf-442-ousadia-necessaria-para-descriminalizar-o-aborto/>>. Acesso em: 01 jun. 2017.

BRAMATTI, Daniel. TOLEDO, José Roberto De. **Ibope: Quase 80% são contra legalizar maconha e aborto**. 2014. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,ibope-quase-80-sao-contralegalizar-maconha-e-aborto,1554665>>. Acesso em: 14 ago. 2017.

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: 08 ago. 2017.

BRASIL. **Constituição Da República Federativa Do Brasil De 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 06 jun. 2017.

CALDERÓN, Mirian. **El 90% de los síndrome de Down es abortado en España.** 2015. Disponível em: <<https://www.actuall.com/vida/90-los-sindrome-down-abortado-espana/>>. Acesso em: 03 out. 2017.

CARDOSO, Bia. **Aborto: o PL 5069/2013 e outros retrocessos no Congresso Nacional.** 2015. Disponível em: <<http://blogueirasfeministas.com/2015/09/aborto-o-pl-50692013-e-outros-retrocessos-no-congresso-nacional/>>. Acesso em: 19 Set 2017.

DIÓGENES JR, José Eliaci Nogueira. **Aspectos gerais das características dos direitos fundamentais.** 2012. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11749>. Acesso em: 28 jul. 2017.

FENDRICH, Cyntia Brandalize. NETO, Miguel Kfourri. **Princípio Da Dignidade Da Pessoa Humana, Proteção Jurídica Do Embrião E O Direito À Vida.** 2013. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=0e230b1a582d7652>>. Acesso em: 04 jun. 2017.

G1-MUNDO. **Taxa de aborto ainda é maior entre negras e hispânicas nos EUA.** 2008. Disponível em: <<http://g1.globo.com/Noticias/Mundo/0,,MUL771320-5602,00-TAXA+DE+ABORTO+AINDA+E+MAIOR+ENTRE+NEGRAS+E+HISPANICAS+NOS+EUA.html>>. Acesso em 02 out. 2017.

GALERO, Rafael. **Pequeno Guia para Grandes Ideias: John Stuart Mill.** 2017. Disponível em: <<https://www.studentsforliberty.org/pequeno-guia-john-stuart-mill>>. Acesso em: 11 set. 2017.

HUNGRIA, Nelson. *Apud* MELO, Marco Aurélio. *Op. Cit.* Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/adpf54.pdf>>. Acesso em: 23 mai. 2017.

INVISIBLE GIRL PROJECT. **Testimony of Jill McElya, J.D: India's Missing Girls.** 2013. Disponível em: <<http://invisiblegirlproject.org/wpcontent/uploads/2016/04/Testimony.9.10.2013.pdf>>. Acesso em: 05 out. 2017.

MANTOVANI, Isabela. **Especialista Isabela Mantovani apresenta números estatísticos a respeito do aborto no Brasil** [recurso eletrônico]. 2015. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=7QI5ZN9jQKI>>. Acesso em: 01 out. 2017.

MANTOVANI, Isabela. **Estatísticas do Aborto: Audiência Pública - Comissão de Direitos Humanos Senado Federal.** 2015. Disponível em: <<https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=3&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwjCx5m3gYXXAhUBgpAKHXXIA74QFggyMAI&url=http%3A%2F%2Flegis.senado.leg.br%2Fsdleg-getter%2Fdocumento%2Fdownload%2F76b56165-507e-405c-9b4a-1f202476302d&usg=AOvVaw2ryIuiPTYJI22ppnT2B-DP>>. Acesso em: 01 Out 2017.

MAUAD, João Luiz. **O infanticídio de meninas na china e o silêncio das feministas.** 2015. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/rodrigo-constantino/artigos/o-infanticidio-de-meninas-na-china-e-o-silencio-das-feministas/>>. Acesso em 04 out. 2017.

MELLO, Marco Aurélio. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54 – Voto**. Brasília: 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/adpf54.pdf>>. Acesso em: 23 Mai 2017.

MORAIS, Dalton Santos. **Democracia e direitos fundamentais: propostas para uma jurisdição constitucional democrática**. 2012. Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/democracia-e-direitos-fundamentais-propostas-para-uma-jurisdicao-constitucional-democratica>>. Acesso em 13 Out 2017.

MORGENSTERN, Flávio. **Trump desmantela Planned Parenthood, criada para fazer abortos de negros. Mas ele não era “racista”?** 2017. Disponível em: <<http://sensoincomum.org/2017/01/24/trump-planned-parenthood-abortos-racista/>>. Acesso em: 02 Out 2017.

NAMBA, Tetsubo. *Apud*. MALUF, Adriana Caldas do R. F. Dabus. **Curso de Bioética e Biodireito**. São Paulo: Atlas, 2010.

NUNES, Rodolfo Acatuássu. *Apud*. MELO. *Op. cit.* Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/adpf54.pdf>>. Acesso em: 05 jul. 2017.

PARTISO SOCIALISMO E LIBERDADE – PSOL. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 442 – Petição Inicial**. 2017. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/psol-stf-descriminalize-aborto-meses.pdf>>. Acesso em: 01 jun. 2017.

PINHEIRO, André Luiz Rocha. **O princípio da proporcionalidade como solucionador de conflitos entre normas de direitos fundamentais na Constituição Brasileira de 1988**. 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/32983/o-principio-da-proporcionalidade-como-solucionador-de-conflitos-entre-normas-de-direitos-fundamentais-na-constituicao-brasileira-de-1988/2>>. Acesso em 12 set. 2017.

PIRES, Diego Bruno de Souza. **Ato e Potência (Aristotélico)**. 2017. Disponível em: <<http://www.webartigos.com/artigos/ato-e-potencia-aristotelico/10066/>>. Acesso em: 29 jun. 2017.

QUINONES, Julian. LAJKA, Arijeta. **"What kind of society do you want to live in?": Inside the country where Down syndrome is disappearing**. 2017. Disponível em: <<https://www.cbsnews.com/news/down-syndrome-iceland/>>. Acesso em: 03 out. 2017.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos** [recurso eletrônico]. São Paulo: Saraiva, 2014.

RATZINGER, Joseph. *Cristianismo y democracia pluralista. Acerca de la necesidad que el mundo moderno tiene del cristianismo*. **Scripta theologica revista de la Facultad de Teología de la Universidad de Navarra**. 1984. Disponível em: <<http://dadun.unav.edu/bitstream/10171/14026/3/STXVI304.pdf>>. Acesso em: 05 Out 2017.

ROCHA, Camilla De Amorim Macedo. ROSADO, Danielle Targino De Oliveira. CÂMARA, Ródio Luís Brandão. **Constitucionalidade da Lei de Biossegurança: o julgamento de mérito da ADI nº 3.510 pelo STF analisado sob o prisma da Teoria Liberal dos Direitos Fundamentais**. 2015. Disponível em:

<<https://camillamacedorochoa.jusbrasil.com.br/artigos/118306056/constitucionalidade-da-lei-de-biosseguranca-o-julgamento-de-merito-da-adi-n-3510-pelo-stf-analisado-sob-o-prisma-da-teoria-liberal-dos-direitos-fundamentais>>. Acesso em: 19 jul. 2017.

SANDEL, Michael J. **Justiça** [Recurso Eletrônico] Tradução de Heloisa Maria e Maria Alice Máximo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015.

SELIGMAN, Felipe. NUBLAT, Johanna. **STF libera aborto de fetos anencéfalos**. 2012. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidiano/36836-stf-libera-aborto-de-fetos-anencefalos.shtml>>. Acesso em: 22 mai. 2017.

SILVA, Claudio Henrique Ribeiro da. *Apontamentos para uma teoria dos entes despersonalizados*. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 809, 20 set. 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7312>>. Acesso em: 8 ago. 2017.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. *O proporcional e o razoável*. **Revista dos Tribunais**, ano 91, n. 798, p. 23-50. São Paulo: 2002. Disponível em: <<https://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2002-RT798-Proporcionalidade.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2017.

A APLICAÇÃO DA PRISÃO CAUTELAR E O DIREITO NA SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIO EM CARUARU-PE

Jéssica Maria Xavier de Melo¹

Resumo

A prisão é a restrição da liberdade de locomoção, é a segregação daquele que delinuiu. Esse cerceamento pode originar-se de decisão condenatória transitada em julgado, em reprimenda estatal ao delito praticado, também podendo surgir por força de uma prisão cautelar, que são as denominadas “prisões sem pena”. No decorrer da investigação criminal e de todo o trâmite processual, se necessário, há a possibilidade de encarceramento do indiciado. Isso pode ocorrer para manutenção da ordem pública e econômica, se apresentando como maneira de garantir a paz social e o andamento do processo. A Lei nº 12.403/2011 tem como principal finalidade refrear o encarceramento provisório do acusado, sem que haja necessidade da prisão. Visto que é consideravelmente danoso o estigma sofrido pelo cumprimento de uma privação de liberdade, ainda que de natureza cautelar. O indivíduo será enquadrado em rótulos por seus familiares, amigos, vizinhos e por possíveis empregadores. O mesmo encargo recai sobre a família do indivíduo que dividirão o estigma, que nem sempre é imprescindível para o processo. No decorrer de cada ano calcula-se que cerca de 10 milhões de pessoas são expostas a uma segregação de natureza preventiva, antecedendo uma sentença condenatória transitada em julgado. Segundo dados estatísticos de 2014 fornecidos pelo INFOPEN, 41% da população carcerária no Brasil são de presos provisórios. Verifica-se a possível utilização indevida das medidas cautelares e a não observância dos fundamentos para sua decretação, resultando em prisões superlotadas, que não cumprem o seu papel ressocializador. Ademais, a análise do polêmico e sempre atual tema da prisão cautelar é de substancial importância, visto que acarreta a provisória mitigação da liberdade de um indivíduo, apesar de ser considerado juridicamente inocente, é submetido a esta grave “pena” e com a possibilidade de ser inocente. Destarte, o presente artigo, por meio do método qualitativo, tem como objetivo analisar a aplicação da prisão preventiva, observando os preceitos constitucionais à liberdade, à presunção de inocência e ao devido processo legal, bem como o reflexo da possível exagerada aplicação de tais prisões cautelares pelos magistrados e a consequente superlotação da unidade prisional na cidade de Caruaru-PE.

Introdução

Em se tratando de medidas cautelares, antes da Lei nº 12.403/2011, o juiz possuía apenas duas opções: determinar que o acusado permanecesse preso durante o curso do processo, ou permitir que ficasse solto mediante relaxamento da prisão, liberdade provisória ou revogação da prisão preventiva.

¹ Graduanda em Direito pelo Centro Universitário Tabosa de Almeida – ASCES/UNITA. E-mail: jessicaXmello@outlook.com

Com o advento da supramencionada lei, que foi inspirada nos modelos europeus, ofereceu ao processo penal um avanço significativo trazendo uma gama de possibilidades para os juízes antes de decidirem se mantêm o acusado ou indiciado preso, aplicar diversas medidas distintas da prisão, que o legislador elegeu como prioridade e exceção o cerceamento da liberdade.

A prisão decretada antes de uma sentença penal condenatória é a mais grave das ingerências sobre o direito fundamental do indivíduo que é a liberdade, visto que depois da vida, é o direito mais importante. A restrição da liberdade do indivíduo pode decorrer de decisão condenatória transitada em julgado, sendo a prisão satisfativa em resposta do estatal ao delito perpetrado, e também, pode decorrer em razão de uma prisão cautelar.

No decorrer da investigação criminal e de todo tramite processual, se necessário, há a possibilidade de encarceramento do indiciado. Isso pode ocorrer em virtude de necessidade iminente, desde que devidamente fundada por hipóteses rigorosamente elencadas em lei, manifestadas no risco demonstrado de que se o agente continuar livre será um mal que deve ser evitado. Logo, deve ser segregado pelo Estado para que se tenha também um seguro desenrolar do processo e a garantia de que ao final, se assim for condenado o agente delituoso, o Estado possa exercer o seu *jus puniendi*, pois, em algumas situações, se esta medida não for tomada, privando assim o indivíduo de sua liberdade mesmo que não se tenha uma sentença definitiva, quando esta for proferida, não mais será possível a aplicação da lei penal. Diante disso, a sua natureza, nada mais é que provisória. Assim, advém a possibilidade de que ocorra a prisão sem pena.

Além de expor possíveis violações aos princípios constitucionais, o presente trabalho também pretende demonstrar o liame entre a superlotação carcerária em Caruaru-PE, e a aplicação desmedida das prisões cautelares.

Destarte, o presente artigo, por meio do método qualitativo, tem como objetivo analisar a aplicação da prisão preventiva, observando os preceitos constitucionais à liberdade, à presunção de inocência e ao devido processo legal, bem como o reflexo da possível exagerada aplicação de tais prisões cautelares pelos magistrados e a consequente superlotação da unidade prisional na cidade de Caruaru-PE.

Sendo assim, o presente artigo, por meio do método qualitativo, tem como escopo analisar a aplicação da prisão cautelar, considerando os preceitos constitucionais, bem como o reflexo de tais prisões na conseqüente superlotação da unidade prisional do município de Caruaru.

Diante da falência do sistema carcerário pátrio, do excesso de duração dos processos, bem como da aplicação das prisões cautelares como regra e não como exceção, diante da onda de violência causada pela ausência do Estado, inúmeros são os danos causados em detrimento da banalização da aplicação da prisão cautelar e seus reflexos gritantes no sistema prisional brasileiro.

O Título II e Capítulo I da Constituição Federal, em seu art. 5º que trata das inviolabilidades inerentes a todo e qualquer cidadão residente no país, traz dentre tais garantias a liberdade. Se assim não fosse tão importante e a todo custo pudesse ser cerceada, a liberdade não seria abordada nesta Sessão que trata dos direitos e deveres individuais, que são inclusive tidos como cláusula pétrea como prevê o art. 60º, §4º, IV:

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:
IV - Os direitos e garantias individuais.

Diante do exposto, é necessário analisar e identificar os fatores determinantes para a prática de tal cerceamento de direitos, bem como analisar suas conseqüências pessoais, jurídicas e sociais, tentando vislumbrar se realmente é necessário que haja tanta segregação de indivíduos que poderiam estar respondendo ao processo em liberdade sem apresentar qualquer prejuízo a garantia da ordem pública, da ordem econômica, da instrução criminal, ou da segurança na aplicação da lei penal.

1. Breve evolução histórica da pena de prisão e o surgimento da prisão cautelar.

Faz-se necessário um breve estudo dos marcos históricos determinantes no que se refere ao desenvolvimento do instituto da prisão cautelar, visto que só pode ser compreendida, olhando-se para trás.

Na antiguidade, o aprisionamento consistia essencialmente na pena capital e nas penas infamantes, onde o indivíduo sofria mutilações, e não possuía direito algum. A aplicação das punições, nesse período, tinha um caráter de espetáculo, visto que era utilizada como instrumento para demonstração do poder do monarca sobre aqueles que

não observavam os ditames estabelecidos para a convivência pacífica de todos. Ao tratar sobre a ostentação dos suplícios, Michael Foucault (2013, p. 56) argumenta que:

Nas cerimônias do suplício, o personagem principal é o povo, cuja presença real e imediata é requerida para sua realização. Um suplício que tivesse sido conhecido, mas cujo desenrolar houvesse sido secreto, não teria sentido. Procurava-se dar o exemplo não só suscitando a consciência de que a menor infração corria sério risco de punição; mas provocando um efeito de terror pelo espetáculo do poder tripudiando sobre o culpado.

A pena privativa de liberdade não existia nesse período. A prisão era tão somente o local imundo e malcheiroso onde o indivíduo aguardava para a execução da pena cruel ou a pena de morte.

Na idade média, não se pode verificar grandes avanços, mas em casos excepcionais, como por exemplo, quando as penas de mutilações seriam graves demais em comparação com o delito praticado, a pena de prisão começou a ser utilizada. Mas as sanções restritivas de liberdade continuaram a ser em sua essência apenas o endereço daqueles que aguardavam o julgamento.

Inicialmente, em uma proporção muito pequena, a igreja adotou o aprisionamento como forma de punição para aqueles que cometiam pecados mais brandos, com o intuito de levar o pecador a refletir sobre o mal praticado e através do isolamento reconciliar-se com Deus. Assim, se atribui ao direito canônico o princípio da pena de privação de liberdade, na forma em que é conhecida hoje, pois trouxe a ideia de “redenção” do ser humano através da privação da liberdade (BITENCOURT, 2011, p.27).

Posteriormente ao início da Idade Moderna, entre os séculos XV e XVII, período marcado pelo êxodo rural, com o aumento do comércio, as cidades cresceram de forma rápida e desordenada, multiplicando-se a criminalidade. Momento este, onde a execução da pena capital começa a ser questionada, visto que sua finalidade era inibir a criminalidade, o que ocasionou uma transformação que teve como cerne corrigir os ociosos, para que sua mão de obra fosse explorada, o que implicava em um modelo voltado para “o isolamento, o trabalho, a instrução religiosa e uma férrea disciplina eram os meios que se utilizavam para a correção”, como destacado por César Roberto Bitencourt (2011, p. 42). Simultaneamente a esses acontecimentos surge a ideia do encarceramento como pena em si, e não mais como mera “sala de espera” para execução da pena prolatada no julgamento.

Ainda no início do século XVIII, na França, a pena restritiva de liberdade passou a ser a principal medida sancionatória aplicada às pessoas que cometiam ilícitos, sendo inclusive mais aplicada que a pena de morte e a pena de multa. Em geral, na Europa,

a prisão assume um papel no complexo das punições. Marcando, assim, um momento importante para a justiça penal, qual seja: a admissão de que as penas devem ter um mínimo de humanização (FOUCAULT, 2013, pp. 95-97).

Já na segunda metade do século XVIII, com os movimentos sociais que lutavam por maior igualdade e menor intervenção do Estado, não era admitida uma realidade em que ainda se aplicavam os suplícios, o que gerou muitos protestos, não mais apreciando como espetáculo as cenas de selvageria, porém, como cenas repugnantes. Como amplamente demonstrado por Michel Foucault (2013, p. 14):

A punição pouco a pouco deixou de ser uma cena. E tudo o que pudesse implicar de espetáculo desde então terá um cunho negativo; e como as funções da cerimônia penal deixavam pouco a pouco de ser compreendidas, ficou a suspeita de que tal rito que dava um “fecho” ao crime mantinha com ele afinidades espúrias: igualando-o, ou mesmo ultrapassando-o em selvageria, acostumando os espectadores a uma ferocidade de que todos queriam vê-los afastados, mostrando-lhes a frequência dos crimes, fazendo o carrasco se parecer com criminoso, os juízes aos assassinos, invertendo no último momento os papéis, fazendo do supliciado um objeto de piedade e de admiração.

Previamente, o filósofo Cesar Baccaria que se debruçou sobre o tema, em seu livro *Dos Delitos e Das Penas* tomado pela insatisfação dos horrores vivenciados a sua época por quem era alvo da execução penal.

Inicialmente, era possível perceber na pena de prisão muita desordem, onde presos do sexo masculino eram presos juntamente com as mulheres, deficientes físicos, mentais e adolescentes. Assim, não sendo possível atender ao escopo para qual foi instituída, que seria reeducar o indivíduo para inseri-lo novamente na sociedade, ainda sendo perceptível a aplicação de castigos cruéis por meio de amputações de membros.

Por mérito das ideias iluministas que ofereceram impulso à humanização, depois das publicações das obras de Beccaria e John Howard, pugnando que as penas infamantes não deveriam ser mais aplicadas sendo substituídas pela pena privativa de liberdade com intuito ressocializador. Foi a partir das ideias do jurista inglês, Jeremias Bentham que propagou que os indivíduos encarcerados proporcionariam maiores benefícios à sociedade se privados de sua liberdade em condições que possibilitassem sua recuperação (MARTINAGE, 1998, pp. 81-91).

Por quase toda a Europa do século XIX, começou a ser introduzido muitos questionamentos com o que se almejava com a sanção (ROMÃO, 2014, p. 375), direcionando o pensamento a questão da prevenção do delito, chegando a conclusão de que a pena privativa de liberdade deve ter um caráter inibidor a ocorrência de novos

delitos e reabilitar o indivíduo para conviver em harmonia com as regras socialmente impostas.

Com o advento do positivismo, este se utilizava dos demais ramos da ciência, tais como a medicina, a sociologia e a psicologia para formular e fundamentar suas teses referente aos fatores que incitam o criminoso. Assim, o positivismo entendia que deveria sacrificar o indivíduo em detrimento da sociedade (BARATTA, 1999, pp. 38-39).

O pensamento positivista foi extenuado pela Segunda Guerra Mundial, que enxerga o delito como uma disfunção inerente à condição humana e social que não comporta limites tênues da lei e do direito penal. É nesse momento que o sujeito se apropria do *status* de sujeito de direitos.

A nova defesa social encarou a prisão-pena como instituto apto a proteger a sociedade, por meio da disponibilidade de tratamento humanizado para reeducar o transgressor da lei. Sendo a privação da liberdade anterior à sentença condenatória, custódia necessária para garantir que não será efetuado um mal maior, que é a afronta à ordem pública (RAMÍREZ, 1997, pp. 176- 178).

Verifica-se que historicamente a primeira forma de aprisionamento foi de caráter cautelar e não punitivo. Logo, a prisão preventiva se originou para resguardar a execução da pena. Não obstante, ao longo da história, a prisão cautelar passou por incontáveis alterações no que se refere à finalidade, não sendo diferente no Brasil.

1.1 Evolução histórica do encarceramento no Brasil

No Brasil, no lapso temporal entre o descobrimento e vinda da família real para o Brasil (1808), é inconcebível afirmar a existência de um sistema carcerário, visto que o sistema penal só começa a ser estabelecido nos últimos 60 anos desse período. Tal como ocorria em boa parte do mundo, nesse período, a prisão era apenas o lugar fétido e horrendo onde o acusado aguardava o julgamento. O encarceramento não se caracterizava como pena autônoma, não obstante era regra de controle do acusado até o momento que seria condenado, e que normalmente lhe era atribuída a pena capital ou infamante, sem mencionar a possibilidade de ser esquecido no cárcere até que morresse.

No período do descobrimento do Brasil, eram vigentes em Portugal as Ordenações Afonsinas, e que foram introduzidas aqui. Posteriormente, vieram outras ordenações que trouxeram tímidas variações de conteúdo. No ano de 1505, D. Manoel I,

estabeleceu que fossem realizadas reformulação nas ordenações, o que implicou na publicação das Ordenações Manuelinas em 11 de março de 1521 (COSTA, 2008, p. 283).

Contudo, as Ordenações pouco influenciavam no direito que era aplicado no Brasil Colônia, visto que eram os donatários que criavam suas próprias leis arbitrárias e cruéis, pois estavam aquém do poder da coroa. O período que compreende a fase colonial rememorou fase mais cruel e obscurada humanidade vivida em outras partes do mundo.

Em seguida, vieram as Ordenações Filipinas em virtude da reforma nas Ordenações Manuelinas, mas que também não trouxeram grandes inovações. Essencialmente, as Ordenações Filipinas cuidaram em atualizar o direito vigente com o mínimo de inovações possíveis.

O fim das Ordenações Filipinas se deu após a vinda da família real para o Brasil, e a forte influência do Iluminismo, bem como em consequência da Constituição de 1824, criando assim, um terreno fértil para uma legislação pátria original e mais humanizada. É possível visualizar a pena privativa de liberdade no art. 179, inciso IX, da Constituição de 1824:

Ainda com culpa formada, ninguém será conduzido á prisão, ou nella conservado estando já preso, se prestar fiança idonea, nos casos, que a Lei a admite: e em geral nos crimes, que não tiverem maior pena, do que a de seis mezes de prisão, ou desterro para fóra da Comarca, poderá o Réo livrar-se solto.

É imperioso destacar também o que está disposto no artigo supracitado, inciso XXI: “As Cadêas serão seguras, limpas, o bem arejadas, havendo diversas casas para separação dos Réos, conforme suas circumstancias, e natureza dos seus crimes”. Resultando no reconhecimento da dignidade humana do preso, por se tratar de afirmação contida na Constituição.

Em 1830 foi aprovado o primeiro Código Criminal, que embora tivesse influência do movimento iluminista não aboliu as penas cruéis e a pena capital. A pena de morte só veio a ser revogada oficialmente com o Código de Penal de 1890.

Tal como o Código Criminal de 1830, também foi resultante da Constituição de 1824 o Código de Processo Criminal de 1832, que tinha como escoporegularizar procedimentos, bem como resguardar os direitos dos acusados e organizar o sistema de justiça.

O Código Criminal do Império sofreu tantas alterações que foi necessário reformá-lo. A edição do Código Penal de 1890 surgiu com o advento da República. O

Decreto nº 774/1890 que precedeu o novo Código Penal, tornou obrigatório à subtração do tempo cumprido em custódia preventiva da pena, as galés foram abolidas e a prisão perpétua foi reduzida para 30 anos.

Não obstante, vale destacar as modalidades das penas previstas no art. 43 do Código Penal de 1890:

Art. 43. As penas estabelecidas neste código são as seguintes: a) prisão celular; b) banimento; c) reclusão; d) prisão com trabalho obrigatório; e) prisão disciplinar; f) interdição; g) suspensão e perda do emprego público, com ou sem inhabilitação para exercer outro; h) multa.

É nesse Código que foram previstos os primeiros preceitos para um procedimento de progressão, estabelecendo no art. 50 que:

Art. 50. O condenado a prisão celular por tempo excedente de seis annos e que houver cumprido metade da pena, mostrando bom comportamento, poderá ser transferido para alguma penitenciaria agricola, afim de ahi cumprir o restante da pena.

§ 1º Si não perseverar no bom comportamento, a concessão será revogada e voltará a cumprir a pena no estabelecimento de onde sahiu.

§ 2º Si perseverar no bom comportamento, de modo a fazer presumir emenda, poderá obter livramento condicional, comtanto que o restante da pena a cumprir não exceda de dousannos.

Muitos foram os avanços trazidos com o advento do Código de 1890, concretizando o sistema de progressão no Brasil. Todavia, a Constituição de 1937 representou uma mitigação penal e humanitária, pois previa a pena de morte. Não muito tempo após, o Código Penal de 1940 manteve a hipótese de progressão de regime para as penas privativas de liberdade e não manteve a pena capital.

A lei de 24 de maio de 1977 (Lei nº 6.416) proporcionou relevantes alterações no Código Penal, no processo penal e na execução da pena, mesmo antes da existência de uma lei para a execução da pena no país.

O advento da Lei de Execução Penal se deu por meio da Lei nº 7.210/1984, implicando em grande avanço na ótica dos direitos e garantias do indivíduo apenado, visto que reconheceu direitos em relação ao Estado, que a partir de então possui o dever de prestar tutela jurisdicional.

No entanto, desde a década de 1940, muitas foram as tentativas de aprovar um novo Código Penal e Código de Processo Penal. Mas, devido a grande instabilidade política vivida no país, bem como o sujeito encarcerado, em momento algum, mereceu a atenção do Poder Público nem ao menos para garantir os direitos fundamentais garantidos

na Carta Magna, sendo perceptível a negligência da sociedade que prefere esquecer os agentes que cometem delitos muro adentro das unidades prisionais.

Em 4 de julho de 2011, a nova Lei de Execução Penal (LEP) entrou em vigor, com o principal objetivo de impedir que o acusado ou indiciado tenha seu direito à liberdade restrito, sem a evidente necessidade de tão grave medida. Mais do que mera necessidade, a prisão provisória só deverá ser aplicada quando for imprescindível para a garantia do processo, ou seja, havendo outra medida menos invasiva que a prisão, sendo suficiente para garantir o desenvolvimento regular do processo, esta deverá ser aplicada inicialmente, como aduz VILLAR (*apud SANGUINÉ*, 2014, p.16):

A prisão provisória é uma incontestável violação do direito fundamental à liberdade, tal violação somente pode ter explicação e limites no direito concorrente da sociedade à proteção e à segurança que requer a ação da justiça, que têm também enraizamento constitucional.

Diante da atual situação da segurança pública no país, onde é perceptível magistrados tentando satisfazer a ausência do Estado em prevenir crimes, adotando uma postura punitivista fazendo uso das medidas cautelares de cerceamento da liberdade de maneira arbitrária, o que resulta na inversão dos objetivos da reforma, que deveria se perceber a custódia cautelar do indivíduo em casos excepcionais, diferente do que é visto na prática, onde 41 % da população carcerária no Brasil trata-se de presos provisórios (INFOPEN, 2014, p. 16).

2. A aplicação das prisões cautelares

Olhando-se para trás, é possível perceber que a privação da liberdade, mesmo executadas em situações precárias, representa um avanço para o sistema carcerário pátrio, visto que as penas que existiam eram desumanas e cruéis. No entanto, em virtude da crise do sistema carcerário na atualidade, a pena restritiva de liberdade está desacreditada, pois não cumpre com a finalidade para qual foi criada, que é a ressocialização do indivíduo.

A prisão é uma das maiores ingerências que o Estado pode exercer sobre um direito individual, pois restringe a liberdade de locomoção, em virtude de um delito praticado. A lei assegura que a mitigação desse direito pode surgir em razão de sentença condenatória transitada em julgado e em decorrência de uma prisão cautelar.

No decorrer da investigação criminal e de todo tramite processual, se necessário, há a possibilidade de encarceramento do indiciado. Isso pode ocorrer em virtude de necessidade iminente, desde que devidamente fundada por hipóteses rigorosamente elencadas em lei, manifestadas no risco demonstrado de que, se o agente continuar livre, comprometerá o seguro desenrolar do processo e a garantia de que ao final, se assim for condenado, o Estado não possa exercer o seu *jus puniendi*, tendo em vista que em algumas situações específicas, se esta medida não for tomada, mesmo que não se tenha uma sentença definitiva, quando esta for proferida, não mais será possível à aplicação da lei penal. Diante disso, a sua natureza, nada mais é do que provisória, e, assim, advém à possibilidade de que ocorra a prisão sem pena.

Contudo, para sua aplicação é necessário atentar para os requisitos que o legislador elegeu para que estas medidas tão mitigadoras sejam aplicadas.

A medida cautelar deve observar uma proporcionalidade entre a pena que provavelmente seria aplicada se o indivíduo for condenado e imprescindibilidade, fundamentada em fatos que indiquem a necessidade de mitigar a liberdade do indivíduo, e da impossibilidade das medidas diversas da prisão atender aos fins que objetivam o processo. Como aduz André Nicolitt (2016, p. 748):

Sempre que o juiz, no caso concreto, tiver uma perspectiva, juma projeção hipotética de que no fim do processo a pena a ser imposta não conduzirá à prisão em razão de institutos despenalizadores, de acordo com a proporcionalidade, não deverá impor a medida cautelar de prisão preventiva.

Bem como, no art. 282, do Código de Processo Penal, o legislador estabelece a necessidade e adequação, ou seja, proporcionalidade e imprescindibilidade como critérios gerais para aplicação da medida cautelar:

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; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

II - adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

Restando clara a condição instrumental da medida, de maneira que no mesmo art. 282, § 6º expõe que “A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319).” É evidente a preocupação

do legislador com um sistema que surgiu com o intuito de desafogar o sistema prisional brasileiro que se encontra caótico. No entanto, é perceptível que na prática isso não vem ocorrendo, visto que a prisão cautelar é largamente utilizada pelos magistrados, que na inquietação para atender ao clamor social, acabam por esquecer a máxima de que a liberdade é a regra e a prisão a exceção. Um resultado direto é a situação do país no ranking mundial dos países que mais encarceram.

O Brasil é 5º país mais populoso do mundo e possui atualmente uma das maiores populações carcerárias com mais de 600 mil pessoas cerceadas de sua liberdade, estando em quarto lugar no ranking dos países que mais encarceram, ficando atrás apenas dos Estados Unidos, China e Rússia (DEPEN – Departamento Penitenciário Nacional, 2014):

Quadro 2 - Países com maior população prisional do mundo

Posição	País	População Prisional	Ano de Referência
1	Estados Unidos da América	2.217.000	2013
2	China	1.657.812	2014
3	Rússia	644.237	2015
4	Brasil	622.202	2014
5	Índia	418.536	2014
6	Tailândia	314.858	2015
7	México	255.138	2015
8	Irã	225.624	2014
9	Turquia	176.268	2015
10	Indonésia	173.713	2015

Fonte: Elaboração própria, com dados do ICPR, último dado disponível para cada país.

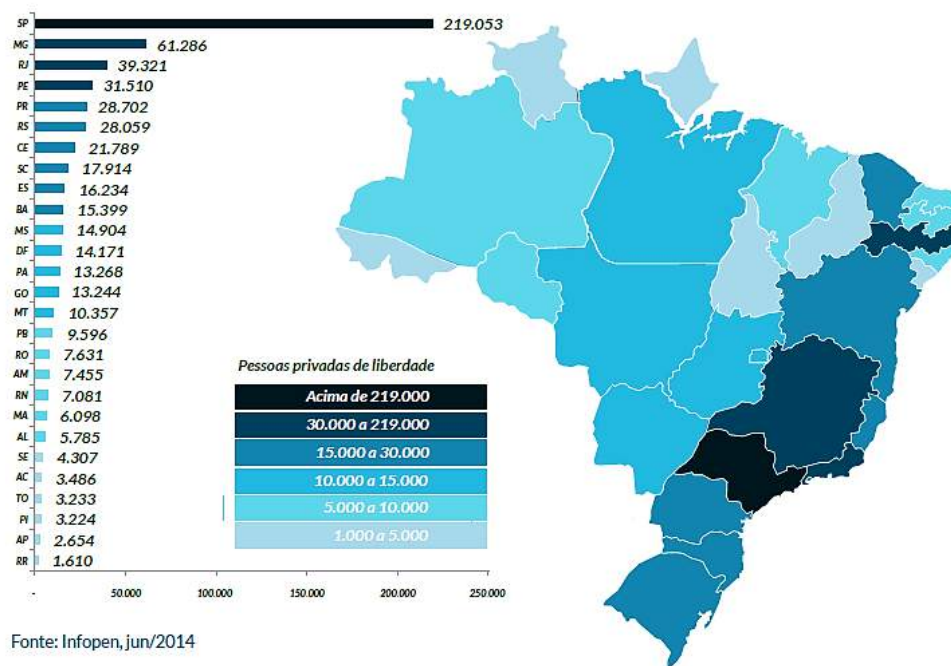
É preocupante a posição do Brasil como um dos países mais encarceradores do mundo, esta posição é resultado do elevado crescimento da população prisional nas últimas décadas.

Verifica-se que o país é um dos que mais restringe a liberdade das pessoas no mundo, apenas um dos reflexos desse número preocupante é o estado das unidades prisionais no país que oferecem condições de estadia desumanas, condições estas que tem chamado a atenção de organizações mundiais de defesa dos direitos humanos, como a

HRW (Human Rights Watch), notadamente em razão das inúmeras violações a tratados internacionais ratificados pelo Brasil.

Situação ainda mais alarmante é os dados do estado de Pernambuco, que é encontrado atrás apenas de São Paulo, Minas Gerais e Rio de Janeiro no ranking dos estados brasileiros com maior quantidade de presos, conforme o mapa abaixo:

Figura 6. População prisional no Brasil por Unidade da Federação



Em um dos relatórios elaborados pela HRW, de 20 de outubro de 2015, aponta que um dos fatores determinantes que contribuiu para a situação na qual se encontra o estado de Pernambuco, foi após a criação do programa Pacto Pela Vida em 2007, que engajou as diferentes forças policiais e promoveu recompensas aos oficiais que mais prenderam pessoas (o que é um fato alarmante, considerando a precariedade dos inquéritos policiais que chegam ao Ministério Público). Como resultado direto, a população carcerária do estado aumentou 68% desde 2007.

Os dados ainda apontam que a superlotação se deve, em especial, a larga utilização da prisão provisória. 40% da população prisional do país são compostas de presos provisórios, e 59% da população carcerária de Pernambuco.

No que se refere à cidade de Caruaru, a capital do Agreste pernambucano, com mais de 300 mil habitantes (IBGE, 2010), que conta com um estabelecimento prisional masculino, a Penitenciária Juiz Plácido de Souza, situada na zona urbana, com capacidade para aproximadamente 300 presos.

A Dra. WANDERLEY (2017, p. 245), retrata a situação da unidade prisional à época de 2014, a partir dos dados coletados no INFOPEN de 2014 e de dados coletados na própria penitenciária referente ao ano 2016:

Referida Unidade prisional, conforme dados do Censo Penitenciário realizado pelo INFOPEN, em 2014, oferecia 318 vagas, para uma população carcerária total, entre presos provisórios e presos condenados, de 1695.11 É importante considerar que esses são dados referentes ao ano de 2014. A população penitenciária é bastante variável. No ano de 2016, a população carcerária chegou a mais de 2000 presos para, após a rebelião de 23 de julho de 2016, com a necessidade de realização de transferências em virtude da destruição de inúmeros pavilhões da Unidade prisional, esses números reduziram para aproximadamente 1500 presos ou menos, não havendo um número fechado, mas aproximado, conforme repassado pelo setor penal da Unidade referida, tudo em razão da flutuação da população carcerária e das transferências rotineiras, além da chegada de novos presos. Assim, da população total carcerária, à época, de 1695 presos, 1316 eram presos provisórios com processo correndo perante a Justiça Estadual e 6 com processo correndo perante a Justiça Federal além de 372 presos sentenciados, cujos processos correram perante a Justiça Estado, enquanto que apenas 1 preso sentenciado pela Justiça Federal”.

Percebe-se que o fator que alavanca a superlotação é a aplicação desmedida das medidas cautelares que restringem a liberdade do indivíduo que responde a processo criminal.

Tem-se percebido que o magistrado diante da falta de políticas públicas de segurança, para prevenir os delitos, tem assumido às vezes do executivo. Na tentativa de tornar a cidade mais segura, aplica a prisão cautelar como regra, e não como exceção, impondo uma medida tão mitigadora a pessoa, que de acordo com o art. 5º, inciso LVII, da CF/88, deverá ser considerada inocente.

Assim, como consequência direta pode-se visualizar a quantidade de presos na PJPS, onde a população carcerária total, à época de 2014, de 1695 presos e desse número, 1326 era de presos provisórios (WANDERLEY, 2017, P. 245).

Inúmeros são os prejuízos causados diante da situação dos presos na Unidade prisional de Caruaru, contudo não se busca defender neste trabalho a utopia de um processo penal sem prisão cautelar, mas sim expor a necessidade de redução do uso abusivo da prisão cautelar, fazendo uso das medidas cautelares alternativas à prisão, como os trazidos na Lei nº 12.403/2011, apontado como mecanismo útil para a redução do uso excessivo da prisão cautelar.

2.1 Medidas cautelares diversas da prisão

As medidas cautelares sofreram mudanças significativas, com o objetivo de desafogar o sistema carcerário, visto que no país inteiro, os presos provisórios são 41% (INFOPEN, 2014, p. 13), como resultado da morosidade do judiciário e dos fatores supramencionados.

Relevante inovação adveio por meio da Lei nº 12.403/2011, concedendo ao magistrado uma série de possibilidades para limitações de direitos, colocando a prisão, de fato, como *ultima ratio*, sendo encontradas no art. 319, do CPP:

Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão:

I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;

II - 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;

III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;

IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;

V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos;

VI - 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;

VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração;

VIII - 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;

IX - monitoração eletrônica.

[...]

§ 4º A fiança será aplicada de acordo com as disposições do Capítulo VI deste Título, podendo ser cumulada com outras medidas cautelares.”

Assim, essas medidas oferecem uma gama de alternativas ao julgador para antes de restringir a liberdade do indivíduo, aplique tais medidas de forma isoladamente ou cumulativamente, observando a necessidade imposta pela situação concreta.

Não obstante, as medidas cautelares diversas da prisão, não significa um fomento à impunidade, mas sim um avanço no tratamento das ocorrências de cautelaridade que por ventura se manifestem no processo.

3. A incidência do direito à presunção de inocência sobre a prisão cautelar

O princípio da presunção de inocência é uma garantia constitucional que assegura ao indivíduo, apenas ser considerado culpado após sentença penal transitada em julgado, e encontra-se previsto no art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal:

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:

[...]

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

Assim, o acusado tem direito a ser considerado inocente até que não seja mais possível qualquer recurso.

Diante desse princípio, vê-se um conflito evidente entre a presunção de inocência e a aplicação da prisão cautelar, visto que o indivíduo será submetido a uma medida gravosa mitigadora de sua liberdade para garantir os fins do processo penal, sem que haja ao menos uma sentença penal definitiva.

Incontáveis são os constrangimentos experimentados por quem passa pela privação da liberdade, mesmo sendo em caráter cautelar, visto que uma vez encarcerado, carregará o estigma de ter passado pelo cárcere e isto refletirá na sua vida em sociedade, mesmo se considerado inocente. Quem poderá reintegrar o indivíduo no mercado de trabalho? O tempo retirado de sua vida será restituído? São perguntas que frequentemente são respondidas com a reafirmação da necessidade da existência da prisão cautelar.

É nítido que o sistema carcerário brasileiro impõe medida cautelar com atribuição de antecipar a pena que diretamente impulsiona uma antecipação de culpabilidade, visto que os indivíduos presos cautelarmente são submetido as mesmas condições a que são direcionadas aos presos condenados, não existindo uma distinção entre eles. Como é possível verificar em relatório da HRW (Human Rights Watch), 2015:

As prisões do Brasil são um desastre de direitos humanos. Os detentos - mesmo aqueles que não foram condenados por um crime - são mantidos rotineiramente em células superlotadas, violentas e doenças. A superlotação nas prisões do estado de Pernambuco, no Nordeste, é especialmente grave. As prisões detêm mais de três vezes mais reclusos do que sua capacidade oficial em condições perigosas, insalubres e desumanas.

Não obstante, o princípio da presunção de inocência que deveria limitar a aplicação desmedida da prisão cautelar, não o faz. Inobservando a excepcionalidade que tal medida exige, consolidando assim, uma série de desrespeito aos direitos, onde "a pessoa submetida à detenção deverá beneficiar-se de um regime sensivelmente diferente dos condenados, porquanto a prisão provisória é quase sempre excessivamente automática" (SANGUINÉ, 2014). Mas, como já amplamente demonstrado, a realidade é bastante diversa, mesmo nenhum princípio constitucional possui o *status* de absoluto, não é possível aceitar o estado caótico em que se encontra o sistema prisional brasileiro, mais especificamente em Pernambuco, onde a situação é uma das mais alarmantes do país.

No entanto, este trabalho não tem o escopo de defender a utopia de um processo penal em o instituto da prisão cautelar, mas sim expor a necessidade da diminuição do uso excessivo da prisão cautelar, utilizando os mecanismos trazidos na Lei nº 12.403/2011, apontado como mecanismo útil para a evitar o encarceramento quando não houver extrema necessidade.

No que se refere ao conflito aparentemente insolúvel entre a existência da garantia constitucional da presunção de inocência e a prisão cautelar, desde que respeitadas as diversas garantias e observância rigorosa aos limites delimitados pelos direitos fundamentais, esse instituto pode ser harmonizado.

Conclusão

Sendo assim, através da análise dos dados apresentados no presente trabalho, é possível concluir que a prisão cautelar é uma medida interventiva necessária, que retrata a ingerência mais grave que pode exercer o poder estatal na liberdade individual, sem que tenha sido proferida uma sentença penal condenatória que a justifique.

Além do mais, é perceptível que os problemas do sistema carcerário brasileiro são crônicos, e a solução para o problema não é simples. Modificar a realidade

alarmante do Estado de Pernambuco, que desde 2007 comercializou uma espécie de barganha da liberdade de muitos indivíduos, quando oferece recompensas aos policiais que mais efetuam prisões (ainda mais preocupante, quando considerada a remuneração que não condiz com a importância da atividade que exercem os policiais). Assim, necessitando que os magistrados de aplicar com mais frequência o novo sistema introduzido pela Lei nº 12.403/2011, onde a primeira opção para resguardar as finalidades do processo penal deverá ser uma medida cautelar alternativa e menos lesiva as garantias fundamentais do que a prisão cautelar.

Logo, devendo a prisão cautelar ser utilizada como exceção e não como regra, como vem sendo amplamente utilizada. Pois não é a prisão cautelar que vai resolver o problema da violência nas ruas e a falta de policiamento, mas sim a adoção de políticas públicas efetivas de combate à violência e estas cabem ao Executivo.

Referências

ARENAL, Concepción. **Estudios penitenciários**. México, 2010.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**. 2 ed. Rio de Janeiro, 1999.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo, 2012.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão – causas e alternativas**. 4 Ed. São Paulo, 2011

BRASIL. **Código Penal**. Brasília: Câmara dos Deputados. 1890.

BRASIL. **Ordenações e leis do Reino de Portugal**. Rio de Janeiro: Senado Federal. 1870.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal. 1988.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Brasília: Senado Federal. 1941.

BRASIL. **Lei Ordinária nº 12.403/2011**. Brasília: Senado Federal, 2011.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. **História do Direito Português**. 3ª ed. Coimbra, 2008.

FERRI, Enrico. **La Sociologie Criminelle**. Quebec, 2005. Disponível em: <http://classiques.uqac.ca/classiques/ferri_enrico/sociologie_criminelle/ferri_soc_criminelle_1.pdf>. Acesso em: 26/09/2017.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: nascimento da prisão**. 41 ed. Petrópolis, 2013.

HUMAN RIGHTS WATCH. **The State Let Evil Take Over: The Prison Crisis in the Brazilian State of Pernambuco.** Disponível em: <<https://www.hrw.org/report/2015/10/19/state-let-evil-take-over/prison-crisis-brazilian-state-pernambuco>>. Acesso em 27/10/2017.

IBGE –**Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística.** Disponível em: <<https://cidades.ibge.gov.br/brasil/pe/caruaru/panorama>>. Acessado em: 19/10/2017.

MARTINAGE, Renée. **Histoire du Droit Pénal en Europe.** Paris. 1998.

MUAKAD, Irene Batista. **Pena Privativa de Liberdade.** São Paulo. 1996.

NICOLITT, André Luiz. **Manual de Processo Penal.** 6 ed. São Paulo, 2016.

OSTI, Artur Barros Freitas. **Decretação de prisão cautelar é incabível sem contraditório prévio.** Consultor Jurídico, 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-set-11/artur-osti-prisao-cautelar-incabivel-contraditorio-previo>>. Acesso em: 29 de setembro de 2017.

RAMÍREZ, Juan J. Bustos; MALARÉE, Hernán Hormazábal. **Lecciones de Derecho Penal.** Madrid, 1997. Disponível em: <<http://www.cubc.mx/biblioteca/libros/27.pdf>>. Acesso em 26/09/2017.

SANGUINÉ, Odone. **Prisão cautelar, medidas alternativas e direitos fundamentais.** Rio de Janeiro: Forense, 2014.

VICE NEWS. **This Report on Brazil's Prisons Exposes a 'Human Rights Disaster'.** 20 de outubro de 2015. Disponível em: <<https://news.vice.com/article/this-report-on-brazils-prisons-exposes-a-human-rights-disaster>>. Acessado em 23/10/2017.

WANDERLEY, Paula Isabel Bezerra Rocha. **Urbanização para ricos e crimes violentos contra o patrimônio: um estudo a partir da cidade de caruaru/ PE.** Recife, 2017.

A CONDUTA DOS FLANELINHAS E OS POSSÍVEIS TIPOS PENAIIS PREVISTOS ANTE A OMISSÃO NA LEGISLAÇÃO PENAL

Flaviana Tarcila Henrique de Tôrres Diniz¹

Rodrigo Diego Diniz Souto²

Resumo

Este Trabalho tem como objetivo, ante as inúmeras condutas de abordagens dos flanelinhas, possivelmente violadores de direitos básicos, diante da ausência de legislação penal específica para a conduta dos guardadores de carros. O Estado deve ter um olhar mais atento e rigoroso, ao utilizar a legislação vigente, tendo em vista que cada dia mais, aqueles utilizam espaços públicos para auferir renda, mediante cobrança de condutores de veículos que precisam utilizar os espaços públicos diariamente. A cobrança é ilícita, por vezes violenta, física ou psicologicamente, constrangedora e se dá, pelo simples pretexto que são “donos” daquele espaço. A presente busca desvendar as condutas comumente praticadas pelos flanelinhas, detalhando algumas formas de atuação, local preferidos e possíveis delitos praticados, citamos a extorsão, estelionato, dano, constrangimento ilegal, e até usurpação de função pública. O direito penal mínimo deve ser utilizado para as ações daquele, uma vez que existe em todo o país. Destacando que mesmo diante da ausência de tipo penal, suas condutas podem e devem ser enquadradas nos tipos penais vigentes, para que diminua as violações diárias, ocorra uma punição justa, devendo ser iniciado o mais rápido possível a reprimenda legal, para que o restaure nos cidadãos o sentimento de não sou obrigado a pagar qualquer valor, e não ocorra uma proliferação daqueles.

Introdução

Diariamente nos deparamos com pessoas, que passam grande parte do dia em determinadas ruas, avenidas ou praças, oferecendo serviço de vigilância dos veículos que, por ali precisam estacionar, sob pretexto de não deixar terceiros causar danos, como furtos, ou pelo simples fato do condutor utilizar o espaço público que ele, flanelinha, entende ser responsável. Na maioria das vezes, se exige contraprestação financeira, por uns, valores que se dispõe, por outros, valores fixos, podendo chegar até vinte reais por algumas horas. Podem atuar utilizando fraude, coação ou constrangimento dentre outros, são os flanelinhas, os guardadores de carros.

Geralmente informam que estão desempregados, não existe oportunidade no o mercado de trabalho, precisam alimentar-se e a sua prole, em sua grande maioria não possuem sequer o ensino fundamental, portanto, precisam trabalhar como guardadores, sendo assim, se apropriam de determinada rua, as mais visadas são próximos a supermercados, shopping center,

¹ Advogada. Graduada em Direito pela Faculdade Asces no ano de 2012.

² Advogado. Graduado em Direito pela Faculdade Asces no ano de 2008. Profissional Orientador do Centro Universitário Tabosa de Almeida. Especialista em Ciências Criminais. Aluno Especial no Mestrado em Educação Contemporânea da UFPE.

estádios de futebol, hospitais, estabelecimento bancários, locais que circulam grande números de condutores com certo poder aquisitivo e impõem o pagamento pelo uso do espaço que acredita lhe possuir.

Os flanelinhas são observados em todo o Brasil, a conduta é ilícita, não se pode cobrar da população, o uso de algo que é público. É ilícita por que ninguém é obrigado a fazer algo, senão em virtude de lei, direito garantido constitucionalmente, como não existe legislação, indevido é qualquer pagamento. É ilícito por que, na maioria das vezes, os guardadores, agem com coação, violência, fraude, constrangimento e até usurpando uma função pública, tipos penais previstos na legislação penal vigente. Por seu local de “trabalho” ser público, jamais poderia cobrar de qualquer um pelo uso momentâneo daquele, sendo assim, raramente existe denúncias, conseqüentemente não há punição, o que gera impunidade e incentiva a conduta ilícita dos guardadores.

O Código Penal vigente, não elenca diretamente um tipo penal específico para a conduta dos flanelinhas, mesmo existindo projetos de leis que tramitam no Congresso, diante disso, considerando que as condutas não são abarcadas pelo direito penal mínimo, os tipos penais existentes facilmente podem ser utilizados pelo judiciário para coibir a conduta de alguns flanelinhas.

1. Flanelinhas e o direito penal mínimo, princípio da intervenção mínima

Diariamente condutores de veículos automotores, no uso de suas atribuições e obrigações ou até por lazer, são obrigados a estacionar em ruas, praças ou avenidas, geralmente em locais próximos de seus objetivos, ai que surgem, inesperadamente, portando na maioria das vezes uma flanela³, pessoas que “auxiliam”, mesmo sem qualquer solicitação, o condutor a estacionar, alguns até colocam papelão no vidro dos veículos, e declaram, em alto e bom tom, “estou olhando”, ou “posso olhar?”.

Pessoas que, na maioria das vezes, são do sexo masculino, passam grande parte do dia em determinadas ruas, oferecendo um serviço de vigilância, “uma olhadinha” nos veículos que por ali se encontram, alguns até sob pretexto de não deixar que terceiros causem danos naqueles veículos.

Flanelinhas ou guardadores de carros, tornaram-se especialistas em cobrar pelo serviço de vigilância de veículos estacionados em vias públicas, ou até pela guarda de vagas

³ Pano de coloração na maioria das vezes, vermelha ou laranja, medido cerca de 45cm, utilizado para lavar e enxugar veículos automotores.

também públicas, muito visadas pela população, ante a proximidade dos locais de seus objetivos. Na forma que é “oferecido” tal serviço, em sua grande maioria, constitui ameaça tácita ou até explícita, um constrangimento, para obter contraprestação financeira, sendo assim, na maioria das vezes cometem algum tipo penal, vez que caso não ocorra o pagamento solicitado, poderá o condutor ser lesionado, tanto em seu veículo, dano ou furto, quando pessoalmente, constrangimento, coação, fraude, dentre outros. (RODRIGUES, Renato Amoedo Nadier, 2014, p.03).

Suas condutas, diante das notícias veiculadas nos meios de comunicação causa perplexidade e medo em todos os usuários que obrigatoriamente ou até para seu lazer utilizem aquelas vias públicas por eles dominadas. (SCHAEFER, Lucas de Melo. 2014, p. 02.).

Comumente são flagrados, os ditos vigilantes, causando danos, furtos aos veículos que supostamente estariam protegendo, pelo simples fato do não pagamento imposto, ou pagamento a menor, havendo relatos inclusive de uso de violências físicas e verbal, com o proprietário ou condutor do veículo. (GUEDES, Oneir Vitor Oliveira, 2014, p. 02).

É exigida ou solicitada uma contraprestação financeira por um serviço que, a maioria das pessoas não deseja, não querer pagar, em virtude de estacionar seus veículos em locais permitidos legalmente, áreas de uso comum do povo. Auferem vantagem financeira em face dos condutores, sem qualquer esforço ou vigilância, uma vez que, em sua grande maioria abandonam os locais quando não há mais vagas nas ruas.

A de ser destacado que não possuem qualquer autorização legal do Estado para exercer essa ação, inclusive este ainda efetua a cobrança da tarifa conhecida como zona azul, ou seja, o condutor além de pagar a tarifa para a administração pública ainda lhe é exigido um pagamento pelo suposto serviço de vigilância.

A conduta dos flanelinhas é totalmente reprovável, vez que a exigência do pagamento é feita na maioria das vezes por coação, ameaça ou constrangimento, caso não fosse, apenas não efetuar o pagamento e pronto, porém a realidade mostra ser muito distinta.

O valor exigido varia de acordo com a localização e disponibilidade de vagas. A renda mensal dos guardadores também é variável, mas sabe-se que a lucratividade do ofício tem aumentado na medida em que cresce o temor dos motoristas em relação às retaliações costumeiramente praticadas. Embora exista uma enorme reprovação pública em relação a essa injusta abordagem cotidiana, a fiscalização e repressão da conduta praticamente inexistem na maior parte das cidades, apesar de que eventualmente a polícia militar promova tímidas operações para combatê-la. Entretanto, via de regra, os flanelinhas detidos são liberados logo em seguida e voltam a atuar em seus "pontos", o que gera profunda indignação na população pela atuação pusilânime do poder público. (GUEDES, Oneir Vitor Oliveira, 2014, p.04).

Diante disso, podemos observar que existe um conflito jurídico, de um lado, a garantia de um Direito Penal Mínimo, tendo por base a lesividade da conduta dos flanelinhas, sob a corrente de que são apenas alguns centavos, e do outro, a necessária criminalização daquela conduta que é constante, ou até o uso efetivo da legislação atual, adequando cada conduta no delito pertinente, ocorrendo fiscalização efetiva e diária, para que impere a certeza da punibilidade, vez que são inúmeros os casos de violência física, moral, psicológica, ameaças, constrangimento, danos nos veículos, furtos dentre outros. (GUEDES, Oneir Vitor Oliveira, 2014, p.04).

Por princípio da intervenção mínima, o professor Bitencourt define:

O Princípio da Intervenção Mínima, também conhecido como *ultima ratio*, orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconiza que a criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico. [...] Por isso, o Direito Penal deve ser *ultima ratio*, isto é, deve atuar somente quando os demais ramos do direito revelarem-se incapazes de dar a tutela devida a bens relevantes na vida do indivíduo, e da própria sociedade. (BITENCOURT, Cezar Roberto, 2010, p.680).

Para que haja uma tipificação da conduta dos flanelinhas, deve-se verificar se esta é uma atividade efetivamente danosa para a sociedade, que justifique a sua inscrição em um tipo penal, ou seja, indispensável a constatação de que a ação por eles realizadas venha a atingir bens jurídicos essenciais para vida em sociedade.

Diante dos inúmeros casos ocorridos em todo o Brasil, de condutores que relatam abusos, coação, danos, furtos e cobranças absurdas realizado pelos guardadores de carros, “senhores das ruas”, claramente está demonstrado a necessidade da imediata intervenção do direito penal, a conduta corriqueira dos flanelinhas está interferindo em grande parte da sociedade.

A conduta dos “flanelinhas” é pluriofensiva, não lesa ou expõe ao perigo de dano apenas um bem jurídico, pode lesar o patrimônio (dano no veículo, como arranhões, furto de objetos, pagamento da quantia imposta), a integridade física (agressões e lesões corporais), a integridade psíquica/psicológica com a coação moral (ameaças), portanto, o tipo penal específico irá minimizar a incidência da condutas abusivas.

2. Ruas, avenidas, praças e praia, bens públicos!

Não podemos falar em flanelinhas e os possíveis tipos penais que possivelmente suas condutas podem ser enquadradas, sem mencionar o seu “local de trabalho”, os bens

públicos, vez que cometem suas ações, condutas ilícitas nas ruas, avenidas, praças, nos espaços públicos de uso comum do povo.

O Código Civil de 2002 define e classifica os bens públicos, vejamos:

Art. 99. São bens públicos:

I - os de uso comum do povo, tais como rios, mares, estradas, ruas e praças;

II - os de uso especial, tais como edifícios ou terrenos destinados a serviço ou estabelecimento da administração federal, estadual, territorial ou municipal, inclusive os de suas autarquias;

III - os dominicais, que constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito pessoal, ou real, de cada uma dessas entidades.

Parágrafo único. Não disposto a lei em contrário, consideram-se dominicais os bens pertencentes às pessoas jurídicas de direito público a que se tenha dado estrutura de direito privado. (BRASIL. Código Civil. 2002).

Os bens de uso comum do povo, são aqueles que a todos pertencem e que podem ser usados por todos, tais como, ruas, praças, entre outros, portanto os flanelinhas quando utilizam os bens de uso comum do povo para lucrar e estão não apenas infringindo norma constitucional, mas também indo de encontro ao determinado no Código Civil.

Para os mestres, Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo as principais características dos bens públicos são a inalienabilidade; impenhorabilidade; imprescritibilidade; e a não onerabilidade. (ALEXANDRINO, Marcelo; VICENTE, Paulo, 2012. p. 355-361).

Por inalienabilidade, deve se entender que os bens públicos não podem ser alheados ou alienados, a inalienabilidade quer exprimir como qualidade jurídica atribuída ao bem a insuscetibilidade de apropriação, sua não transferência a outrem, não podendo ser vendido, cedido ou permutado, não ser gravado com qualquer ônus real, como hipoteca, penhor, servidão. Tal característica demonstra que a conduta dos flanelinhas em apropriar-se de bem público, tomando-lhe como seu, para receber dinheiro pelo uso, vai de encontro ao tal princípio. A inalienabilidade se funda na afetação do bem ao uso público, por determinação legal. E assim permanecerá enquanto a lei não lhe retirar a qualidade. (ALEXANDRINO, Marcelo; VICENTE, Paulo, 2012. p. 355-361).

A impenhorabilidade é um benefício outorgado pela lei a certos bens, em virtude do que não podem ser os mesmos atingidos pela penhora. Encontram-se, assim, a salvo de qualquer apreensão, em execução judicial. Não se pode autorizar a penhora a qualquer bem público. A imprescritibilidade quer dizer não prescrição acerca de certas coisas, em virtude do que não se pode aludir a prescrição, para efeito de se conseguir uma vantagem ou um direito. (SILVA, de Plácido. **Vocabulário Jurídico**, 2006. p.713).

Os bens dessas entidades – corpóreos e incorpóreos, móveis e imóveis, qualquer que seja a sua utilização – estão integralmente sujeitos a regime jurídico próprio, o denominado “regime jurídico dos bens públicos”, traduzidos nas características de imprescritibilidade, impenhorabilidade, não onerabilidade e na existência de restrições e condicionamentos a sua alienação (inalienabilidade relativa).”(ALEXANDRINO, Marcelo; VICENTE, Paulo, 2012. p. 356).

Deve ser apontado que conforme o Código de Trânsito Brasileiro, apenas a administração pública é que pode realizar a cobrança pelo estacionamento em locais públicos, devendo os órgãos municipais de trânsito, como a Destra (Autarquia Municipal de Defesa Social, Trânsito e Transportes) em nosso município, realizar esse serviço público, não cabendo aos flanelinhas cobrar pelo uso das ruas, de uma maneira discricionária, ilegal e na maioria das vezes utilizando a violência, fraude e constrangimento para auferir vantagem econômica. (BRASIL. **Código de trânsito nacional**, 2013. p. 359).

O que podemos perceber que os flanelinhas acreditam, diante da omissão estatal, ser os proprietários dos espaços públicos que por eles dominam, sentem-se detentores de direitos daqueles, como isso, cobram quantias absurdas pela utilização momentânea do espaço que é público e de uso comum do povo, não restando outra alternativa para o condutor que efetuar o pagamento. Ademais a pretensão de ser proprietário de coisa pública é juridicamente impossível no ordenamento pátrio e uma vez que ruas, avenidas, praças são públicos, bens de uso comum do povo, jamais os guardadores de carros, poderia utilizar como se particular fosse, muito menos cobrar quantias absurdas pelo uso e vigilância daquele espaço. (GUEDES, Oneir Vitor Oliveira, 2014. p. 04).

Todo cidadão tem o direito de utilizar o espaço público, principalmente quando se trata coisa que é pública, portanto a conduta dos flanelinhas, que obstaculizam o exercício desse direito, atenta contra a liberdade de locomoção e utilização daqueles, portanto tais condutas demonstra uma real necessidade de intervenção do direito penal, não há que se falar em ocorrência do direito penal mínimo, que a conduta não tem lesividade ofensiva, ou aplicar o princípio da insignificância, afinal não são alguns trocados. (BRASIL. **Código civil**, 2013. p. 1.494).

Como até o presente momento, mesmo diante dos inúmeros projetos de leis que tramitam no Congresso Nacional, não existe uma tipificação específica para a conduta dos flanelinhas, estas não podem ficar impunes, devendo os operadores do direito, utilizar todos os tipos penais existente para que haja punibilidade e comece a repressão legal de todas as ações ilícitas praticas pelos guardadores. Diante disso, discorreremos sobre os delitos que podemos

facilmente enquadrar naquelas condutas ilícitas, como a extorsão, constrangimento ilegal, estelionato e a usurpação de função pública.

3. Possíveis tipos penais

3.1 Algumas ponderações sobre o delito de extorsão

Previsto no art. 158 do Código Penal, o delito de extorsão tem a seguinte definição: constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, e com o intuito de obter para si ou para outrem indevida vantagem econômica, a fazer, tolerar que se faça ou deixar de fazer alguma coisa. Possui pena de reclusão de 04 (quatro) a 10 (dez) anos, e multa, podendo a pena ser aumentada caso o crime for cometido por duas ou mais pessoas, ou com emprego de arma de um terço até metade. (Brasil. Código Penal. 1940).

Com uma análise simples do tipo penal, podemos definir a extorsão como um crime pluriofensivo, uma vez que a lei penal tutela principalmente o patrimônio, tendo em vista o delito está previsto entre os crimes contra o patrimônio, mas não podemos esquecer a violação da integridade física e da liberdade individual, vez que para executá-lo o sujeito se vale da grave ameaça ou violência à pessoa. O bem jurídico protegido nesse tipo penal, possui sentido mais amplo que a propriedade e a posse, uma vez que o tipo descreve uma indevida vantagem econômica. Sendo assim, havendo qualquer que seja a vantagem patrimonial obtida pelo agente, ou seja, os flanelinhas, em detrimento das vítimas, os condutores de veículos, estará caracterizado um dos requisitos da extorsão. (MASSON, Cleber Rogério; p. 411).

Segundo o professor Bitencourt, os bens jurídicos protegidos nesse tipo penal são a liberdade, o patrimônio (posse ou propriedade) e a integridade física e psíquica do ser humano, observando que a extorsão pode produzir uma multiplicidade de resultados: de um lado, a violência sofrida pela vítima, que se materializa no constrangimento físico ou psíquico causado pela conduta do sujeito ativo, de outro lado, a causação de prejuízo alheio, em razão da eventual obtenção de indevida vantagem econômica. (BITENCOURT, Cezar Roberto, 2010. p.683).

A conduta tipificada é constranger, (coagir, obrigar), que tem o mesmo sentido empregado no delito de constrangimento ilegal, previsto no art. 146 do código penal, porém no delito de extorsão, é obter indevida vantagem econômica, para si ou para outrem.

Os meios ou formas mais utilizadas na execução são a violência física ou moral, tendo em vista que flanelinhas, em sua maioria são do sexo masculino, geralmente não estão sozinhos, agem em grupos que se encontram em ruas próximas ao local escolhido para vigiar, e uma vez que o pagamento do valor cobrado não é uma opção, é algo certo. A violência

empregada deve conter gravidade suficiente para criar uma espécie de coação, isto é, ter idoneidade suficiente para determinar ao sujeito passivo a necessidade de fazer ou não fazer a ação desejada pelo agente. A grave ameaça é o meio mais utilizado neste delito, sendo indiferente que o mal prometido pelo agente seja, em si mesmo, justo ou injusto. (BITENCOURT, Cezar Roberto. 2010. p.684).

O constrangimento deve ser tão intenso que obriga a vítima, no caso os motoristas a fazer, efetuar o pagamento, tolerar que se faça, deixar que olhem seu veículo que encontra-se estacionado no espaço público, sob pena de ocorrer danos tanto naquele como no condutor.

No delito de extorsão o objeto buscado, através da violência ou grave ameaça é sempre financeiro, flanelinhas não olham seu veículo estacionado em via pública apenas por olhar, porque é um ser humano preocupado com os objetos alheios, sua conduta tem um forte e lucrativo objetivo econômico, eles impõe um pagamento pelo uso da via que se considera dono, e pelo tempo que o veículo está estacionado sob a alegação de que estão vigiando, olhando, cuidando, porém, caso ocorra qualquer dano, jamais se responsabilizaram.(MASSON, Cleber Rogério. 2011. p. 419).

A extorsão, na situação em que o ofendido é constrangido a entregar algo ao criminoso, pode apresentar um ponto em comum com o estelionato, uma vez que neste delito a vítima também entrega o bem ao agente, porém, a vítima efetivamente deseja entregar a coisa, pois ela foi, mediante artifício, ardil ou outro meio fraudulento, induzida ou mantida em erro pelo golpista, por exemplo, flanelinhas que utilizam coletes e vestimentas semelhantes a dos guardas municipais, informando que vigiaram e com o afastamento do condutor, deixa o local que deveria prestar a vigilância, enganando a vítima. Já na extorsão, por sua vez a vítima se livra de parcela do seu patrimônio contra sua vontade, pois o faz em decorrência da violência ou grave ameaça contra ela dirigida. (MASSON, Cleber Rogério. 2011. p. 417).

A Súmula 96 do Superior Tribunal de Justiça dispõe que "o crime de extorsão consuma-se independentemente da vantagem indevida". Isto significa que, não obstante a superada controvérsia doutrinária a respeito, o crime de extorsão é de natureza formal de mera conduta, não exigindo o resultado para sua consumação. [20] Consoante o iminente jurista Guilherme de Souza Nucci, "ocorrendo a indevida obtenção de vantagem econômica, ter-se-á apenas o exaurimento da extorsão, a qual já se encontrava consumada" (GUEDES, Oneir Vitor Oliveira. 2014, p. 03).

A conduta dos flanelinhas pode sim, em sua maioria das vezes, ser enquadrado no tipo penal de extorsão, devendo ser analisado o caso concreto para verificar se a conduta daqueles está totalmente configurada com as características do tipo, seja a violência ou ameaça,

mesmo que implícita, a finalidade de obter a indevida vantagem econômica, dinheiro dos condutores.

3.2 Estelionato, a arte de enganar

Previsto no art. 171 do código penal, o estelionato é definido como sendo o tipo penal que o agente obtém, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil ou qualquer outro meio fraudulento. A pena pode ser de reclusão de 01 (um) a 05 (cinco) anos, e multa. (BRASIL. Código Penal. 1940).

Nas Ordenações Filipinas, o estelionato denominou-se “burla” ou “inliço” (Livro V, Título 665), e lhe era cominada a pena de morte quando o prejuízo fosse superior a vinte mil-réis. O Código Criminal do Império (1830) adotou o nomen juris “estelionato”, prevendo várias figuras, além da seguinte descrição genérica: “todo e qualquer artifício fraudulento, pelo qual se obtenha de outrem toda sua fortuna ou parte dela, ou quaisquer títulos”. O Código Penal republicano (1890) seguiu a mesma orientação casuística, tipificando onze figuras de estelionato, incluindo uma modalidade genérica, nos seguintes termos: “usar de artifício para surpreender a boa-fé de outrem, iludir a sua vigilância, ou ganhar-lhe a confiança; induzindo-o em erro ou engano por esses e outros meios astuciosos, procurar para si lucro proveito.” (BITENCOURT, Cezar Roberto. 2010. p. 768-769).

Segundo lição de Júlio Fabbrini Mirabete, O crime de estelionato existe quando o agente emprega qualquer meio fraudulento, induzindo alguém em erro ou mantendo-o nessa situação e conseguindo, assim, uma vantagem indevida para si ou para outrem, com lesão patrimonial alheia. (GUEDES, Oneir Vitor Oliveira. 2014. p. 04).

A conduta de alguns “guardadores de carros” pode ser facilmente adequada a este tipo penal, uma vez que mediante fraude, uma falsa segurança e vigilância que promete ter com o veículo estacionado na “sua rua”, engana, leva a erro o condutor quando afirma que irá observar, vigiar e proteger o dito veículos, e saem rapidamente do local que o veículo está estacionado, sempre após o recebimento do dinheiro, na sua maioria das vezes, quando o condutor se distancia. Importante frisar que os flanelinhas, não se responsabilizam pelos danos causados aos veículos que estavam sob seus cuidados, havendo claramente o engano, a fraude, assim conduta dos flanelinhas poderá ser configurada crime de estelionato.

Segundo o professor Bitencourt, para a configuração do delito de estelionato se faz necessário a presença dos seguintes requisitos fundamentais, emprego de artifício, ardil ou qualquer outro meio fraudulento; induzimento ou manutenção da vítima em erro; obtenção de vantagem patrimonial ilícita em prejuízo alheio (do enganado ou de terceiro). A conduta dos

flanelinhas em algumas vezes encaixa perfeitamente com os requisitos fundamentais deste tipo penal, uma vez que por emprego de artifício arдил ou qualquer outro meio fraudulento, podemos apontar que alguns flanelinhas utilizam coletes, cones, lanternas, que para o condutor podem dar uma sensação de que desempenha um trabalho legal, sério e responsável, por induzimento a vítima em erro, podemos mencionar a segurança que o flanelinha pode passar para o condutor, pois assegura ser vigilante e que ficará até um determinado horário e que pode ir que seu veículo estará seguro, e obtenção de vantagem patrimonial ilícita, é o recebimento de qualquer valor mediante todo o exposto. (BITENCOURT, Cezar Roberto. 2010. p. 772-773).

Para o professor Masson, além do dolo, deve ser acrescido de um especial fim de agir (elemento subjetivo específico) representado pela expressão “para si ou para outrem”. Exige-se a finalidade de obtenção de lucro indevido, em proveito próprio ou alheio, razão pela qual não há estelionato na ausência de conhecimento acerca da ilicitude da locupletação em prejuízo. (MASSON, Cleber Rogério. 2011. p. 543).

3.3. Constrangimento ilegal enquanto crime contra a liberdade individual

Previsto no art. 146 do Código Penal, o delito de constrangimento ilegal tem a seguinte definição, constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda, pena de detenção de 03 (três) meses a 01 (um) ano, ou multa. (BRASIL. Código Penal. 1940).

No crime de constrangimento ilegal, a violência a pessoa ou grave ameaça é utilizada pelo agente somente para que a vítima não faça o que a lei permite ou faça o que ela não manda. Não há nenhum objeto específico buscado pelo criminoso com o constrangimento.

Alguns flanelinhas que utilizam a coação, violência, porém não buscam obter vantagem financeira, não poderá ter sua conduta tipificada no delito de extorsão uma vez que o tipo exige a obtenção de vantagem, isso não quer dizer que a conduta de proibir que condutores estacionem em vias públicas não poderá ser configurada como constrangimento ilegal.

É possível que a conduta do guardador irregular de carros configure o crime de constrangimento ilegal, desde que sua atuação não vise obter vantagem pecuniária do motorista que sofre a abordagem abusiva.

O bem jurídico protegido é a liberdade individual ou pessoal de autodeterminação, ou seja, a liberdade do indivíduo de fazer ou não fazer o que lhe aprouver, dentro dos limites da ordem jurídica. Assegura-se, assim ao indivíduo o direito de fazer tudo o que a lei não

proibir, não podendo ser obrigado a fazer senão aquilo que a lei lhe impuser. A liberdade que se protege é a psíquica, livre formação da vontade, isto é, sem coação e a física, ou seja, liberdade de movimento. A proteção desse bem jurídico, liberdade, ganhou assento constitucional, nos seguintes termos: ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. O que se viola ou restringe, no crime de constrangimento ilegal, não é propriamente uma vontade juridicamente válida, mas a liberdade e o direito de querer atuar (agir ou não agir), de acordo com as condições pessoais e individuais de cada um. (BITENCOURT, Cezar Roberto. 2010. p. 562).

É preciso impor a vítima um comportamento certo e determinado, além do constrangimento ser ilegal, ou seja a ação ou omissão pretendida deve estar em desconformidade com a legislação em vigor. Podendo o sujeito, para realizar a conduta, se valer dos seguintes meios de execução, violência, grave ameaça e qualquer outro meio que reduza a capacidade de resistência da vítima. (MASSON, Cleber Rogério. 2011. p. 212).

Conclusão

Considerando a ausência de legislação específica, mesmo já existindo alguns projetos de lei, que define um tipo penal para os flanelinhas, o simples fato de alguém pedir dinheiro para vigiar um veículo, mesmo em um espaço público, não constitui qualquer infração penal.

Todavia, alguns pontos das condutas dos flanelinhas merecem a atenção do direito penal, vez que, na grande maioria, suas ações são pautadas na coação, violência, constrangimento, engano, e podem até causar danos e furtos nos veículos que supostamente deveria proteger. Mesmo que tal profissão fosse devidamente regular, jamais poderia exigir pagamento, por qualquer valor que for, tendo em vista que os locais que os condutores utilizam é bem público, de uso comum do povo, ruas e praças em sua maioria.

Mais comum de verificar são flanelinhas que efetuam cobrança de forma violenta ou mediante ameaça, quando o fazem, não restará dúvidas que sua conduta deverá ser configurada o delito de extorsão. Caso apenas impeça o uso por qualquer motorista, utilizando cones, pedras, poderá sua conduta ser tipificada no crime de constrangimento ilegal. Caso o guardador, vigilante clandestino se vale de meios ardilosos, como coletes padronizados, com nome de empresa, faixas, rádios para que o condutor pague voluntariamente o que foi solicitado, configurado está o estelionato.

Não podemos deixar de registrar que os flanelinhas ainda podem ser responsabilizados por delitos como dano, furto, lesão corporal, vez que diversas são as formas que reagem com o não pagamento ou até um pagamento a menor.

Não podemos continuar achando que a conduta daqueles não merece a atenção do Direito Penal, por seu menor potencial ofensivo, vez que para uns querem apenas “moedinhas”. Imaginemos moedas entregues por nós durante um ano, será que em um país como o nosso, a conduta realizada pelo grande grupo de agentes deveria ser observado pelo direito penal, portanto, constituindo prática que atenta contra a paz social em todo o Brasil e promove a degradação do ambiente urbano, o descrédito na polícia e justiça. Cabendo ao Estado reprimir a criminalidade e coibir na forma da lei, todas as práticas cometidas pelos flanelinhas, afastando o direito penal mínimo ante a lesividade da conduta praticada.

Referências

ALEXANDRINO, Marcelo; VICENTE, Paulo. **Resumo de direito administrativo descomplicado**. 5. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código Penal Comentado**. 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. **Constituição (1988)**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. **Código civil (2002)**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. **Código penal (1940)**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. **Código de transito nacional (1997)**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013

CARVALHO, Wesley Corrêa. **Bens dominicais, o imperdoável paradoxo da administração pública**. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/23663/bens-dominicais-o-imperdoavel-paradoxo-da-administracao-publica#ixzz38ayu2cTb>.

GUEDES, Oneir Vitor Oliveira. **A conduta criminosa dos guardadores clandestinos de veículos (flanelinhas) e a legislação penal**. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/13144/a-conduta-criminosa-dos-guardadores-clandestinos-de-veiculos-flanelinhas-e-a-legislacao-penal#ixzz38b44ZVHU>.

GUEDES, Oneir Vitor Oliveira. **A necessária criminalização da conduta dos guardadores clandestinos de veículos (flanelinhas)**. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/13272/a-necessaria-criminalizacao-da-conduta-dos-guardadores-clandestinos-de-veiculos-flanelinhas#ixzz37NG93y4T>.

MASSON, Cleber Rogério; **Direito Penal Esquematizado**. 3. Ed. São Paulo: Método, 2011. 411 p.6. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

RODRIGUES, Renato Amoedo Nadier. **Criminalização dos flanelinhas: ato consumado ou necessidade**. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/20256/criminalizacao-dos-flanelinhas-ato-consumado-ou-necessidade#ixzz381U8PZor>.

SCHAEFER, Lucas de Melo. **Criminalização da conduta dos “flanelinhas”**. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/26647/criminalizacao-da-conduta-dos-flanelinhas#ixzz381VRM7pf>.

A VIOLENTA REAÇÃO SOCIAL DIANTE DO DESCRÉDITO NAS INSTITUIÇÕES PÚBLICAS

Silvia Katariny de Torres Melo¹

Resumo

O atual cenário de insegurança que assola todo o Estado de Pernambuco tem gerado graves consequências para toda a população. No interior do Estado, os cidadãos vem sofrendo com os altos índices de violência, os quais tem causado na sociedade reações nada convencionais. Diante de situações como estas, é necessário discutir a violenta reação social e compreender o motivo da descrédibilidade nas instituições responsáveis pela segurança pública do Estado. Nesse sentido o presente artigo teve como objetivo a análise das discussões doutrinárias acerca do linchamento, uma vez que não existem números oficiais quanto às práticas destes atos, assim como observou as estatísticas da violência na cidade de Caruaru, o que permitiu constatar o aumento significativo da criminalidade, e a tentativa desesperada da sociedade de reestabelecer a ordem, por acreditar que o Estado tem sido inerte quanto ao enfrentamento da Segurança Pública. Buscando descrever e analisar a temática proposta, foi utilizado o método indutivo, com o intuito de entender as circunstâncias que levam a sociedade a utilizar o linchamento como instrumento de enfrentamento à violência e à criminalidade, os quais são dever e responsabilidade do Estado. É necessário buscar um novo modo de reprimir a criminalidade, que venha garantir segurança aos cidadãos, através da criação de um controle social democrático, no qual tanto as instituições informais, quanto as organizações de controles formais, caminhem juntas, uma vez que o enfrentamento da criminalidade pelo próprio cidadão é um risco para o Estado democrático de direito. O objetivo maior é de que a sociedade volte a dar credibilidade às instituições estatais e possa viver de maneira mais digna e orientada pela democracia, livre para exercer sua cidadania.

Palavras-Chave: Estado; Criminalidade; Linchamentos; Enfrentamento.

Introdução

O cenário brasileiro contemporâneo tem sido marcado pelo aumento significativo da criminalidade, porém, observando-se o contexto histórico é possível concluir que as marcas deixadas pela era da colonização se refletem atualmente na violência social, como também no comportamento da sociedade e das instituições responsáveis pela efetivação da segurança pública.

Diante disto, o presente artigo se propõe a compreender a violenta reação social frente aos conflitos na esfera penal, bem como a ineficiência do Estado quanto à execução do controle social e, em consequência, os altos índices de criminalidade nos últimos anos.

¹ Graduanda em Direito pelo Centro Universitário Tabosa de Almeida – ASCES/UNITA. E-mail: <silviakatariny1@hotmail.com>

Nesse sentido, torna-se oportuno discutir acerca da precariedade da segurança pública, uma vez que esta tem se apresentado como um problema social, e por sua vez gerado graves consequências para a população, por ser quem sofre diretamente os efeitos desta situação.

Os dados estatísticos demonstram que a criminalidade tem aumentado, de modo gradual, ano após ano. Logo, este é um dos fatores que pode estar favorecendo uma sensação de insegurança, no que se refere à população, além de levar à descrença nas instituições estatais. A partir do momento em que a população passa a questionar a capacidade do Estado em garantir, e assegurar a paz pública, os cidadãos começam a acreditar que são vítimas vulneráveis da criminalidade.

Tornando-se, assim, amplamente necessária a problematização quanto à ineficiência do Estado na efetivação do controle social formal e informal. Considerando que o problema social surge das falhas existentes nestes controles, a situação tende a piorar, em razão de existir uma falência no poder público regulatório.

Os instrumentos de enfrentamento à violência e à criminalidade, apresentados pelo Estado, tem se mostrado insuficientes, com relação a garantir a segurança individual e coletiva, o que faz com que a sociedade visualize o mau funcionamento das instituições responsáveis por manter a segurança pública.

O monopólio do poder de punir do Estado se encontra ameaçado, uma vez em que, a população busca solucionar, através dos seus próprios meios, os conflitos que permeiam seu cotidiano.

Perpetuando essas ações, toda a sociedade estará diante de um verdadeiro caos: os conflitos passarão a ser solucionados pela Autotutela, em que o mais forte se sobressairá em detrimento do mais fraco, regredindo todos a uma forma primitiva de resolução dos conflitos.

Autotutela tem se apresentado como um meio de contenção dos delitos, diante da ineficácia do poder estatal em manter o controle social. A própria população tem tomado para si a manutenção deste controle, mesmo correndo o risco de ser responsabilizada, legalmente, pelos atos que venham a praticar, além de estar arriscando a vida, tendo em vista que não possuem os meios adequados para exercer tal controle.

Buscando descrever e analisar a temática proposta foi utilizado o método indutivo, e o artigo será pautado: nos índices de criminalidade datados de 2011 a 2016, e nos meses de janeiro/2017 a setembro/2017, pela Secretaria de Defesa Social do Estado de Pernambuco, nas discussões doutrinárias acerca do linchamento e as atuais manchetes veiculadas no meio de comunicação da cidade de Caruaru/PE, uma vez em que não existem números oficiais quanto às práticas de linchamentos.

Diante deste contexto, este trabalho tratará, em seu primeiro tópico, acerca do surgimento do Estado e o dever quanto à segurança pública elencado na Constituição Federal; assim como será traçado um panorama da criminalidade no país. No segundo tópico será discutido o descrédito nas instituições públicas, diante do fracasso do Estado no combate à criminalidade; Por fim, serão discutidos os riscos do enfrentamento da criminalidade pelo próprio cidadão.

1. Estado versus criminalidade

1.1. Do surgimento do Estado

O homem quando vivia no estado de natureza era livre para utilizar todas as formas existentes de defesa, tendo, portanto, que permanecer em confronto constantemente. Diante de tal situação o povo percebeu a necessidade de instituir um representante, capaz de assegurar a propriedade e a vida daqueles que se submeteram ao “pacto social”, que tinha como contratantes a sociedade e do outro lado um representante público. De acordo com o contratualista Hobbes, o homem no estado de natureza tem direito a tudo:

O direito de natureza, a que os autores geralmente chamam *jus naturale*, é a liberdade que cada homem possui de usar seu próprio poder, da maneira que quiser, para a preservação de sua própria natureza, ou seja, de sua vida; e conseqüentemente de fazer tudo aquilo que seu próprio julgamento e razão lhe indiquem como meios adequados a esse fim (WEFFORT, 2006, p.59).

Assim, o estado de natureza é uma condição de guerra, porque cada um (com razão ou sem), imagina-se poderoso, perseguido e traído. Logo, ante a desordem em que o povo vivia, surgiu a necessidade de pensar em um novo modelo que solucionasse este problema, criando assim o Pacto Social e instituindo o Estado, como bem explica Rousseau:

Imediatamente, esse ato de associação produz, em lugar da pessoa particular de cada contratante, um corpo moral e coletivo, composto de tantos membros quantos são os votos da assembleia, e quem por este mesmo ato, ganha sua unidade, seu *eu* comum, sua vida e sua vontade. Essa pessoa pública, que se forma, desse modo, pela união de todas as outras, tomava antigamente o nome de *cidade* e, hoje, o de *república* ou de *corpo político*, o qual é chamado por seus membros de *Estado* quando passivo, *soberano* quando ativo, e *potência* quando comparado aos seus semelhantes. Quanto aos associados, recebem eles, coletivamente, o nome de *povo* e se chamam, em particular *cidadãos*, enquanto partícipes da autoridade soberana, e *súditos*, enquanto submetidos às leis do Estado... (WEFFORT, 2006, p.219).

Diante desta perspectiva, é importante apresentar o que traz Engels (1980, p.61) acerca da análise de Hegel sobre o surgimento do Estado:

O Estado não é pois, de modo algum, um poder que se impôs à sociedade de fora para dentro; tampouco é "a realidade da ideia moral", nem "a imagem e a realidade da razão", como afirma Hegel. É antes um produto da sociedade, quando esta chega a um determinado grau de desenvolvimento; é a confissão de que essa sociedade se enredou numa irremediável contradição com ela própria e está dividida por antagonismos irreconciliáveis que não consegue conjurar. Mas para que esses antagonismos, essas classes com interesses econômicos colidentes não se devorem e não consumam a sociedade numa luta estéril, faz-se necessário um poder colocado aparentemente por cima da sociedade, chamado a amortecer o choque e a mantê-lo dentro dos limites da "ordem". Este poder, nascido da sociedade, mas posto acima dela se distanciando cada vez mais, é o Estado.

Tendo o Estado surgido de um acordo com o povo, como afirmam as Teorias Contratualistas, e instituído com o dever de controlar o cenário de guerra, além de assegurar os direitos essenciais de cada indivíduo, Weffort (2006, p.53) ao mencionar sobre Hobbes, apresenta que:

(...) Sabemos que Hobbes é um dos contratualistas, quer dizer, um daqueles filósofos que, entre o século XVI e o XVIII (basicamente), afirmaram que a origem do Estado e/ou da sociedade está num contrato: os homens viveriam, naturalmente, sem poder e sem organização – que somente surgiriam depois de um pacto firmado por eles, estabelecendo as regras de convívio social e de subordinação política.

De acordo com Fausto (1995, p.60), no caso da realidade do Brasil, o surgimento do Estado estaria atrelado à função primordial de povoamento da colônia brasileira, tendo que dividir juntamente com a Igreja estes trabalhos. A partir desta divisão, coube ao Estado à função de administrar a política de povoamento, que seria implantada com a tarefa do “reconhecimento da autoridade do Estado por parte dos colonizadores que se instalariam no Brasil, seja pela força, seja pela aceitação dessa autoridade, ou por ambas as coisas.”.

O papel da Igreja se tornava importante e complementar, diante do fato que ela detinha em suas mãos o poder sobre a educação das pessoas, uma vez que este era um instrumento bastante eficaz na garantia da ideia geral de obediência, principalmente ao poder do Estado.

Segundo Fausto (1995, p.75), o modelo de organização administrativa portuguesa ao ser transposto para a colônia brasileira apresentou diversos problemas mediante a extensão do território do país, como bem explica este autor:

O estado foi estendendo seu alcance ao longo do tempo, diríamos melhor ao longo dos séculos, sendo mais presente nas regiões que eram o núcleo fundamental da economia de exportação. Até meados do século XVII, a ação das autoridades somente se exerceu com eficácia na sede do governo geral e das capitanias à sua volta. Nas outras regiões, predominaram as ordens religiosas, especialmente a dos jesuítas, considerada um Estado dentro do Estado, ou os grandes proprietários rurais...

Somente em 1891, após a promulgação da primeira Constituição Republicana, permitiu-se a União organizar as forças armadas nacionais e intervir nos Estados, para restabelecer a ordem, no sentido de manter a forma republicana federativa, como também assegurar os direitos dos brasileiros e estrangeiros residentes no país.

Nesse sentido, Fausto (1995, p.251), destaca que: “O texto constitucional consagrou o direito dos brasileiros e estrangeiros residentes no país à liberdade, à segurança individual e a propriedade.”.

Percebe-se, assim, o nascimento do dever do Estado em realizar o controle social, ou seja, de garantir a ordem e a paz pública, para que seu povo viva de forma a desfrutar de maneira mais digna a liberdade individual e o convívio social que lhes é de direito.

1.2. A responsabilidade do Estado em assegurar e garantir a preservação da ordem pública

Atualmente, o Estado é o responsável pela garantia do controle social, tal como fundamenta a Constituição Federal de 1988, em seu art. 144, *caput*, quando estabelece que “A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio...”.

Observa-se que a própria Constituição fundamenta o poder-dever do Estado de resguardar os direitos fundamentais do indivíduo, na tentativa de proporcionar um convívio social mais democrático e livre.

O exercício do controle social pelo Estado é composto por diversos instrumentos, dentre os quais se destaca o direito penal. Os subsistemas utilizados pela sociedade, e pelo Estado, determinam regras de conduta aos membros da comunidade em geral, e exigem adequação de seus comportamentos sociais a seus dispositivos e mandamentos.

Constituem esse controle social formal: o sistema de direito penal e de segurança pública; e informal: os sistemas educativos, religiosos, familiar, além de grupos e organizações sociais.

Diante do exposto, torna-se incontestável a importância da realização de um controle social, uma vez que sem este a civilização estaria ameaçada. No entanto, de acordo com Busato, Huapaya (2003, p.79), é recomendado ao Estado o uso do direito penal, com extrema cautela, ou seja, apenas quando os demais instrumentos não tenham sido suficientes para conter os comportamentos desviantes às regras.

1.3 A descrença nas instituições públicas frente aos atuais índices de criminalidade

O que as pessoas têm presenciado nos dias de hoje é uma limitação aos seus direitos como cidadãos, no tocante a plenitude do convívio social, um exemplo disto é a ocorrência de infrações a lei penal em festas de casamentos, o que demonstra a ineficiência do poder estatal em garantir a segurança:

Noiva e convidados são assaltados na frente da igreja antes do casamento. Ela estava dentro do carro aguardando entrar na igreja quando foi abordada. Caso ocorreu em Caruaru; assaltante roubou dois celulares e depois fugiu. (G1 CARUARU, 2017)

Analisando as estatísticas quanto aos crimes violentos contra o patrimônio ocorridos na cidade de Caruaru/PE, a partir de janeiro de 2011 até setembro de 2017, é possível observar um crescimento significativo nos índices de criminalidade, conforme as tabelas apresentadas abaixo:

FIGURA 01



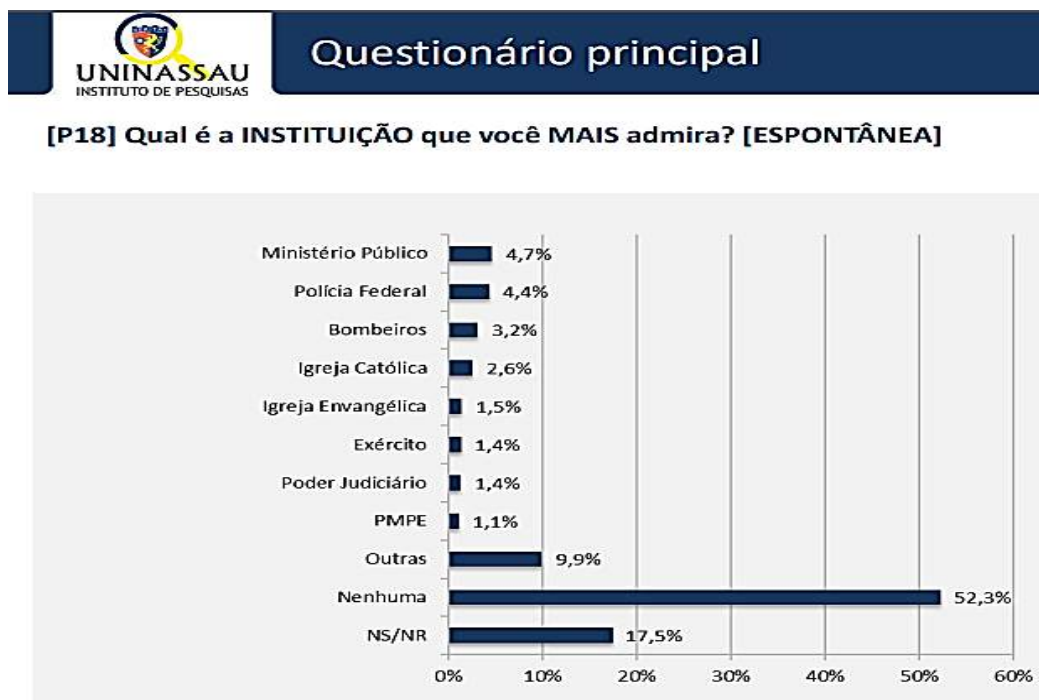
FONTE: SDS (2017)

FIGURA 02



FONTE: SDS (2011 a 2016)

De acordo com os dados anteriormente expostos, é possível verificar o avanço da criminalidade, o que tem resultado no aumento da sensação de insegurança, e por consequência a descredibilidade nas instituições públicas responsáveis pela manutenção e garantia da ordem, como ratifica a pergunta 18 do questionário principal da pesquisa de n. 010.2/2017, realizada pela Uninassau, que teve 2.263 entrevistados e que contemplou a cidade de Caruaru:



É possível verificar nos dados que 52,3% não admiram nenhuma das instituições públicas. No que se refere ao Poder Judiciário, responsável pela justiça, e a PMPE, que atua na prevenção da criminalidade, estão com o percentual de 1,4% e 1,1%, respectivamente, os quais evidenciam a crise na relação da sociedade com as instituições públicas responsáveis pela manutenção e garantia da ordem.

Dessa forma, nota-se que o sentimento de indignação, revolta e medo se perpetua por toda sociedade, uma vez que a população acredita que diante das atuais estatísticas o Estado não está sendo competente no quesito segurança pública, como reitera a Doutora em psicologia Celma Borges Gomes:

A tensão social parece cada dia mais ganhar terreno no Brasil. O agravamento da violência neste cenário alterou hábitos e costumes do cotidiano de sua população. Famílias inteiras ficam reclusas em seus lares, restringindo o convívio social com parentes e amigos e abdicando de seus momentos de lazer nos parques, nas praias, nos cinemas, nos teatros, nos restaurantes ou em viagens. As pessoas evitam sair tarde ou

muito cedo de suas casas, igualmente deixam de caminhar ou transitar por ruas mais desertas ou inseridas em regiões em que a violência é reconhecidamente mais forte.

A limitação do convívio social tem sido uma realidade vivenciada e enfrentada pela própria população.

2. A autotutela como retaliação ao fracasso do estado no combate à criminalidade

A autotutela é uma das formas de solução de conflitos que surgiu juntamente com a evolução dos homens, sendo, portanto, um modo primitivo de resolução de conflitos na esfera penal. Este Direito Natural foi substituído por um órgão centralizador no final da Idade Média e início da Idade Contemporânea, quando instituído o Positivismo, o qual visava regulamentar todos os aspectos da vida social por um ente central que seria o Estado.

Nessa perspectiva, a definição dada a Autotutela pelo autor Daniel Amorim Assunção Neves (2010) a forma mais antiga de solução de conflitos, constituindo-se fundamentalmente pelo sacrifício integral do interesse de uma das partes envolvidas no conflito em razão do exercício da força pela parte vencedora.

2.1. Dos linchamentos

O linchamento, portanto, diz respeito a uma das formas de Autotutela, que tem sido utilizada pela população com a justificativa de reestabelecer as condutas sociais que diariamente tem sido violada, na tentativa de minimizar o aumento incessante da criminalidade. É imprescindível ressaltar que este papel não é função da população, como bem leciona o autor Cleber Masson (2014), o Estado avocou para si a função da jurisdição, proibindo as pessoas de exercerem a autotutela, impedindo-as de fazerem justiça pelas próprias mãos.

A exceção para o uso da Autotutela está prevista no próprio Código Penal em seu art. 23, o qual legitima de forma parcimoniosa a sua utilização quando o Estado é ausente, logo:

Art.23. Não há crime quando o agente pratica o fato:

I – em estado de necessidade;

II – em legítima defesa;

III – em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito

Na manutenção da crença de que o Estado não dá a devida importância ao problema da crescente criminalidade, podem ocorrer atitudes desesperadas, por parte da sociedade, com o

objetivo de reestabelecer a ordem por conta própria.

De acordo com o sociólogo José de Souza Martins (2015), um dos meios usados pela população na intenção de assegurar a paz pública:

Os linchamentos expressam uma crise de desagregação social. São, nesse sentido, muito mais do que um ato de violência dentre tantos e cada vez mais frequentes episódios de violência entre nós. Expressam o tumultuado empenho da sociedade em “reestabelecer” a ordem onde ela foi rompida por modalidades socialmente corrosivas de conduta social.

Desta forma, incumbe ao Poder Público fazer com que ocorra a efetivação das normas penais, pois se observa que a população está fazendo a lei com as próprias mãos, por entender que o ordenamento jurídico bem como a dignidade da pessoa humana está sendo violados constantemente.

A sociedade está saturada com a ineficácia do Estado na prestação dos seus serviços, o que pode favorecer a legitimação de outras formas de controle social, conforme corroboram as manchetes abaixo:

População amarra e agride suspeitos de assaltos em Caruaru, no Agreste. Dois suspeitos de roubos foram agredidos em bairros diferentes da cidade. Na mesma semana é o terceiro caso de tentativa de linchamento em Caruaru. (G1 CARUARU, 2017)

Homem tenta fugir de linchamento e danifica telhados de casas em Caruaru. Homem teria tentado assaltar mercadinho e os moradores o perseguiram. Ele chegou a se esconder em uma geladeira e a população o alcançou. (G1 CARUARU, 2017)

Diante desse cenário, é possível perceber que a atenção dada pelo poder estatal não tem sido suficiente para minimizar, ou estabilizar, os índices de criminalidade. Portanto, esse contexto pode acabar resultando em uma população desacreditada da capacidade que o Estado tem em reduzir os problemas na área de segurança pública. A situação tende a ficar mais complicada quando não se pode responsabilizar o Estado pelos altos índices, como salienta Stoco (2004, p.1065):

(...) o Estado brasileiro se encontra falido, não consegue manter a segurança pública de acordo com os ditames da Constituição Federal”, ainda segundo o ilustre jurista “não há como responsabilizar o Estado simplesmente pelo mal funcionamento de suas autoridades constituídas, a exemplo das polícias, Ministério Público e Poder Judiciário, nem como se responsabilizar pela carência de verbas destinadas a estas áreas.

De acordo com este raciocínio, compreende-se que a população é quem sofrerá as consequências desta crise. É importante ressaltar que os linchamentos se tornam evidentes, quando há um aumento na sensação de insegurança e as instituições não se mostram eficazes, como afirma Martins (2015, p.11):

(...) Os linchamentos, de certo modo, são manifestações de agravamento dessa tensão constitutiva do que somos. Crescem numericamente quando aumenta a insegurança em relação à proteção que a sociedade deve receber do Estado, quando as instituições não se mostram eficazes no cumprimento de suas funções, quando há medo em relação ao que a sociedade é e ao lugar que cada um nela ocupa.

Seguindo outra vertente, Benevides (1982, p.96) apresenta outro sentido para o linchamento, quando destaca sua função primordial que seria a vingança:

Caracteriza o linchamento a natureza de vingança, além da “justiça” punitiva (geralmente acompanhada de métodos de tortura), à margem de julgamentos ou normas legais. E, mesmo quando sob nítida liderança e algum tipo de planejamento, o linchamento é considerado um fenômeno explosivo e espontaneísta, associado à “patologia das multidões”. Em termos populares, o linchamento é o “ato de fazer justiça com as próprias mãos”.

Dentre tantos posicionamentos acerca respeito do linchamento, o que se pode deduzir é que houve sim um aumento significativo no âmbito da criminalidade, o que pode justificar as atitudes desesperadas de uma sociedade amedrontada, como também pode ser apenas mais uma forma da população vingar-se de tais situações.

No entanto, segundo Martins (2015, p.71): “os linchamentos ocorrem e as suas causas estão diretamente ligadas ao medo, ao temor, e à descrença, sentidos pela sociedade, em relação à ineficácia das instituições estatais responsáveis pelo policiamento e pela justiça.”.

Os linchamentos tem como premissa principal o desejo de represália como afirmam alguns autores já anteriormente mencionados, contudo, a linha existente entre o desejo de punir e a vingança é muito tênue, e por diversas vezes tem sido notada a desproporcionalidade do desejo de justiça, como explica Ariadne Natal, Pesquisadora do Núcleo de Violência da USP, mencionada em manchete publicada no site Nexo:

A população se torna disposta a atingir o outro como punição. Mas ela vai além, e preenche esse desejo de maneira desproporcional, geralmente com mais violência até do que o episódio que motivou o linchamento. (NEXO, 2016).

Sendo assim, este é um problema a ser enfrentado pelo Estado, uma vez que o cidadão

muitas vezes ao tentar fazer justiça por conta própria, acaba cometendo excessos e legitimando a possibilidade de novas iniciativas privadas de resolução de conflitos, como a prática de grupos de extermínio, pistoleiros profissionais e crimes de mando. Existe a possibilidade de que os linchamentos tenham ganhado espaço na sociedade contemporânea, pelo fato do Estado não se mostrar eficiente quanto às resoluções dos conflitos que a todo instante se mostram presentes na sociedade (Sinhoretto, 2001).

Machado, em entrevista ao site da Nexo, em 2016, afirma que ao se manter inerte quanto ao oferecimento de soluções satisfatórias, o Estado acaba por atestar este tipo de enfrentamento à criminalidade, pois é dever daquele mediar e regular os conflitos sociais, e quando se ausenta da sua responsabilidade, mostra-se a população como uma instituição falida e incapaz de resolver os seus problemas.

3. Riscos do enfrentamento da criminalidade pelo próprio cidadão

Os linchamentos tem tido uma aceitação social significativa, o que é de causar preocupação, pois deixa de ser visto com algo anômalo e passa a ser um meio de defesa como nos tempos arcaicos; assim, existindo a possibilidade de regressão quanto ao controle social. Entretanto, este tipo de resolução vem ganhando espaço em locais em que o Estado não se faz presente, ou seja, quando a sociedade compreende o linchamento como única alternativa de repressão à criminalidade. De acordo com o sociólogo, e criminalista, Eduardo Paes Machado, em matéria veiculada pelo site da Nexo:

As manifestações coletivas de violência, que têm como objetivo vingar um crime, acontecem mais em lugares onde o Estado está presente de forma precária – ou quando, de alguma forma, a população considera que as instituições de justiça são frágeis e incapazes de resolver seus problemas. Esse tipo de crime acontece mais em contextos dominados pelo medo, onde as pessoas se sentem desprotegidas, e onde paira a sensação de impunidade. (NEXO, 2016).

Tal situação nos remete ao período do Brasil colonial, época na qual foi implantado no país o modelo de administração português. Em tal período, um dos problemas apresentados consistiu na dificuldade de alcançar todo o território nacional, em razão de sua grande extensão, para que aquele modelo de governo funcionasse adequadamente Fausto (1995).

Diante disto, o problema da extensão da territorialidade parece continuar se apresentando nos dias atuais, quando se trata da efetivação das políticas públicas na área da segurança, nos locais em que a presença do Estado se faz precárias.

É impressionante a quantidade de pessoas que vem participando dessa maneira de buscar justiça, como demonstra Martins, (2015, p.11):

(...) nesta pesquisa evidenciam que, nos últimos 60 anos, cerca de um milhão de brasileiros já participou de, pelo menos, um ato de linchamento ou tentativa de linchamento... Esse número também confirma que o linchamento é hoje um componente da realidade social e vem perdendo sua eventual caracterização como fato anômalo e excepcional.

Com base nos dados apresentados por Martins (2015), é lícito afirmar que o linchamento tem tido uma maior aceitação social e vem perdendo o seu caráter de anormalidade.

Diante deste contexto, e em face dos reiterados acontecimentos de linchamentos ocorridos no Brasil, como o caso ocorrido na cidade de Altamira do Maranhão, onde a população localizou e linchou até a morte, três bandidos que fizeram um assalto contra um casal de moradores da localidade, e logo em seguida saíram em passeata com os corpos dentro de uma caminhonete, demonstrando assim como tem sido enfrentada a violência, pela própria comunidade. (G1 Maranhão, 2017)

A desproporcionalidade das punições utilizadas pela sociedade tem sido uma realidade que, frequentemente, vem ocorrendo, e que vem ganhando aceitação pela população, pois entendem que se trata de um justicamento legítimo (Martins, 2015, p.29.).

Esses episódios tem ganhado cada vez mais espaço na sociedade contemporânea, podendo ser classificado como um problema que deve ser enfrentado pelo Estado, pois a perpetuação de tais atos tem feito com que a sociedade retroceda no controle social, regressando, assim, aos tempos em que a própria sociedade era quem realizava a preservação da ordem, como também tem feito com que o Estado perca espaço para a justiça particular e tenha uma baixa representatividade da polícia e do judiciário, como destaca Streit, na página virtual da revista Forum:

A crise de representatividade das instituições públicas é apontada como um dos principais fatores para que a população decida fazer justiça com as próprias mãos. A lacuna deixada pelo Estado leva à sensação de insegurança e faz com que os cidadãos se sintam responsáveis por restabelecer a ordem que julgam estar ameaçada. No entanto, a forma com que isso é feito acaba intensificando o ciclo de violência e descrédito em relação aos órgãos responsáveis pela proteção da comunidade.

A baixa representatividade das instituições responsáveis pela manutenção e garantia da ordem pública, tem favorecido a legitimação de novas formas de solução de conflitos, em virtude de haver um conflito quanto aos valores da justiça realizada pelos linchadores e os valores da justiça realizada pelo poder estatal. (Sinhoretto, 2001)

Faz-se necessário que o Estado busque um novo modo de reprimir a criminalidade, que garanta segurança aos cidadãos, na perspectiva da criação de um controle social democrático, através do qual tanto as instituições informais, quanto as organizações de controle formais caminhem juntas. O objetivo maior é de que a sociedade volte a dar credibilidade às instituições estatais e possa viver de maneira mais digna e orientada pela democracia, livre para exercer sua cidadania.

A discussão proposta neste artigo, não esgota a problematização acerca do tema, pelo contrário, mostra a necessidade de aprofundamento desta discussão, a fim de buscar um enfrentamento quanto ao problema debatido.

Conclusão

O problema debatido abre uma complexa discussão acerca da realidade do país, evidencia a necessidade do Estado se reafirmar diante da população, como também mostrar proposta e soluções consideráveis para que a sociedade volte a dar credibilidade as instituições públicas.

O enfrentamento do problema segurança pública deve ser realizado pelo Estado e não combatido pela própria população, que muitas vezes age movida pela revolta e pelo ódio e de maneira desproporcional, indo além do desejo de punir e sendo encorajado somente pelo desejo de vingança, já que a linha entre estes dois sentimentos é tênue.

Portanto, cabe ao estado atuar de forma enérgica, para solucionar o aumento incessante da criminalidade, uma vez que os instrumentos utilizados não tem sido suficiente para minimizar ou estabilizar o aumento constante da criminalidade.

Sabe-se que a violência tem sido um problema nacional e não somente do Estado de Pernambuco, contudo, o que tem favorecido a atual reação da sociedade é a sensação de insegurança e a inércia do Estado para resolver o problema.

A baixa representatividade das instituições estatais também é uma adversidade a ser discutida, pois a população vem buscando solucionar, por conta própria, os conflitos que permeiam seu cotidiano, enfraquecendo assim o poder do Estado.

Atualmente, existe um conflito entre a justiça formal e o desejo de justiça informal, (Martins, 2015, p.65) para a sociedade o linchamento é mais do que mera vingança, é mais do que barbárie.

Trata-se na verdade de uma função social, que fornece aos seus integrantes a compreensão das rupturas sociais que não estão escritas no previsível e tolerável da cultura popular, ou seja, é utilizado com o anseio de “consertar” a sociedade. (Martins, 2015)

O que se pode afirmar, diante do exposto, é que há um aumento significativo da criminalidade, que possivelmente pode estar resultando na descredibilidade das instituições públicas responsáveis pela segurança e garantia da ordem, além do que pode estar favorecendo novas iniciativas privadas de resolução de conflitos.

Na verdade, essa discussão está longe de se esgotar, o objetivo deste artigo foi compreender o atual comportamento da sociedade, bem como discutir e analisar os atuais índices de criminalidade e os riscos quanto ao enfrentamento da violência pelo próprio cidadão. Buscando-se, assim, evidenciar a importância do Estado, de se reafirmar diante da sociedade, já que possui a função de realizar o controle social.

Referências

A origem da família da propriedade privada e do Estado. Disponível em:

<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_engels_origem_propriedade_privada_e_stado.pdf> Acesso em 30 de Outubro de 2017.

BENEVIDES, Maria Victoria. **Linchamentos: violência e justiça popular.** A Violência Brasileira. São Paulo: Brasiliense, 1982.

BUSATO, Paulo Cesar.; HUAPAYA, Sandro Montes. **Introdução ao direito penal: fundamentos para um sistema penal democrático.** I. ed. Ed. Lumen Juris, RJ. 2003.

FAUSTO. Boris. 1930. **História do Brasil/** Boris Fausto. – 2. ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo: Fundação de Desenvolvimento da Educação, 1995. – (Didática, 1). Disponível em: <<https://blogdorusuca.files.wordpress.com/2012/02/boris-fausto-histc3b3ria-do-brasil.pdf>> Acesso em 30 de outubro de 2017.

GRECO, Rogério. **Código penal: comentado.** 9. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2015.

GOMES. Celma Borges. **A banalização da vida, suas consequências e seus condicionantes.** Disponível em: <<https://portalseer.ufba.br/index.php/cmbio/article/view/4414/3272>> Acesso em 30 de Outubro de 2017.

Jornal Maranhão. Disponível em: <<http://g1.globo.com/ma/maranhao/jmtv-1edicao/videos/v/suspeitos-de-matar-idoso-sao-linchados-ate-a-morte-em-altamira/6092798/>> Acesso em 30 de Outubro de 2017.

MARTINS, José de Souza. **Linchamentos: justiça popular no Brasil.** 2. ed. – São Paulo: Contexto, 2015.

MASSON, Cleber. **Direito penal esquematizado – parte geral – vol.1.** 8. ed. rev., atual e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

MORAES, Alexandre de. **Constituição da república federativa do Brasil.** 40. ed. – São Paulo: Atlas, 2014.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil.** 2ª Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2010.

NEXO. Jornal LTDA. **Justiça com as próprias mãos: uma realidade cotidiana.** Disponível em: <<https://www.nexojornal.com.br/explicado/2016/03/15/Justi%C3%A7a-com-as-pr%C3%B3prias-m%C3%A3os-uma-realidade-cotidiana>> Acesso em 30 de Outubro de 2017

Pesquisa o MPPE na perspectiva do cidadão pernambucano. Disponível em:

<file:///C:/Users/SILVIA/Downloads/Pesq_Pernambuco%20MPPE-1.pdf> Acesso em 30 de Outubro de 2017.

Revista Fórum. **Linchamentos no Brasil e a Naturalização da Barbárie.** Disponível em: <https://www.revistaforum.com.br/semanal/linchamentos-no-brasil-e-a-naturalizacao-da-barbarie/>> Acesso em 30 de Outubro de 2017.

Secretaria de Defesa Social do Estado de Pernambuco. Disponível em: <http://www.portaisgoverno.pe.gov.br/c/document_library/get_file?uuid=9699f61c-b6d7-4817-b64a-88db2f916ad3&groupId=124015>. Acesso em 26 de maio de 2017.

_____. Disponível em: <http://www.portaisgoverno.pe.gov.br/c/document_library/get_file?uuid=50e918af-992b-45ea-b6e9-a0c47b479a6b&groupId=124015> Acesso em 26 de maio de 2017.

SINHORETTO, Jacqueline. **Os justiçadores e sua justiça Linchamentos, costume e conflito.** Disponível em: <<http://www.nevusp.org/downloads/down175.pdf>> Acesso em 30 de Outubro de 2017.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil** – 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

TV Asa Branca: Caruaru e Região. Disponível em: <<http://g1.globo.com/pe/caruaru-regiao/noticia/2016/03/noiva-e-convidados-sao-assaltados-na-frente-da-igreja-antes-do-casamento.html>> Acesso em 20 de maio de 2017.

_____: Caruaru e Região. Disponível em: <<http://g1.globo.com/pe/caruaru-regiao/noticia/2017/02/populacao-amarra-e-agride-suspeito-de-assaltos-em-caruaru-no-agreste.html>> Acesso em 21 de maio de 2017.

_____: Caruaru e Região. Disponível em: <<http://g1.globo.com/pe/caruaru-regiao/noticia/2014/02/homem-tenta-fugir-de-linchamento-e-danifica-telhados-de-casas-em-caruaru.html>> Acesso em 21 de maio de 2017.

WEFFORT, Francisco C. **Os clássicos da política.** 14. ed. – São Paulo: Ática, 2006.

AValiação DA QUALIDADE DOS PROCESSOS TRANSITADOS EM JULGADO DA VARA DO TRIBUNAL DO JÚRI DE CARUARU - PE

Joice Luiza Pereira da Silva¹

Alisson Barbosa Braz da Silva²

Prof. Msc. Maria Perpétua Socorro Dantas Jordão³

Prof. Doutor Arquimedes Fernandes Monteiro de Melo⁴

Resumo

Em tese, após a abertura de um processo, espera-se que nele sejam encontradas as devidas provas e documentos que determinem a veracidade e cumprimento dos princípios processuais. Todavia, a ineficiência e desqualificação do mesmo impossibilita a plena efetivação da atividade jurisdicional no que diz respeito ao ofício primário de um júri: assegurar ao réu o acesso à justiça, a ampla defesa e ao contraditório. O objetivo deste estudo foi determinar a partir de uma visão estatística, a qualidade dos processos transitados em julgado da Vara do Tribunal do Júri de Caruaru – PE, propondo a realização de um estudo dedutivo, empírico, descritivo, longitudinal – retrospectivo de abordagem quantitativa. Foram analisados 35 processos julgados pela Vara do Tribunal do Júri de Caruaru – PE, disponibilizados no acervo do Escritório de Práticas Jurídicas (EPJ) da ASCES/UNITA, onde foi possível verificar a má qualidade do processo a partir do gargalo evidenciado frente ao cumprimento dos prazos, além da fragilidade da prova pericial e as sentenças são baseadas na prova testemunhal, sendo esta uma prova que pode sofrer alterações ao longo do processo. Foi possível identificar os erros e lacunas existentes no processo a partir do levantamento quantitativo, o que possibilita estabelecer uma relação com a queda da qualidade, estando diretamente proporcional ao mau desempenho e falta de comprometimento do profissional que está encarregado do caso. Deve-se atenção e implementação da coerência para a elaboração de laudos, ementas e documentações para a formação de um julgamento justo, não somente para a condenação do criminoso, mas também para a absolvição do inocente.

Palavras-chave: Processo. Má qualidade. Estatística. Inquérito. Perícia Criminal.

Introdução

O processo bem redigido segue uma linha base de informações, atêm-se aos prazos e possui os componentes necessários para fundamentação do status de réu, possibilitando a efetivação e cumprimento do propósito para o qual ele foi designado, além de servir como instrumento físico em atribuição ao julgamento. O inquérito policial é um procedimento administrativo que auxilia o início do processo penal. Após o delegado conclui-lo, este é remetido para o Ministério Público (MP) afim de oferecer denúncia, requerer o arquivamento

¹ Estudante do Curso de Farmácia do Centro Universitário Tabosa de Almeida - ASCES/UNITA

² Profissional Orientador do Centro Universitário Tabosa de Almeida - ASCES/UNITA

³ Professora do Curso de Direito do Centro Universitário Tabosa de Almeida - ASCES/UNITA

⁴ Professor do Curso de Direito do Centro Universitário Tabosa de Almeida - ASCES/UNITA

ou então solicitar novas diligências. Levando em consideração que o representante do MP ofereceu denúncia, dá-se assim o início da ação penal.

Sendo a denúncia recebida pelo Magistrado, o réu será intimado para responder à acusação no prazo de 10 dias. Caso o suspeito não apresente uma contestação em face da interposição do acusatório, caberá ao Juiz nomear um defensor público para apresentar sua resposta. Após a juntada da defesa do acusado, o mesmo deverá observar as preliminares e posteriormente proceder com a marcação da audiência, onde neste momento, inicia-se a instrução do processo.

A instrução do processo em sua maioria, extrapola o prazo da duração razoável do mesmo. Tal desrespeito processual se dá pela falta de compromisso de alguns profissionais, que por vezes expressam desdém quanto a característica de cidadão que o indivíduo detém, atribuindo a este apenas o etiquetamento de culpado ou inocente. Visto que é de responsabilidade do profissional encarregado o período em que o indiciado se encontra preso, foi evidente o descaso relacionado ao prolongamento dos prazos, mesmo partindo da comprovação de sua inocência, bem como pelo simples fato do processo não trazer provas contundentes de autoria do crime.

Passada a instrução do processo, o MP e a defesa devem apresentar suas alegações finais sucessivamente, dando ensejo ao Juiz para que este proferira sentença de pronúncia ou impronúncia. Caso o acusado seja pronunciado, será então julgado por 7 pessoas da sociedade, cuja competência é analisar e posteriormente condenar ou absolver o réu. Neste caso, toda a prova testemunhal deveria ser produzida novamente, tendo em vista que os jurados podem elaborar perguntas que conjecturem necessárias para seu esclarecimento. Contudo, por vezes tal procedimento não acontece na prática, sendo apenas reproduzida a mídia das audiências, ou nem isto é emitido ao conselho. Diante de tais fatos e perceptíveis falhas processuais, cria-se um grande questionamento: qual a segurança jurídica existente quando os jurados proferem suas decisões, condenando ou absolvendo o réu, uma vez que estas são baseadas em mídias emitidas no decorrer da audiência, contendo o relato da testemunha? Tal situação resulta no prejuízo tanto o acusado, bem como toda sociedade que busca a autenticidade do fato.

Dadas as atribuições ao processo, a ciência relacionada com a perícia criminal é denominada de Criminalística, sendo esta, uma ciência aplicada que utiliza conceitos de outras áreas do conhecimento, notadamente àquelas relacionadas com as ciências naturais e tecnológicas. A Criminalística possui métodos e leis próprias que são embasadas em normas específicas constantes na legislação de cada país. Assim, como exemplo deste embasamento

legislativo, encontra-se o Brasil, no qual os Códigos de Processo Penal e Processo Penal Militar são os principais dispositivos legais que embasam a atividade pericial (GIOVANELLI, 2011).

Sabe-se que o processo detém como instrumento funcional o Inquérito Policial, o qual possui peças determinantes da materialidade do crime e circunda os fatos para melhor delineamento do ocorrido. Frente às circunstâncias individuais de cada processo, situações de diferentes vertentes foram observadas a partir do acervo analisado, dentre os mais improváveis aos menos frequentes. Em cumprimento da abertura e prosseguimento do inquérito, as análises e exames que porventura serão executados, irão depender da necessidade e solicitação dos profissionais responsáveis pelo caso. A presença de cada exame ou laudo emitido representa o arcabouço do processo, que por sua vez expressa a ideia de determinar ao acusado a possibilidade de vínculo com a liberdade ou encarceramento inevitável.

A demanda de exames inseridos no processo viabiliza ao advogado a fundamentação necessária em prol de argumentações favoráveis ao réu. Porém nem sempre a contribuição pericial é benéfica do ponto de vista criminal, acarretando em sua não inserção, mesmo com suas solicitações redigidas e incorporadas no processo. Como consequência, a prova Testemunhal atua como base alegatória contra o poder de acusação, inclusive na conclusão das sentenças, mesmo sendo um método que carrega em si mínima segurança jurídica.

No âmbito pericial/médico legista, foi notável a inobservância cometida pela maioria dos profissionais, bem como a emissão de justificativas dentre as quais apresentam argumentos sobre a falta de equipamentos e recursos disponibilizados pela esfera estadual. Porém mesmo com tamanha defasagem, a supressão de provas e laudos de exequibilidade simples como o exame Papiloscópico ou Dactiloscópico, se faz representante de procedimentos que possibilitam a realização até mesmo através de recurso próprio.

Outro exemplo de inverdade inserida em tais argumentações, encontra-se no exame Tanatoscópico, o qual não necessita de ferramentas com alta complexidade para viabilizar a distinção de lesões conferidas em um cadáver analisado, bem como a determinação do instrumento correto o qual foi utilizado no ato. Portanto, os relatos proferidos pelos peritos brasileiros não abrangem o real motivo da inexistência e incompletude dos laudos anexados no processo, tornando-se perceptível uma vulnerabilidade técnica acerca do exercício da função que sobrepõe a livre escolha ao realizar o ofício de acordo com a prática instruída.

Em virtude de provas, a coleta de quaisquer objetos, marcas, fluidos e demarcações no local do delito são de extrema relevância para a junção dos fatos e construção do raciocínio frente a cena do crime. Tais margens visam a delimitação do episódio e ventilam a capacidade dedutiva do profissional em decifrar as questões: “*Quem cometeu?*”, “*Como ocorreu?*”,

“Quando cometeu?”, “Por que cometeu?”. A possibilidade da execução de tal ofício se inicia partindo de que o local esteja ao menos devidamente isolado e principalmente preservado de curiosos e perturbações externas. No exame Perinecrocópico, o registro de todos os pontos observados na cena do crime deve ser arquivado para posterior emissão de laudo contendo as descrições e peculiaridades notadas. Entretanto, foi evidenciado o descaso frente segregação do local realizada pela Polícia Militar, o que dificulta a análise da área e promove o extravio de provas.

Tratando-se sobre projétil de arma de fogo, no exame Balístico, específico para tal, foi verificado que 64% dos processos não possuíam este laudo devido a problemas técnicos e indisponibilidade de equipamentos para execução do exame, contradizendo ao número de casos, já que lesões causadas por instrumento perfurocontundente são representantes da maioria dos delitos cometidos no quantitativo de processos analisados. A desatenção dirigida quanto a investimento do Estado aos centros de análises laboratoriais do âmbito pericial, expõe 50% da precariedade inclusa na má redação e má efetivação dos laudos anexados nos processos. Porém, deve-se cautela e implementação da coerência para a elaboração de pareceres, ementas e documentações em prol da formação de um julgamento, não somente para a condenação do criminoso, mas também para a absolvição do inocente.

O estudo em tela busca elucidar os erros e lacunas existentes no processo, assim como visa entender também a seletividade na execução pericial em face da característica econômica do indivíduo, uma vez que esta seleção vai de encontro ao que dispõe a Constituição Federal em seu art. 5º, declarando que todos os cidadãos são iguais perante a lei. Assim utilizou-se a representação quantitativa afim estabelecer uma relação em que a queda da qualidade está diretamente proporcional ao mau desempenho e falta de comprometimento do(s) profissional(ais) o(s) qual(ais) está(ão) encarregado(s) do caso, somando-se a isto os elevados índices de réus hipossuficientes.

1. Coleta de dados

Foram analisados 35 processos julgados pela Vara do Tribunal do Júri de Caruaru – PE, disponibilizados no acervo do Escritório de Práticas Jurídicas (EPJ) do Centro Universitário Tabosa de Almeida (ASCES/UNITA). A seleção acerca dos processos foi realizada de forma aleatória e por conveniência. O método utilizado corresponde a um estudo dedutivo, empírico, descritivo, longitudinal – retrospectivo de abordagem quantitativa. Para avaliação das sentenças pertencentes ao questionário, os processos, em seus respectivos pontos, foram julgados como:

Adequado; Não adequado – Ausente; Não adequado – Incompleto; Não necessário. Em casos excepcionais como no ponto 10 a seguir, a análise ateu-se a classificação como *Simple* ou *Qualificado*.

2. A qualidade do processo transitado em julgado

A técnica básica de que o processo penal da atualidade se utiliza, para a observância dos princípios maiores a que está pré-ordenado, reside na estrutura típica do modelo acusatório. Perfeitamente delineadas as funções do juiz, da acusação e da defesa (o que importa na abolição dos juizados de instrução), todo o processo se publiciza, condena-se e concentra-se, ganhando em eficiência e exigindo a participação constante do juiz e das partes, na plena observância do princípio do contraditório e das garantias constitucionais (GRINOVER, 2000). Entretanto, a teoria é submissa à realidade, visto que a qualidade do processo deixa a desejar a partir de que em muitos dos processos analisados, é nítido o desrespeito aos prazos processuais penais, resultando na perda das já reduzidas provas juntadas aos autos, frente a morosidade processual.

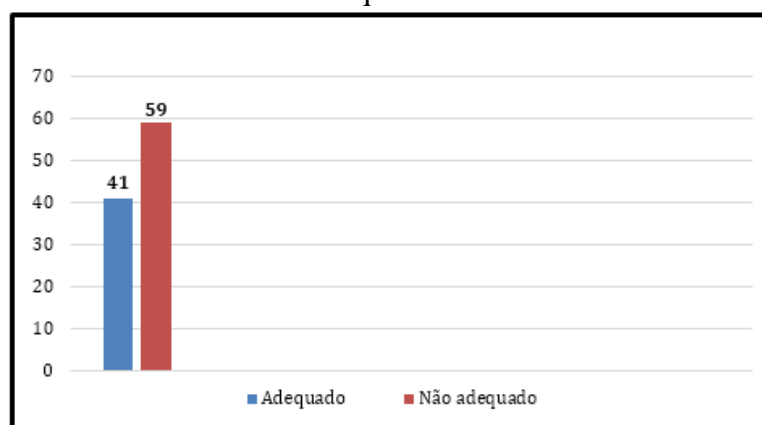
Constatou-se que as perícias necessárias para a elucidação da verdade real não estão presentes no corpo do inquérito, sendo assim, aplicada uma pena indevida para o acusado, onde perde a sociedade e o réu. A escassez e a demora de laudos periciais, necessários tanto ao desvendamento da dinâmica do crime, quanto à constituição de provas técnicas para embasar o inquérito também são enumeradas como uma das dificuldades enfrentadas no encaminhamento de investigações e inquéritos. Acentuam-se as deficiências de estrutura da Polícia Científica e a indisponibilidade de recursos técnicos para realização de procedimentos que poderiam conferir não só agilidade, porém mais acuidade às investigações (RATTON et al., 2011).

3. A razoabilidade da duração processual

No âmbito legislativo brasileiro, a duração razoável do processo abrange o direito resguardado pela Carta Magna, haja vista que todo o judiciário tem o dever de solucionar em tempo mínimo o litígio interposto, visando não apenas solucionar determinado caso privado, mas também proferir uma resposta plausível à sociedade. Desta forma, o cumprimento dos prazos processuais dispostos pelo legislador confere a correta duração dos processos, objetivando impedir, ou ao menos reduzir, a morosidade judicial, dado que esta é uma característica marcante no cenário jurídico do Brasil. Portanto, segundo Marinoni (2009), a sociedade, ou aqueles que não participam do processo como partes, igualmente tem o direito de ver os processos desenvolvidos em tempo razoável.

Visando acatamento dos princípios processuais constitucionais referentes ao deslanche rápido e efetivo do processo, o Código do Processo Penal vigente, em seu artigo 10 demonstra que o inquérito policial deve ser finalizado no prazo de 10 dias, caso o indiciado encontre-se preso, ou então em 30 dias se solto. Vale complementar que o mesmo dispositivo citado, em seu parágrafo terceiro, permite ao delegado requerer perante ao juiz a devolução dos autos para continuação das diligências.

Gráf. 1 – Demonstração percentual dos prazos processuais com relação à conclusão do inquérito.

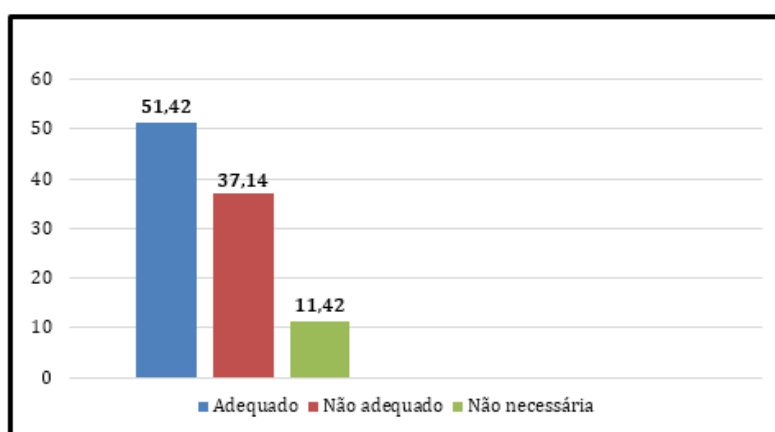


No cenário atual do Poder Judiciário brasileiro, a presença da inobservância em face dos prazos legais, gera demasiado descontentamento tanto na fase processual quanto pré-processual, inclusive atingindo diretamente o desfecho do processo. Nisto, cabe aquele que preside o inquérito priorizar a verificação de tal instrumento de modo a promover o desenvolvimento periódico e implementação de ações cabíveis em prol da obediência acerca daquilo que profere o Código de Processo Civil (CPC), em seu art. 6º, sobre o princípio da cooperação, que abrange a ideia de que todos os sujeitos ligados direta ou indiretamente ao processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva. Assim, pode ser observado nas análises realizadas que 59% dos prazos não são respeitados pelos delegados, causando um constrangimento ilegal ao indiciado, partindo do desrespeito aos prazos processuais.

A Sentença de Pronúncia é uma decisão interlocutória mista que encerra a primeira fase do tribunal do júri, encaminhando o réu pra ser julgado pelo conselho de sentença. Para os processos julgados pelo Tribunal, a pronúncia consiste de uma “sentença intermediária”. Encerrada a fase de instrução criminal, quando são ouvidas as testemunhas, o MP e a defesa apresentam suas alegações finais pedindo que o réu seja ou não levado a julgamento. Nesta fase o réu pode ser pronunciado (deverá ser julgado pelo júri popular), impronunciado (quando se

considera que não há provas suficientes sobre a materialidade ou autoria do crime para que ele seja julgado pelo júri), neste caso o processo é arquivado mas pode ser reaberto caso surjam novas evidências sobre o crime. Além da desclassificação do delito (o crime é enquadrado em outro artigo do Código Penal e encaminhado para julgamento numa vara singular). Por exemplo, um caso de tentativa de homicídio pode ser desclassificado para lesões corporais e, finalmente, podendo haver a absolvição sumária, quando o crime é motivado pela legítima defesa (ADORNO, 2000). O artigo 800, inciso I do Código de Processo Penal (CPP) determina o prazo de até 10 dias para os juízes proferirem as decisões.

Gráf. 2 – Demonstrativo concernente à data da pronúncia oriunda do Magistrado.



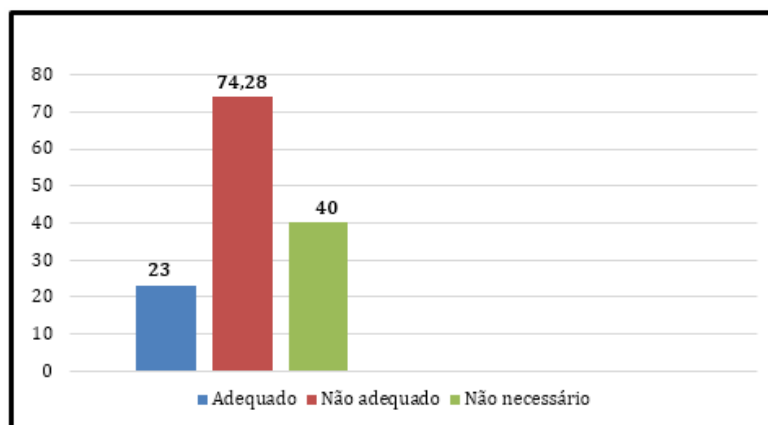
De acordo com o artigo 411 § 9º do CPP, o juiz proferirá sua decisão em 10 dias, porém, 37,14% dos processos analisados não respeitaram o prazo previsto no dispositivo legal citado anteriormente. Vale esclarecer que a sentença de pronúncia não põe fim ao processo, ela apenas observa se há indícios da ocorrência de crime doloso contra a vida, bem como, se o(s) acusado(s) pode(m) ser culpado(s). Como procedimento consequente, o processo será encaminhado ao conselho de sentença. Esse resultado demonstra dois reflexos trágicos do Estado brasileiro. Primeiro, a falta de estrutura que fica clara a partir da acumulação de um Magistrado com várias comarcas. Outro ponto, é a pouca importância dada pelos magistrados a esses prazos, o que nos leva a mais um gargalo do judiciário brasileiro. Isso fica explícito pela demanda de quase 100 milhões de processos depositados nas varas brasileiras. Óbvio que este não é o único motivo, mas é um dos grandes problemas que exige uma resolução do judiciário.

4. Desarraçoabilidade conferida ao julgamento e a instrução processual

Com relação a segunda fase do tribunal do júri, vale esclarecer que a súmula 21 do STJ⁵ retira a possibilidade de ser arguido o constrangimento ilegal da prisão após a sentença de pronúncia, não mencionando o excesso de prazo neste caso. Ao seguir a orientação da súmula, é correto afirmar que tal ação vai de encontro a Constituição Federal. Logo, cai por terra a Carta Máxima, quando disciplina que o processo deve ter uma duração razoável. Segundo Oliveira (2016):

Impedir a discussão acerca do excesso de prazo em razão da pronúncia do Acusado é dar ao Estado a possibilidade de abusar de uma prisão preventiva, por um prazo injustificado e desproporcional e repousar sobre a infundada alegação de que não há mais excesso de prazo a ser alegado, quando, em verdade, o indivíduo segue aprisionado e punido sem uma decisão final sobre sua culpa.

Gráf. 3 – Demonstrativo da razoabilidade temporal do processo com base no Julgamento.



Neste ponto foi analisada a duração razoável do processo, levando em conta o momento da pronúncia até o dia do júri. Apesar da legislação não trazer de forma clara qual o prazo para findar esta fase, levou-se em consideração o que disciplina o artigo 412 do CPP, tendo em vista que esse dispositivo legal determina que o procedimento deve ser concluído em 90 dias. Foi observado que 74,28% dos processos ultrapassam o prazo de 90 dias previsto no mencionado artigo, tendo inclusive muitos deles demorado anos, e ao final, resultando na absolvição o réu.

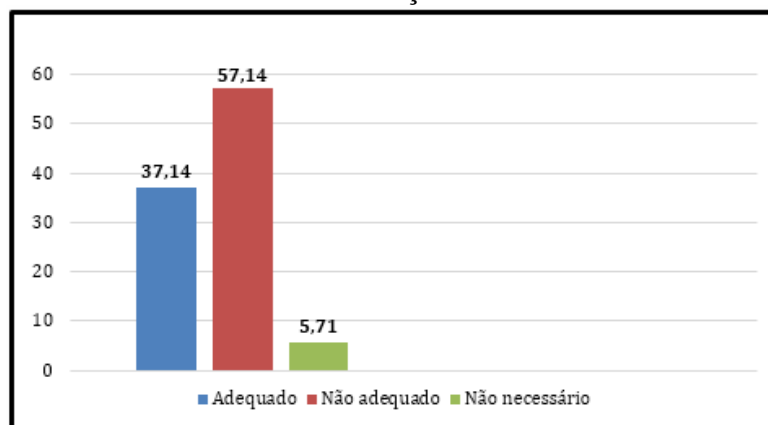
Desta forma, torna-se coerente a visão expressa pela sociedade sobre a morosidade judicial, tendo em vista o descumprimento do prazo em questão. A perda existente quanto ao cidadão de bem que se encontra em conflito processual devido ao prolongamento do processo, remete as provas ao extravio durante o período, além da integridade moral do indivíduo a qual encontra-se danificada perante a coletividade. O descaso proveniente do desrespeito ao prazo também atribui à sociedade o risco da reinserção do criminoso ao convívio gregário, sem que

⁵ STJ – Superior Tribunal de Justiça

este tenha cumprido sua pena pelo fato da existência de falhas oriundas da insuficiência de provas.

O artigo 5º da Constituição Federal, em seu inciso LXXVIII, disciplina sobre a razoável duração do processo, contudo, não expressa qual seria o prazo máximo da razoabilidade. Desta forma, falar em duração razoável do processo baseando-se no dispositivo legal, mesmo que este não descreva qual o prazo, deixa vago para que cada jurista interprete ao seu bel prazer. O direito juridiciza o tempo e, por outro lado, o tempo, temporaliza o Direito. É uma íntima relação e interação em que o tempo é elemento constitutivo do nascimento, desenvolvimento e conclusão do processo, mas também influi na gravidade com que serão aplicadas as penas processuais, potencializadas pela demora jurisdicional injustificada (LOPES JR, 2014).

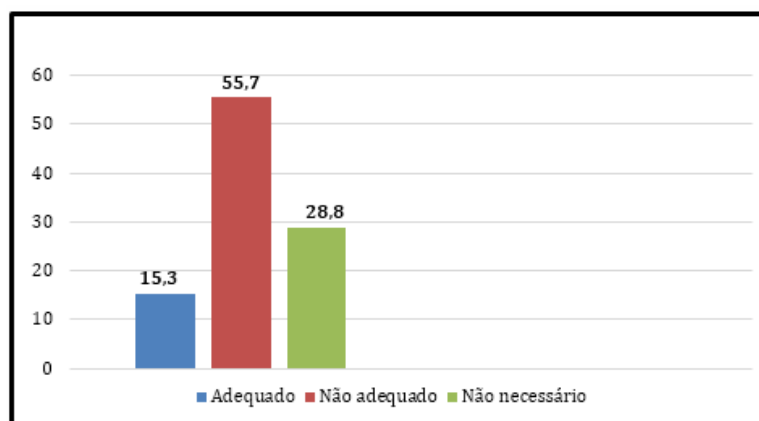
Gráf. 4 – Demonstrativo percentual da razoabilidade temporal do processo com base na Instrução.



Levado em consideração apenas o momento processual da instrução, pode ser observado que 57,14% dos processos analisados extrapolaram o prazo mencionado no artigo 412 do CPP. Esta morosidade traz para sociedade um sentimento de impunidade, bem como o extravio de grande parte das provas, inclusive da prova testemunhal. No tribunal do júri, quem irá analisar e julgar o caso é o conselho de sentença, sendo esses os juízes. É necessário que os jurados como juízes do caso, tenham acesso a todas as provas dos autos, contudo, a prova testemunhal por vezes não é apresentada ao conselho.

Em 55,7% dos processos analisados, a testemunha não é ouvida em plenário pelos jurados, sendo, apenas em algumas vezes apresentado ao conselho de sentença, mídia das audiências de instrução. Vale ressaltar que o conselho de sentença deverá analisar a matéria e depois proferir seu veredicto na própria sessão, todavia, o ato de questionamento em prol de esclarecimentos frente a testemunha se torna impossibilitada através da ausência de oitiva em plenário.

Gráf. 5 – Dados relacionados à execução de provas testemunhais



5. A qualidade do inquérito policial

O inquérito policial, apesar de ser um procedimento administrativo, dispõe de grande importância para o processo, tendo em vista que a excelência do inquérito está diretamente proporcional a existência de um bom processo. Nesta forma, é considerado instrumento único no mundo, pois reúne o estatuto da neutralidade da investigação policial com a potencial atribuição de formação da culpa, que é inerente ao poder de “indiciar” e de produzir provas por meio de depoimentos tomados em cartório, com vistas a servir para “demonstrar” a autoria do crime (MISSE, 2010).

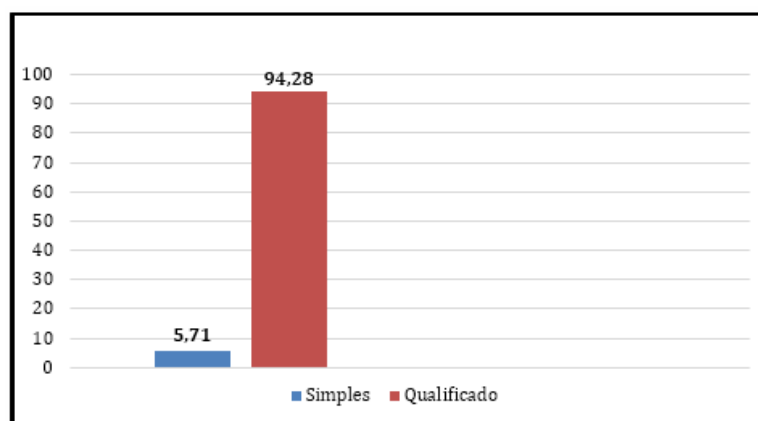
Entretanto, foi verificado que muitos dos inquéritos ostentam da incompletude, tanto na parte dos laudos periciais, bem como ao prazo para conclusão. A demora no envio dos laudos pela Polícia Científica leva a que vários inquéritos sigam para a Justiça sem as peças técnicas básicas, que são adicionadas aos processos posteriormente. Nos casos de flagrante, os quais apresentam um prazo de dez dias para conclusão, esse problema é visto como ainda mais prejudicial ao andamento do inquérito (RATTON et al., 2011).

6. Principais falhas da perícia criminal

O crime de homicídio, quando oferecido a denúncia, pode ser classificado como simples ou qualificado. Com o transcorrer do processo, se utilizando das provas presentes, pode-se falar em homicídio privilegiado, homicídio culposo ou até mesmo em uma excludente de ilicitude. Contudo, se atendo a denúncia, vale esclarecer que o crime de homicídio é qualificado quando se faz presente, pelo menos, uma das hipóteses previstas nos incisos do §2º do artigo 121. O homicídio simples tem pena de 6 a 20 anos, já o qualificado tem pena de 12 a 30 anos. Além da diferença na pena aplicada a cada um, cabe informar que o homicídio qualificado é hediondo,

o que interfere também na progressão de regime, uma vez que, no simples a progressão é de 1/6, já no qualificado é de 2/5 se primário e 3/5 se reincidente.

Gráf. 6 – Percentual de ações delituosas simples ou qualificadas.



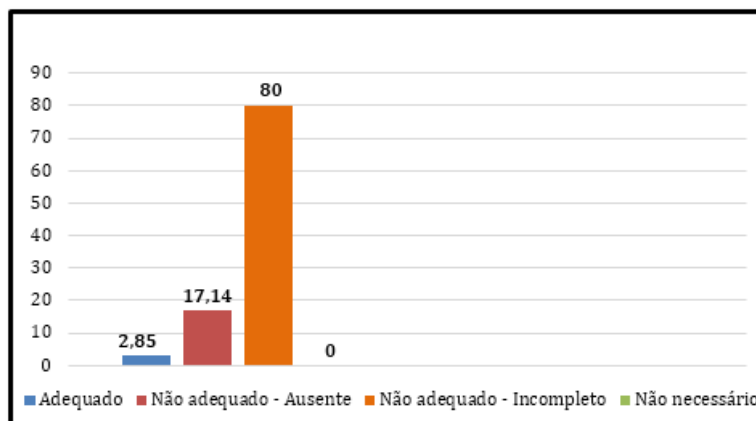
Diferentes modalidades de violência têm tomado proporções elevadas em todo o mundo, desde o último quartel do século XX. No Brasil, não tem sido diferente a despeito das particularidades sobre a evolução da violência e criminalidade. Há quase quatro décadas, vem crescendo o crime contra o patrimônio e contra a pessoa, em especial os homicídios, associados ou não às formas criminais organizadas, que resultam, com frequência, em mortes tanto dos autores de infração penal quanto das vítimas (ADORNO, 2017). Tendo como base o dado em questão, 94,28% expõe a periodicidade de atos homicidas qualificados e gera a visibilidade negativa frente à funcionalidade das políticas de segurança pública, tanto do estado quanto nacional, o que provoca grande mal-estar social frente a ineficácia nas medidas estatais tomadas.

Acerca do quantitativo elucidado, associa-se a este, a necessidade em realização da atividade forense com base nas provas periciais, visto que é notória a legal condição para levantamento de vestígios e aplicabilidade de métodos os quais sejam essenciais para comprovação do caso. Entretanto, o déficit qualitativo dos exames norteia ao âmbito de consequências de grande efeito, uma vez que falhas na análise e interpretação da evidência possibilita um inocente ser julgado culpado, assim como um criminoso ser libertado (AIELLO apud, 2012).

Nas áreas de ciências naturais e em especial na ciência forense, o auxílio de equipamentos, técnicas e recursos computacionais é essencial para o desenvolvimento das investigações e experimentações visando a resolução de problemas, todavia, a perícia criminal

brasileira apresenta deficiências extremas no que concerne à sua organização, padronização de procedimentos e suficiência tecnológica (GIOVANELLI, 2011).

Gráf. 7 – Exibição de dados referentes ao percentual qualitativo de provas laboratoriais inseridas no acervo analisado.

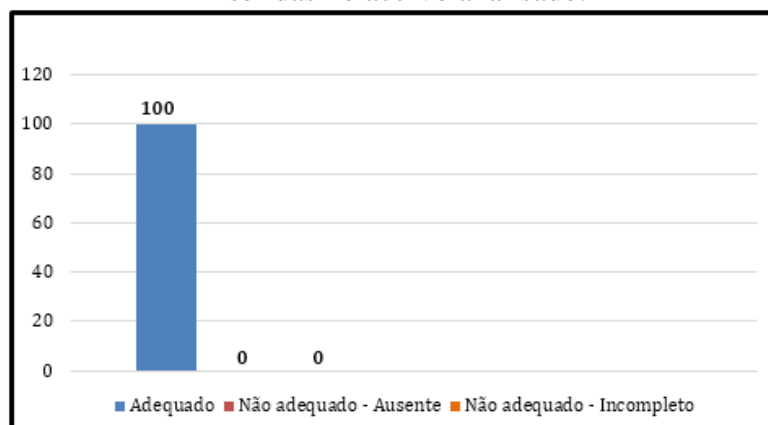


A reflexão trazida através da estatística sobre a qualidade da prova pericial no âmbito laboratorial, remete ao descaso e subestima a veracidade trazida nos laudos em função de sua errônea execução. Portanto, 80% dos procedimentos periciais são tratados com incompletude, dando a estes um caráter deficitário quanto a confiabilidade dos resultados, contradizendo ao seu real objetivo, uma vez que estes são fundamentais para elucidação de fatos criminosos.

A prova testemunhal contém atributos importantes para o processo, todavia não é absolutamente confiável, posto que muitas delas podem ser ameaçadas, inclusive de morte, e até mesmo não encontradas para dispor seu depoimento. A finalidade desta prova é permitir que o julgador obtenha informações sobre o caso ou sobre as pessoas, as quais são relevantes para o julgamento. Contudo, a ocorrência da frequente obliteração de detalhes explanados pela testemunha dificulta a busca pela verdade real. Vale reforçar que não existe uma regra para valorar as provas, cabendo ao julgador analisar todas as provas apresentadas no processo.

É de extrema importância informar que a demora processual e a não contundência da materialidade influencia na prova testemunhal, posto que muitas esquecem informações importantes e circundam o fato através de análises. Sendo assim, é nítido que a união de todas as provas é crucial em prol do respeito ao contraditório e ampla defesa, buscando assim a verdade real, com a conseqüente busca pela justiça.

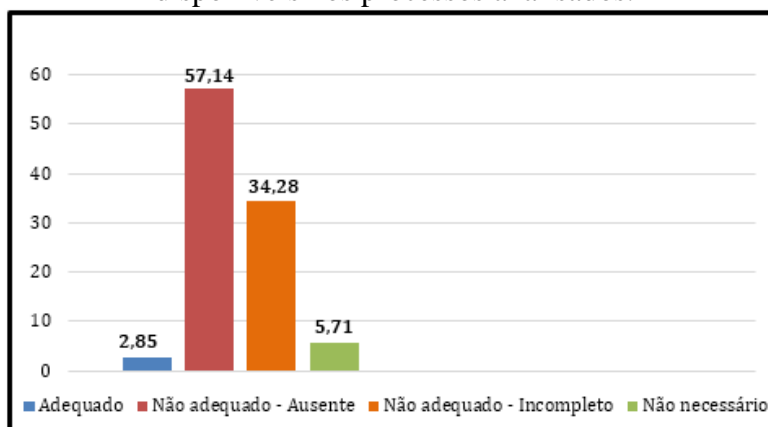
Gráf. 8 – Exibição de dados referentes ao percentual qualitativo de provas testemunhais inseridas no acervo analisado.



A partir da demanda de crimes que exijam uma investigação minuciosa em relação a comprovação de fatos, atribui-se à atividade forense a função de analisar e executar procedimentos que findem ao verídico. Contudo, com o déficit de provas contundentes, a prova testemunhal desempenha o papel de “veredito” em 100% dos casos analisados, intervindo na sentença e anulando a psique de que a mesma pode ser manipulada no prosseguimento do processo, tratando-a como absoluta.

A atuação do Estado, na figura do Perito Criminal, objetivando a produção da prova material, na persecução criminal, muitas vezes se inicia no processamento da cena de crime. O trabalho deste profissional deve sempre se pautar em métodos e técnicas que pertençam ao campo científico e não empírico, a fim de poder embasar a convicção do julgador, na busca da verdade real (KASAKOFF, 2015).

Gráf. 9 – Dados expositivos relacionados ao percentual do Exame Perinecropsóptico disponíveis nos processos analisados.

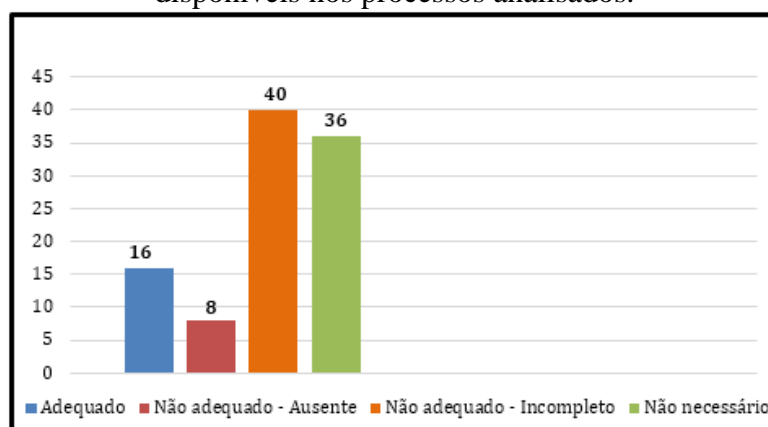


O Instituto de Criminalística (I.C) efetua perícias com base em conhecimentos científicos, juntamente com o Instituto Médico Legal (I.M.L). A este primeiro estão atribuídos

todos os tipos de perícia não relacionadas ao corpo humano, seja este em vida ou não, excetuando-se apenas o Exame Perinecropsóptico, exame realizado pelo Perito Criminal “in loco”, na cena do crime (LOBATO JÚNIOR, 2014). Foi possível observar a margem de ausência e inconclusão em 57,14% dos exames contidos nos processos, apesar deste servir como alicerce para elucidar a cena do crime através do recolhimento de vestígios e detalhamento da área delituosa.

Outra vertente utilizada a partir da autópsia médico-legal é denominada perícia Tanatoscópica (do grego “*tanato*”, morte e “*scopo*”, ver). Ela é executada pelo médico-legista, que procura definir a “causa mortis”, o tempo de morte, a identidade do cadáver e a natureza jurídica do óbito (FRANÇA, 2008; HERCULES, 2005), inclusive a partir do crime de homicídio, cujo o corpo da vítima é velado, submetido a investigação do profissional realizador da Perinecropsopia e posteriormente encaminhado ao I.M.L para análise Tanatoscópica.

Gráf. 10 – Dados positivos relacionados ao percentual do Exame Tanatoscópico disponíveis nos processos analisados.



Visto que a redação dos laudos nem sempre condizem com a visualização analítica, foi possível elucidar que 40% do acervo analisado foi classificado como incompleto, dados como indicativos principais, o constante erro ao determinar o local correto onde a lesão foi conferida, distinção de lesões onde, no cadáver, se encontram projetadas por diferentes instrumentos e a incoerência ao mensurar o trajeto percorrido por projétil de arma de fogo, quando for este o caso.

Conclusão

Segundo o art. 158 do CPP, a perícia criminal é obrigatória nas infrações penais que deixarem vestígios, sob pena de nulidade do processo, o que confere no art. 564, inciso III, b, não sendo suprida nem pela confissão do acusado (RODRIGUES, 2010). Tal característica

vincula a prática forense à responsabilidade frente a emissão de laudos e coerência nas informações trazidas nos mesmos, já que na esfera judicial, é considerada uma prova irrefutável.

A atividade forense apresenta grande potencial para o estabelecimento de uma prática judicial mais justa e democrática. Para isso, no entanto, são imprescindíveis mudanças e melhorias radicais na concepção institucional e no investimento atribuído aos centros de análise da *práxis* pericial (GIOVANELLI, 2011). Cabe não só ao Governo do Estado destinar verbas para incrementação de novas tecnologias nos laboratórios, bem como garantir a manutenção dos recursos existentes, ainda que diminutos, mas também ao profissional perito minuciar suas ações em prol da conserva da reputação da classe, vista sua posição para com a valorização da pesquisa e argumentação imperiosa.

A realização de pesquisas na área forense é imprescindível para que se crie uma comunidade científica cujo cerne seja a ciência forense. Essa comunidade irá exercer, como de fato ocorre nas ciências naturais, um controle sobre a qualidade da produção, a adequação dos métodos e a inovação tecnológica e conceitual. Além disso, a plena inserção de perito dentro da comunidade científica significa o aumento da possibilidade de compartilhamento de financiamentos distribuídos por agências de fomento à pesquisa.

O Código de Processo Penal, traz diversos prazos que devem ser aplicados no processo criminal em geral. Entretanto pode ser observado que muitos desses prazos não cumpridos, o que só atrapalha toda instrução processual, bem como, toda credibilidade do judiciário. Acredita-se que tal descumprimento se dá pelo fato de não existir qualquer tipo de sanção para aqueles que não acatarem o prazo.

O prolongamento processual gera prejuízos para a sociedade em geral, posto que muitas vezes as provas que são produzidas na fase inquisitória se perdem ao tempo, bem como as provas produzidas durante a instrução do processo. Tal situação acaba trazendo uma grande incidência de absolvição por insuficiência de prova, o que gera uma sensação de impunidade e uma descrença da sociedade para com o judiciário.

Ao longo da análise, foi possível observar que a responsabilidade é classificada como multitudinária, pois existe o completo desrespeito dos prazos em todas as fases processuais, o que demonstra que esse descumprimento só se dá pelo fato de não existir uma punição para os agentes estatais envolvidos. Sendo assim, pode-se perceber que os primeiros culpados são aqueles profissionais que descumprem o prazo processual, o que acaba por gerar uma sensação de impunidade que leva a sociedade não mais procurar o judiciário, sendo a justiça hoje rotulada de lenta. Os legisladores podem tomar como providência a implementação de multas para com os profissionais aplicadores do direito frente a sua negligência, em prol de estabelecer o ofício primário de um júri: assegurar ao réu o acesso à justiça, a ampla defesa e ao contraditório dentro do prazo razoável.

Referências

ADORNO, Sergio; PASINATO, Wânia. Violência e impunidade penal: da criminalidade detectada à criminalidade investigada. **Dilemas-Revista de Estudos de Conflito e Controle Social**, v. 3, n. 7, p. 51-84, 2017.

ADORNO, Sérgio; IZUMINO, Wânia Pazinato. Fontes de dados judiciais. **Fórum de Debates**, 2000.

AIELLO, Talita Bianchi; PEÇANHA, Marcela Pellegrini. Análise toxicológica forense: da ficção científica à realidade. **Revista Eletrônica de Biologia (REB)**. ISSN 1983-7682, v. 4, n. 3, 2012.

CÓDIGO de Processo Penal. São Paulo: Saraiva, 2005.

FRANÇA, G.V. Introdução ao Estudo da Medicina Legal. In: FRANÇA, G.V. **Medicina Legal**. Guanabara Koogan, Rio de Janeiro, 2008. 8ª ed. cap.1.

GIOVANELLI, Alexandre; GARRIDO, Rodrigo Grazinoli. A perícia criminal no Brasil como instância legitimadora de práticas policiais inquisitoriais. **Revista LEVS**, v. 7, n. 7, 2011.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A reforma do Código de Processo Penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, p. 65-74, 2000.

HERCULES, H.C. História, Conceituação e Divisão da Medicina Legal. In: HERCULES, H.C. **Medicina Legal – Texto e Atlas**. Atheneu, São Paulo, 2005. cap. 2.

KASAKOFF, Leonardo Baird; GONÇALVES, Marcelo N. Hastes flexíveis no estudo do trajeto durante o exame perinecrocópico. **Revista Brasileira de Criminalística**, v. 4, n. 1, p. 7-11, 2015.

LOBATO JÚNIOR, José Edmilson. **Padronização dos suprimentos utilizados nas maletas de local de crime dos institutos de criminalística do Brasil**. 2014. Tese de Doutorado.

LOPES JR, A. Direito à duração razoável do processo tem sido ignorado no país. Rev. Limite Penal. 2014. Pesquisado em 29/10/17. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-jul-25/direito-duracao-razoavel-processo-sido-ignorado-pais>.

MARINONI, Luiz Guilherme. Direito fundamental à duração razoável do processo. **Revista Jurídica**, n. 379, p. 12-13, 2009.

MÁRIO FITTIPALDI JÚNIOR, Horácio. Avaliação do nível de concordância entre a perícia tanatoscópica e o exame histopatológico no Instituto de Medicina Legal Antônio Persivo Cunha. 2010. Tese de Mestrado.

OLIVEIRA, D. K. Excesso de prazo após a sentença de pronúncia e a Súmula 21 do STJ. **Rev. Canal de Ciências Criminais**. 2016.

RATTON, José Luiz; TORRES, Valéria; BASTOS, Camila. Inquérito policial, sistema de justiça criminal e políticas públicas de segurança: dilemas e limites da governança. **Sociedade e Estado**, v. 26, n. 1, p. 29-58, 2011.

RODRIGUES, Cláudio Vilela et al. Perícia criminal: uma abordagem de serviços. **Gestão & Produção**, v. 17, n. 4, p. 843-857, 2010.

AVALIAÇÃO DAS PERÍCIAS CONTIDAS NOS PROCESSOS TRANSITADOS EM JULGADO DA VARA DO TRIBUNAL DO JÚRI DE CARUARU-PE

Alice Cavalcante de Britto¹

Alisson Barbosa Braz da Silva²

Prof. Msc. Maria Perpétua Socorro Dantas Jordão³

Prof. Doutor Arquimedes Fernandes Monteiro de Melo⁴

Resumo

Os laudos periciais correspondem a exames que são realizados através das perícias, cuja importância é direcionada para que a justiça solicite o arquivamento do inquérito policial ou denunciem alguém. Teoricamente, espera-se que nas perícias sejam encontrados provas, e exames suficientes para o cumprimento do rito processual. Porém devido a inobservância de médicos-legistas e peritos, fica claramente impossibilitado uma correta averiguação de um caso, causando grande interferência nos processos. O presente estudo tem como objetivo determinar a partir de um instrumento avaliativo (questionário), a qualidade das perícias contidas nos processos transitados em julgado da Vara do Tribunal do Júri de Caruaru – PE. O estudo teve perfil dedutivo, empírico, descritivo, longitudinal – retrospectivo de abordagem quantitativa. Foram analisadas 25 perícias contidas nos processos julgados pela Vara do Tribunal do Júri de Caruaru-PE, disponibilizados no acervo do Escritório de Práticas Jurídicas (EPJ) da ASCES/UNITA, sendo possível observar a má qualidade dos exames periciais analisados, tais como provas laboratoriais incompletas ou até mesmo ausentes, prejudicando, desta feita, a resolução dos processos que dependem das provas periciais para seu desfecho. Diante do que foi visto e analisado as provas laboratoriais, verificou-se que são realizadas de forma errônea, e as justificativas dadas por os peritos para não realização de alguns testes são falhas, principalmente os de fácil exequibilidade, dificultando a finalização correta do processo, seja para denúncia do acusado ou absolvição de um inocente. Devendo esses testes ser minuciosamente executados da maneira correta, para que ocorra um veredito justo.

Palavras-chave: Perícia Criminal; Prova pericial; Processo; Dados numéricos;

Introdução

A chamada *'persecutio criminis in judicio'*¹ é uma atividade exercida exclusivamente pelo Ministério Público (MP), que está relacionada com os crimes de ação penal pública, porém para que haja instauração de um processo penal e conseqüente persecução criminal em juízo, faz-se necessário a existência de elementos mínimos comprobatórios do fato. O colhimento destes elementos pode variar de acordo com a complexidade do caso e o tipo infringido, o que dará início a investigação criminal. No Brasil dispõe-se de uma duplicidade de instrução: a

¹ Persecutio criminis in judicio - Ajuizamento da ação penal pelo Ministério Público acompanhando-a até final.

¹ Estudante do Curso de Farmácia do Centro Universitário Tabosa de Almeida - ASCES/UNITA

² Profissional Orientador do Centro Universitário Tabosa de Almeida - ASCES/UNITA

³ Professora do Curso de Direito do Centro Universitário Tabosa de Almeida - ASCES/UNITA

⁴ Professor do Curso de Direito do Centro Universitário Tabosa de Almeida - ASCES/UNITA

primeira etapa é inquisitória, cuja forma mais comum é o inquérito policial e a segunda etapa da ação penal, é o processo como um todo.

Para que se tenha uma justa averiguação dos fatos no processo penal, este deve ser precedido por uma fase de investigação com característica inquisitorial onde não há contraditório e as investigações se dão de forma sigilosa, para possibilitar a elucidação do fato típico. A investigação criminal não possui formalidades comuns da fase processual, sendo considerado um procedimento simples. Apesar de existirem outras formas de averiguação, o inquérito policial de acordo com o Código de Processo Penal (CPP) de 1941, foi ratificado como principal forma de investigação no Brasil. (POLASTRI 2016).

O inquérito policial é um procedimento administrativo pré-processual, introdutório da ação penal, de natureza inquisitiva, feito de forma escrita, salutar destacar que seu valor probatório não é absoluto, não serve como um decreto condenatório, o art. 20 do CPP determina que o inquérito seja feito de forma sigilosa. Quem é responsável por presidir a inquirição é a autoridade policial, competente para dirigir as investigações criminais, que uma vez iniciado, o inquérito policial tramita por três fases: início, instrução, nesta fase esta inclusa a perícia, e conclusão.

Art.20. A autoridade assegurará no inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade.

Perante o art. 6º do CPP, a autoridade policial ao tomar conhecimento do fato criminoso, em especial aqueles que deixam vestígios, devem comparecer ao local, proceder com o isolamento até a chegada da perícia para proceder com os exames periciais, reconhecer a vítima, provável suspeito e testemunhas para ocorrer uma seqüente oitiva, entretanto não necessita ser seguida rigidamente quanto ao decorrer do inquérito (GRECO, 2010). Quando finalizado o inquérito, o delegado de polícia deverá conduzir os autos ao Ministério Público responsável, devendo acompanhar o inquérito policial os instrumentos do crime e tudo que foi encontrado que sirva como prova.

A prova é parte mais importante da ciência processual já que esta se integra como os olhos do processo, a base sobre o qual se dar a discussão processual; sem provas confiáveis e válidas de nada vai adiantar desenvolver diversas teorias, variados lados jurisprudenciais sobre assunto jurídico, pois o debate não terá objeto (CAPEZ 2003). A finalidade da prova é fundar a convicção do juiz sobre a veracidade dos fatos. A mesma deve ser demonstrada de forma clara e lícita para que possa ser aceita na sua plenitude pelo julgador.

A prova pericial é um exame realizado por peritos, sendo esta indispensável nos crimes que deixam vestígios, não podendo a mesma ser suprida pela confissão do acusado. O exame

realizado sobre esses vestígios é o então chamado exame de corpo de delito, que permite constatar a materialidade do crime e conseqüentemente a existência da infração penal. Com a realização da perícia, é elaborado o laudo pericial, documento oficial que integrará o processo para que o julgador possa ter acesso a conhecimentos técnicos de relevância processual, e sobre circunstâncias que não fazem parte da sua compreensão.

A prova pericial, portanto, feita na fase inquisitorial por órgão oficial do Estado, sendo de natureza técnica, tem plena validade, muito embora possa ser infirmada por outra prova, inclusive por outro laudo. Mas, ainda que possível, não será refeita na fase judicial, haja vista seu caráter definitivo, salvo na existência de motivo forte que deixa dúvida quanto à sua autenticidade ou às conclusões a que chegaram os peritos (MUCCIO, 2009, p. 205).

A ciência que está correlacionada com a perícia criminal é denominada Criminalística, esta possui métodos e leis próprias, que são embasadas nas normas específicas do Código de Processo Penal (CPP) e Processo Penal Militar (PPM). Os profissionais que atuam na área da perícia criminal, os peritos criminais, são considerados auxiliares da justiça, responsáveis pela elaboração dos laudos periciais, documentos essenciais, que possibilitam ao promotor de justiça tomar a decisão entre o arquivamento, ou não, do inquérito policial. Em caso de não arquivamento, o laudo pericial pode também servir como base para denúncia do acusado, pelo órgão ministerial.

Apesar dos erros encontrados nos laudos periciais, as perícias são de extrema importância na esfera criminal, pois através delas que se busca a veracidade dos fatos elucidando o crime para que assim, o juiz como destinatário das provas possa julgar de forma justa. Foi observado que muitos peritos e médicos-legistas utilizam justificativas de forma falha, principalmente para exames que são de fácil acesso, e que um dos maiores problemas encontrados são os que ocorrem na perícia do local do crime (perinecropsóptica), prejudicando assim a qualidade dos laudos e a conclusão dos processos.

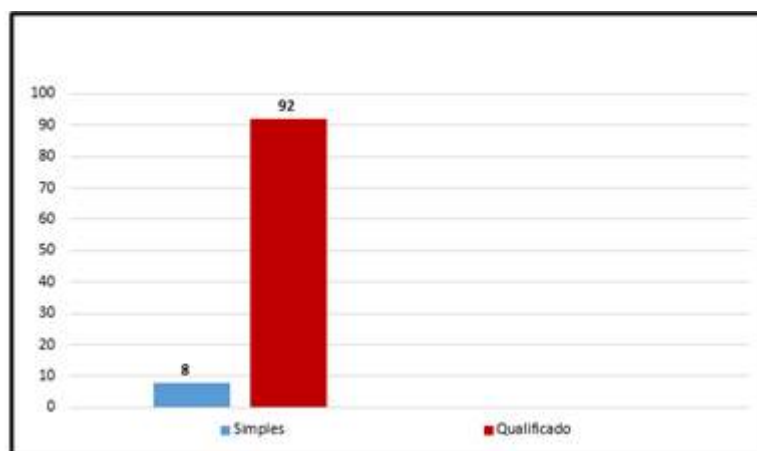
1. Coleta de Dados

Foram analisadas 25 perícias contidas nos processos julgados pela Vara do Tribunal do Júri de Caruaru-PE, disponibilizados no acervo do Escritório de Práticas Jurídicas (EPJ) do Centro Universitário Tabosa de Almeida (ASCES/UNITA). A seleção acerca das perícias foi realizada de forma aleatória e por conveniência. O método utilizado corresponde a um estudo dedutivo, empírico, descritivo, longitudinal- retrospectivo de abordagem quantitativa. Para avaliação dos laudos periciais presentes no questionário, as perícias em seus respectivos pontos foram julgadas como: *Adequado*; *Não-adequado - Ausente*; *Não-adequado - Incompleto*; *Não Adequado - Comunicado*; *Não - necessário*.

2. Classificação de delito

O homicídio é o óbito de um homem provocado por outro homem, é um crime por excelência. O homicídio simples, como previsto no caput art.121 do Código Penal (CP), constitui o tipo básico fundamental, contém os componentes essenciais do crime, o indivíduo e o instrumento utilizado por ele para provocar o delito. Já o homicídio qualificado, é uma forma agravada do simples, diz respeito aos motivos determinantes do crime e aos meios de execução, reveladores de maior periculosidade ou perversidade do agente (CAPEZ, 2003). Os delitos são classificados como simples e qualificado, de acordo com o analisado como representado no gráfico à maioria dos crimes são qualificados, o que justifica a negatividade da funcionalidade das políticas de segurança pública, o que acaba causando grandes transtornos sociais fazendo com que a população não enxergue uma eficácia nas medidas estatais. O crime de homicídio pode ser conceituado como a eliminação da vida de alguém, por diversas razões ou até mesmo “sem razão”, O Código Penal Brasileiro estabelece alguns motivos que tornam o delito qualificado, entre eles o motivo fútil e motivo torpe, já o delito simples classifica-se como básico, com pena de reclusão menor referente ao qualificado.

Gráf. 1- Percentual de crime delituosos simples e qualificado

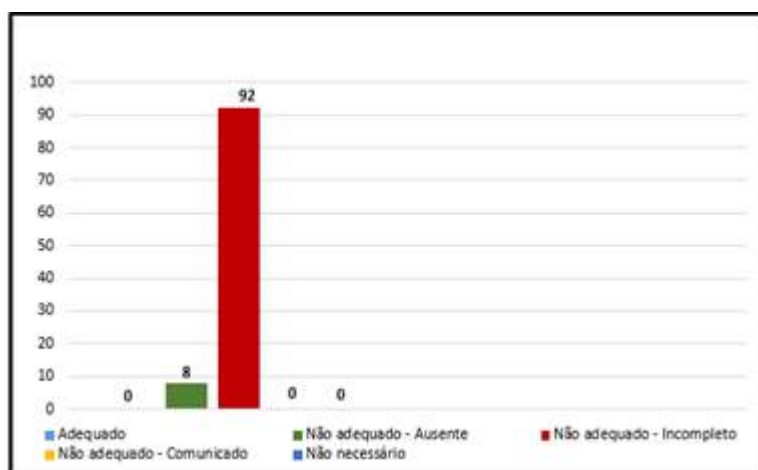


3. Qualidade do Inquérito

O inquérito policial como dito anteriormente é um procedimento administrativo da fase pré-processual, que estão incluídas as importantes peças periciais. A qualidade de um inquérito depende exclusivamente de quem está comandando a investigação criminal, e dos peritos que analisam os exames periciais, de forma a garantir que no encerrar da inquirição seja feita uma análise justa e possa ser prosseguido para o Ministério Público tudo aquilo que sirva como prova. Do latim *probatio*, a expressão prova significa argumento, verificação, confirmação, provar no processo é, então, certificar a existência ou inexistência de um fato. Trata-se de um conjunto de meios destinados a apresentar os argumentos trazidos ao litígio, com a finalidade

de comprovar a autoria e materialidade dos fatos discutidos em ação, para que o julgador concretize a pura justiça. Em relação a prova laboratorial, são exames feitos em pessoas ou coisas, realizados por quem detém de conhecimento técnicos e científicos, os chamados peritos, que tem por finalidade comprovar fatos de interesse para Justiça (CAPEZ, 2003). A prova laboratorial é de suma importância para aqueles crimes que deixam vestígios, devendo ser suficientemente esclarecedora, pautada nas normas técnicas, científicas e jurídicas. Como representado no gráfico 2, mesmo com tamanha relevância 92% das provas analisadas encontram-se de forma incompleta, o que remete ao descaso das perícias realizadas. Segundo Veloso (2012), a perícia tem como finalidade a prova, sendo esta considerada um demonstrativo do fato, o que contribui com a existência ou não de um fato contrário ao direto, possibilitando ao magistrado a oportunidade de formar sua convicção a partir da verdade. Materializam-se por meio de laudos, tendo como base o material examinado.

Gráf. 2 – Demonstração de dados referente ao percentual de provas laboratoriais contidas nos processos analisados

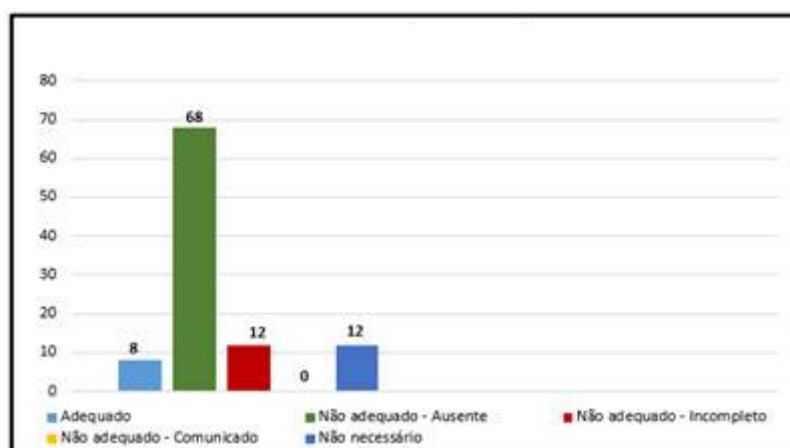


Faz parte das provas laboratoriais e é um dos pontos cruciais das mesmas, a perinecropsopia é uma área inserida na perícia criminal, onde se faz o levantamento do local do crime de modo sistemático e rigoroso, possui uma grande importância para elucidar e provar um crime, podendo ser de forma direta ou indireta, não se restringindo apenas na região onde foi encontrada a prova criminal, mas também a qualquer outro local que existiam vestígios relacionado com o acontecido (DOREA 2012). É crucial que quando a autoridade policial tenha conhecimento de algum crime, este proceda com o isolamento do local, o gráfico 3 faz um demonstrativo de quão falhas são as práticas de isolamento e preservação. O procedimento de perímetro analisado nos processos remete ao isolamento e preservação do local do crime, que deve ser mantido por adorno policial até a chegada de um perito para que possa ser mantida a

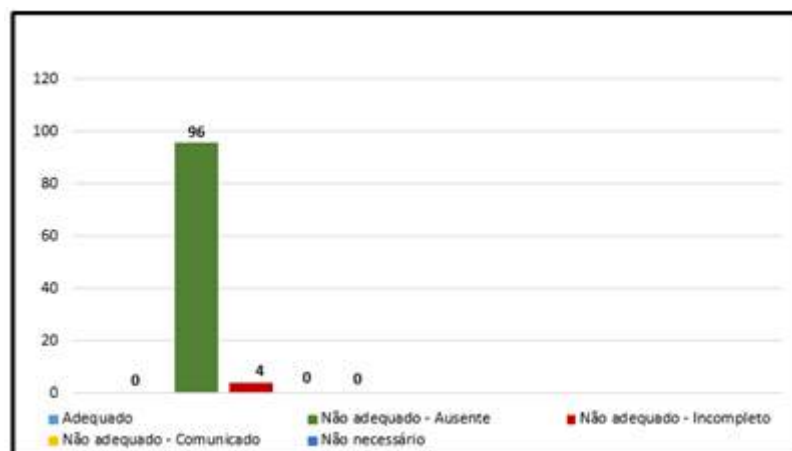
originalidade e integridade da cena que ocorreu crime, pois se apresenta como uma ilustração da história do delito que o criminoso tenha deixado. A deficiência de preservação da cena do crime se dá em sua maioria por a falta de preparo dos policiais, que devem ser orientados e conscientizados sobre a preservação do local, o que no final contribuirá para o sucesso de uma investigação criminal, devido a esta falta de instrução 68% das perícias analisadas verificou a ausência deste procedimento, o que indica que provavelmente houve alteração no local, dificultando uma averiguação correta do caso. Stumvoll et al (1995), cita que a guarnição policial como dita anteriormente é a garantia da manutenção correta do ambiente que vai ser analisado, o que propicia condições ideais para um levantamento eficaz até a chegada dos profissionais especialistas da área. O gráfico 4 está relacionado com um dos pontos mais falhos e importantes da área pericial, a cadeia de custódia, em todos as perícias analisadas, não houve o procedimento, o que pode ocorrer de ser recolhido algum vestígio no local, e por falta de registro, estes podem ser perdidos ou alterados o que compromete uma realização correta de uma perícia de boa qualidade. Referindo-se a cadeia de custódia é um elemento fundamental na perícia, pois é um conjunto de documentos que permite a rastreabilidade de cada vestígio, desde a sua coleta até sua entrega e destruição, faz-se todo o registro desse passo a passo, que é realizado por peritos que estejam responsáveis por esse vestígio.

(SMITH et al, 1990) retrata que a cadeia de custódia é de suma importância para se manter e documentar a cronologia da evidência. Com ela, é possível rastrear a posse e o manuseio da evidência desde o momento da coleta, do transporte, do recebimento, da perícia propriamente dita e do armazenamento.

Gráf. 3 - Dados demonstrativos do exame perinecropsóptico contido nos processos analisados sobre o procedimento de perímetro



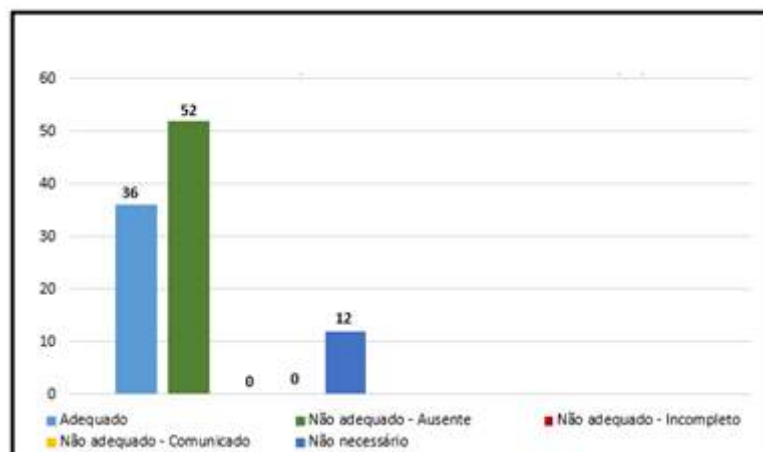
Gráf. 4 - Dados demonstrativos do exame perinecrocópico contido nos processos analisados em relação à cadeia de custódia



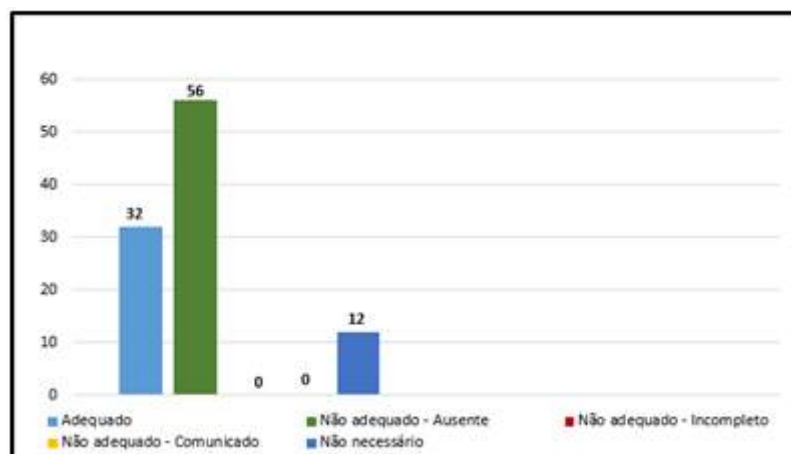
Para que haja uma perinecrosocopia de qualidade esta deve conter, o levantamento descritivo que remete a tudo o que o perito ver, deve ser descrito minuciosamente tudo sobre o possível local, os exames realizados e todos os achados de interesse, é a forma processual indispensável, prescindindo qualquer outro meio. O perito responsável no ato da descrição deve evitar fazer referência àquilo que não foi constatado, o especialista detalhará na escrita que não foram observados tais vestígios e nunca falar que estes não existem, pois é possível que tais objetos estejam presentes no local e que por desatenção do técnico responsável ou por remoção de elementos feita por o autor ou por terceiros não se encontrem na cena do crime. Mesmo com tamanha importância 52% dos exames perinecrocópicos verificados encontravam-se ausentes a descrição necessária. Segundo (Dorea, 2012), o levantamento descritivo consiste em um relato de todas as atividades feitas no local, na forma escrita, desde a identificação da localização até o detalhamento das coletas de vestígio constatadas no local. No gráfico 6 demonstra-se o levantamento fotográfico, complemento do laudo descritivo, é uma forma de documentar, e muitas vezes comprovar como foi ocorrido, o que ajudaria bastante no resultado final de um processo, porém o que continua como a essência do laudo é a descrição e nada pode substituí-la, outros métodos como a fotografia são apenas anexos que servem para ilustrar e completar o trabalho pericial, as imagens é a reconstituição permanente do caso, o que permite futuras consultas, 56% dos anexos fotográficos estavam ausentes com a justificativa de falta de equipamento ou de recursos. Atualmente na era das épocas digitais, que se reproduzem centenas de fotos praticamente sem custo algum, não é justificável esse tipo de desídia. De acordo com o CPP art. 164, a fotografia só será obrigatória se houver corpo no local do crime. (DOREA et al, 2012, p.65), relata que o levantamento fotográfico complementa, documenta e muitas vezes comprova dados, imprimindo cunhos de autenticação ao relatório descritivo.

Art.164. Os cadáveres sempre serão fotografados na posição em que forem encontrados, bem como, na medida possível, todas as lesões externas e vestígios deixados no local do crime.

Gráf. 5 - Dados demonstrativos do exame perinecropsóptico contido nos processos analisados relacionado ao levantamento descritivo



Gráf. 6 - Dados demonstrativos do exame perinecropsóptico contido nos processos analisados referente ao levantamento fotográfico

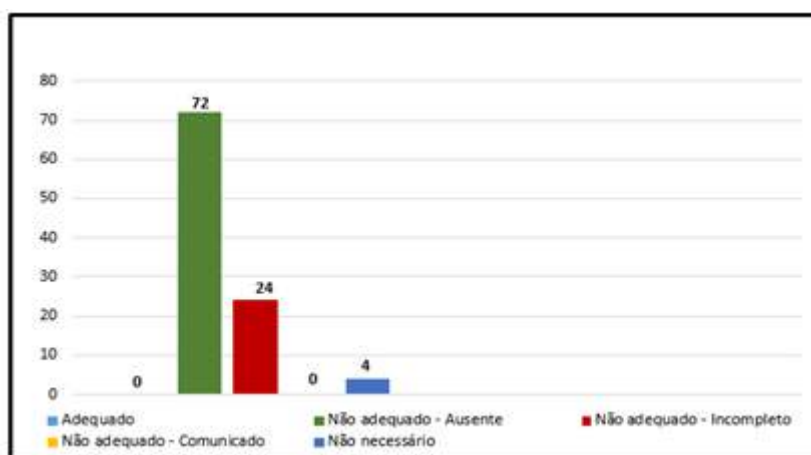


4. Exame Papiloscópico

A área da papiloscopia na perícia criminal é de grande relevância social e de fácil aplicação na prática, já que o reconhecimento positivo realizado através da perícia papiloscópica estipula informações de cunho inestimável com segurança e baixo custo para fins médico-legistas, criminais e judiciários. O inventário datiloscópico evita que muitos seres humanos sejam soterrados como indigentes ou até mesmo que pessoas sejam presas e os verdadeiros culpados fiquem soltos. O principal papel desta perícia é encontrar vestígios deixados em local de crime e transformá-los em provas (SILVA 2016). A datiloscopia é um exame de fácil exequibilidade, que trata da identificação do indivíduo através das suas digitais. Apesar da sua

fácil execução, este exame não é feito na prática, equivalente a 72% dos casos analisados, por justificativas de falta de equipamento, em sua maioria. Segundo Silva (2016), a papiloscopia é a ciência que trata da identificação humana por meio das papilas dérmicas, sejam elas digitais palmares ou plantares, é destinada a descobrir a verdadeira identificação das pessoas por meio das impressões digitais, trata-se de uma forma eficiente de individualização humana, o que pode anular prova testemunhal e os falhos reconhecimentos por outros processos

Gráf. 7 - Dados demonstrativos do exame papiloscópico contido nos processos analisados referente ao local do crime



5. Exame Tanatoscópico

Exame tanatoscópico ou necroscópico trata-se de um exame de corpo de delito direto, feitos nas infrações penais que deixam vestígios, é o meio pelo qual os médicos-legistas ou peritos registram a realidade da morte e analisam a sua causa, no art.162 do CPP utiliza-se o termo “autópsia”, cujas finalizações ficaram consubstanciadas no laudo tanatoscópico, o mesmo artigo fixa o prazo de seis horas de óbito para haver a realização desse exame, porém caso tenha sido por morte violenta, será feito um exame externo do cadáver (CAPEZ, 2003).

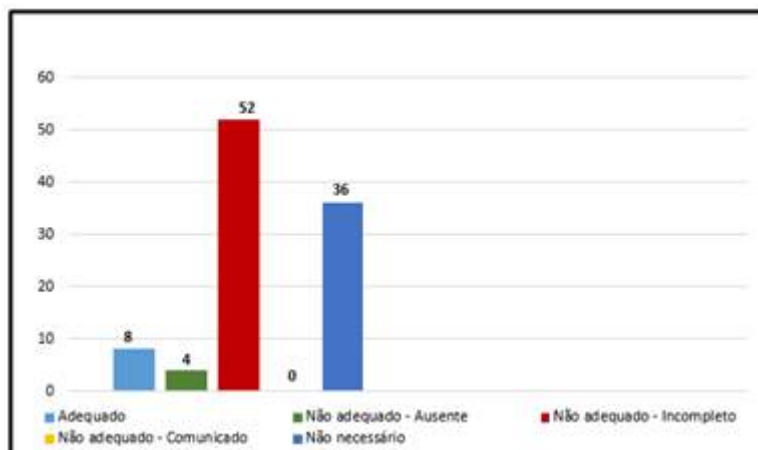
Art.162. A autópsia será feita pelo menos seis horas depois do óbito, salvo se os peritos, pela evidência dos sinais de morte, julgarem que possa ser feita antes daquele prazo, o que declararão no auto.

Parágrafo único. Nos casos de morte violenta, bastará o simples exame externo do cadáver, quando não houver infração penal que apurar, ou quando as lesões externas permitirem precisar a causa da morte e não houver necessidade de exame interno para a verificação de alguma circunstância relevante.

O laudo na tanatoscopia é a descrição de tudo que o perito está analisando ao examinar o corpo, tipo de lesão, descrição da lesão, se houve lesão oportuna, quantificação das lesões e diferenciação das lesões, todavia 52% dos laudos verificados estão de forma incompleta, equivale a não ocorrência total do laudo, a falta de alguma descrição. França (2012) retrata que

para determinar a causa da morte é necessária a descrição, discussão e conclusão do exame tanatoscópico, assim como para ressaltar o tempo estimado da morte, identificação do morto e sua origem.

Gráf. 8 - Dados demonstrativos do exame tanatoscópico contido nos acervos analisados

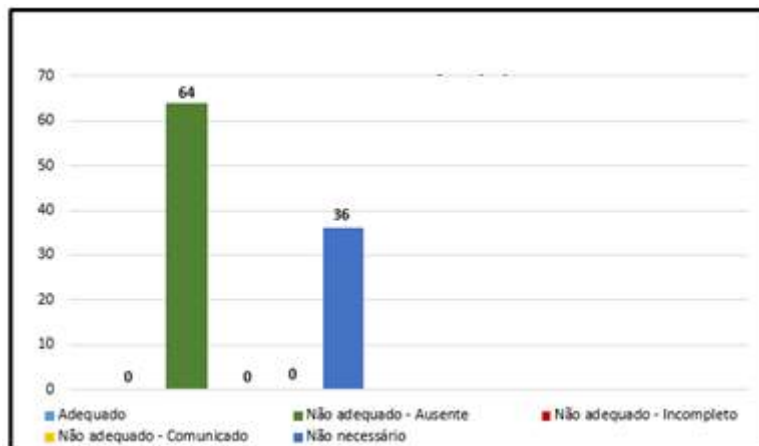


6. Exame Balístico

Segundo Tochetto (1999), a balística forense é uma área da criminalística que estuda as armas de fogo e suas munições, além da implicação produzida por os disparos, nas ocasiões onde tais elementos e fenômenos guardarem relação com infrações penais direta ou indiretamente. O exame balístico é um dos pontos mais importantes da perícia, avalia a eficiência da arma de fogo e sua munição, identifica-as, capaz de analisar se a ocorrência foi tiro acidental ou provocado, dentre outros, ajudam a resolver a autoria de muitos crimes praticados no Brasil e no mundo, possui grande grau de acerto, principalmente no exame de confronto balístico, quando não se sabe de onde foi o tiro disparado. E apesar de tão importante das 25 perícias analisadas 36% não foram necessárias a realização do exame, pois o crime não foi cometido por arma de fogo, e 64% não foi procedido o exame, equivalente a 100% dos delitos que foram praticados por armamento.

A balística forense, como área especializada da criminalística, tem por meta examinar e periciar artefatos balísticos supostamente utilizados nas infrações penais. Na realidade brasileira, temos que aproximadamente três quartos dos homicídios dolosos são realizados com emprego de armas de fogo. (DEBETIL, 2015, p. 10)

Gráf. 10 - Dados demonstrativos do exame balístico contido nos processos analisados



Conclusão

O desenvolvimento do presente estudo possibilitou uma análise de laudos periciais contidos nos processos da vara do tribunal do júri de Caruaru-PE, o que permitiu uma pesquisa detalhada sobre os erros de procedimentos periciais presentes nestes processos, que de certa forma acabam prejudicando a finalização concreta de um caso, pois necessita-se de provas laboratoriais bem elaboradas para o fechamento de um inquérito policial, para que este seja liberado de forma concisa e mais justa.

Foram analisados 25 processos contendo perícia, os quais foram pesquisados, exame papiloscópico, traumatológico, toxicológico, químico, DNA, balístico, perinecrocópico e tanatoscópico. Verificou-se a partir das estatísticas que 100% das perícias são realizadas com superficialidade, o que faz com que os laudos periciais percam sua credibilidade e não possam ser considerados como verdade real em um processo.

O instrumento avaliativo feito para verificação das perícias conseguiu demonstrar o que esperávamos sobre este tema, em que a maioria dos crimes julgados eram qualificados, o que exigia provas laboratoriais bem elaboradas, minuciosamente detalhadas, mas que não foi observado, havendo muitas falhas, que por muitas vezes eram justificadas de forma equivocada, como homicídios que exigiam um exame de procedimento de perímetro, para que não houvesse alteração do local do crime, não era realizado. Em contrapartida muitas destas falhas não são apenas por ineficiência dos peritos ou médicos-legistas, algumas vezes ocorrem por falta de recursos e de equipamentos suficientes para que fosse feito uma perícia de qualidade.

A ineficácia das perícias realizadas pelo Estado de Pernambuco prejudica de forma direta os indivíduos que dependem da defensoria pública, uma vez que não possuem recursos suficientes para pagar um profissional particular para realização de uma perícia de boa qualidade. Diante do que foi visto, a análise estatística, através dos gráficos comprovam a

ineficiência dos laudos periciais para embasar a elucidação da veracidade dos fatos, prejudicando de forma veemente a deslinde do julgamento dos delitos. Sendo de extrema importância e urgência, a melhoria na elaboração desses laudos, com introdução de profissionais qualificados e comprometidos, bem como com o oferecimento de meios, e materiais adequados para devida realização do trabalho profissional. Resgatando, desta feita, a importância das perícias, como prova contundente, na elucidação dos crimes, que delas dependam.

Referências

CAPEZ, F. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2010.

CROCE, D.; JÚNIOR, D. C. **Manual de Medicina Legal**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. ISBN 978-85-02-11140-0

DOREA, L. E.; et al. **Criminalística**. 5. ed. São Paulo: Millennium, 2012. ISBN 978-85-76-25247-4

FÁVERO, F. **Medicina Legal**. 10. ed. São Paulo: Itatiaia Limitada, 1975. ISBN 340.6.614.19.

FRANÇA, G.V. **Introdução ao Estudo da Medicina Legal**. In: FRANÇA, G.V. **Medicina Legal**. Guanabara Koogan, Rio de Janeiro, 2008. 8ª ed. cap.1.

GIOVANELLI, Alexandre; GARRIDO, Rodrigo Grazinoli. A perícia criminal no Brasil como instância legitimadora de práticas policiais inquisitoriais. **Revista LEVS**, v. 7, n. 7, 2011.

GRECO, V. **Manual de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2010.

HERCULES, H.C. História, Conceituação e Divisão da Medicina Legal. In: HERCULES, H.C. **Medicina Legal – Texto e Atlas**. Atheneu, São Paulo, 2005.

LOPES JR, A. **Direito Processual Penal: E sua conformidade constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

MISSE, M. O Papel do Inquérito Policial no Processo de Incriminação no Brasil: algumas reflexões a partir de uma pesquisa. **Revista Sociedade e Estado**, v.26, n.1, p. 19-26, 2011.

MISSE, M. O inquérito policial no Brasil: Resultados gerais de uma pesquisa. **DILEMAS: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social**, v.3, n.7, p.35-48, 2010.

MUCCIO, H. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Edipro, 2000.

POLASTRI, M. **Ministério Público e Persecução Criminal**: 5.ed. JusPodivim, 2016.

RODRIGUES, C. V.; et al. Perícia Criminal: Uma Abordagem de Serviços. **Revista Gestão & Produção**, v. 17, n. 4, p. 843-857, 2010.

TOURINHO, F. **Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2003.

CRIMES VIRTUAIS NO BRASIL

Isidora Emile M. de Lemos¹

Isabelly Farias Vieira²

Maria Heloísa Tabosa de Lima³

Resumo

Introdução: O estudo a seguir tem por intenção explanar e enfatizar os problemas do tema abordado. A internet trouxe muitas facilidades para a vida de todos, porém serve também como uma rede para propagação de crimes. Muitos dos crimes cometidos na rede (on-line) por diversas vezes tem autoria desconhecida e por isso devem ser investigados a fundo. Os crimes virtuais não são impunes, porém exigem maior investigação para encontrar o verdadeiro criminoso, e maior atenção dos usuários que caem nas armadilhas deixadas por estes. Infelizmente, este tipo de crime tornou-se corriqueiro e ficam os questionamentos, as leis brasileiras são suficientes? Ou a internet no Brasil é um lugar sem lei? **Objetivo:** Exibir um ponto de vista sobre o tema (crimes virtuais), como a legislação brasileira trata dele, além de suas consequências na sociedade em geral. **Método:** É uma pesquisa qualitativa e teórica, pois busca pela mistura da análise de dois autores que apresentam um estudo sobre os crimes cibernéticos; explanando, classificando e compreendendo os crimes virtuais através da análise de artigos. **Resultado:** A internet é um grande banco de dados, que serve como divulgação de informação e meio de comunicação se usada da forma adequada, quando de forma inadequada acaba gerando diversos problemas, podendo ser um meio/ método para atividades criminosas que é auxiliada pela grande disseminação e distorção da liberdade de expressão em meio à rede, um efeito negativo trazido pela globalização. A legislação brasileira não acompanha o desenvolvimento e a quantidade de crimes cometidos na internet. Por mais que tente se atualizar ainda não é suficiente para a demanda, e termina por deixar os usuários desacobertados e inseguros, por diversas vezes. **Conclusão:** No Brasil, os crimes cibernéticos estão sendo tratados com mais seriedade, e a legislação tenta acompanhar o crescimento deles em busca da punição dos culpados, todavia é inegável que a legislação precisa de ajustes que a permitam abranger maior quantia de atos ilícitos cometidos virtualmente, para que assim possa acompanhar a realidade tecnológica atual.

Palavras-chave: Internet. Crimes. Legislação.

Introdução

Tendo como base um assunto tão em alta no mundo atual, o estudo a seguir visa escancarar a evolução da internet e seu uso para fins impróprios. Partindo de um contexto geral para assuntos e crimes mais específicos, o artigo faz passagem pela trajetória virtual e foca nos crimes mais comuns e terebres nesse meio: crimes contra a pessoa, contra a incolumidade pública, contra as costumes, contra a propriedade material.

¹ Graduanda do Curso de Direito do Centro Universitário Tabosa de Almeida (ASCES-UNITA)

² Graduanda do Curso de Direito do Centro Universitário Tabosa de Almeida (ASCES-UNITA)

³ Graduanda do Curso de Direito do Centro Universitário Tabosa de Almeida (ASCES-UNITA)

Um dos propósitos é trazer conhecimento/informação para os leitores como também, servir como um alerta social. Mostrando também que estes crimes estão protegidos pela legislação brasileira, com base na nossa Carta Magna. Tentando mostrar uma realidade tão rotineira, relatando a luta diária contra esses crimes, no qual muitos veem a oportunidade de cometer delitos virtualmente, se escondendo atrás de perfis falsos e variadas formas, este trabalho procura analisar este tipo específico de crime pelo âmbito legal e científico observando também seu modus operandi.

A globalização interligou o mundo em uma grande rede, a internet. O que só tornou a necessidade por atualização das notícias mais evidente, o avanço tecnológico ajudou para com diversas mudanças nas vidas das pessoas, a internet propagou novos modos de interação, de negócios, de diversão. Afinal tudo nela é muito rápido e prático.

Toda via com essa popularização da internet não se expandiu apenas seu lado positivo, ela passou a ser usada como meio para facilitar o cometimento de crimes, exemplo disto é a pirataria. Os crimes cometidos através internet são chamados de crimes virtuais, e contra eles foi criado no Brasil o chamado Marco Civil da Internet (Lei 12.965/14).

A Lei 12.965/14 trata dos direitos e deveres do uso da internet, se fundamenta principalmente no direito à liberdade de expressão, abrange não apenas a internet, mas o terminal, o chamado endereço IP, o administrador de sistema autônomo, conexão à internet, registro de conexão, aplicações de internet e os registros de acesso a aplicações de internet, como destaca o artigo 5º desta. Ela se divide em cinco capítulos Das disposições preliminares, Dos direitos e garantias dos usuários, Da provisão de conexão e de aplicações de internet, Da atuação do poder público e Disposições finais.

O crime virtual puro seria toda e qualquer conduta ilícita que tenha por objetivo exclusivo o sistema de computador, pelo atentado físico ou técnico ao equipamento e seus componentes, inclusive dados e sistemas. Crime virtual misto seria aquele em que o uso da internet é condição para efetivação da conduta, embora o bem jurídico visado seja diverso do informático, como, por exemplo, as transferências ilícitas de valores em uma homebanking, onde o racker retira de milhares de contas correntes, diariamente, pequenas quantias que correspondem a centavos e as transfere para uma única conta (BUENO, sem data, p.2).

Assim segundo James Nogueira Bueno, os crimes seriam divididos em duas categorias os que atingem diretamente o sistema de informática e os que atingem “valores sociais ou outros bens jurídicos”, seguindo esta linha juntamente com as divisões de Tulio Lima Vianna (2000, p.22) em sete eixos de crimes virtuais sendo estes os crimes contra a pessoa, crimes contra o patrimônio, crimes contra a propriedade imaterial, crimes contra os costumes, crimes contra a

incolumidade pública, crimes contra a paz pública e outros crimes menos comuns; Entendeu-se que estes eixos podem ser resumidos em quatro categorias, os crimes contra a pessoa, crimes contra os costumes, crimes contra a incolumidade pública, crimes contra a propriedade imaterial, por serem os mais usuais; estas categorias ainda se enquadrando na segmentação de Bueno.

1. Crimes que atingem valores sociais ou bens jurídicos

1.1. Crimes contra a pessoa

O título I da parte especial, do Código Penal Brasileiro (CPB) trata especificamente destes crimes, que como o próprio nome demonstra afeta diretamente a pessoa em sua integridade. Os mais comuns praticados na rede mundial de computadores são: homicídio, induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio e crimes contra a honra.

Os crimes de induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio previsto no artigo 122 do Código penal, com a ajuda da internet estão se propagando cada vez mais rápido, e costuma atingir em maioria os adolescentes, exemplo disto é o jogo popularmente conhecido no Brasil como baleia azul, que na verdade tem origem russa e tem por nome original Siniy Kit, carrega em sua essência não só um incentivo para o suicídio como também, um caminho para tal. Sua história, ao que foi descoberto parte de um espelho na música da banda de rock russa lumen, a qual tem trechos simulando alguém que não é notado pela sociedade e ainda conta com “uma grande baleia azul que não consegue sair da rede”. O jogo teve sua manifestação no Brasil, no início de 2017 e como meio de sua perpetuação, foi utilizada uma das redes sociais mais influentes e acessadas por jovens, o Facebook. Através de grupos fechados, o jogo conta com 50 desafios sendo um destes desenhar com lâmina no braço uma baleia (símbolo do jogo) e o último seria exatamente, o suicídio; relatos de vítimas expõem que aqueles que entram no jogo não conseguem sair por receberem ameaças de seus criadores.

Por ser de fácil acesso e por ter uma repercussão grande, a “brincadeira” tornou-se um gatilho para aqueles que já possuíam uma pré-disposição para o suicídio, porém, não tinham coragem. Como também, em minoria para aqueles que entraram por curiosidade e não conseguiram sair. Hoje, ainda não se tem uma estimativa exata de quantas mortes foram provocadas no mundo todo por esse jogo, como se tornou difícil à identificação dos responsáveis e a extinção total do jogo, criou-se um alerta geral para os pais com os filhos.

O crime de homicídio (Artigo 121, CP), pode ser feito de diversos modos, um deles é a contratação de assassinos de aluguel por meio de sites, assim o contratante envia os dados e nem chega a conhecer muitas vezes quem está pagando para praticar o “serviço”.

Por fim os crimes contra a honra (Artigos 138- 145 CP), a calúnia é afirmar que alguém cometeu um crime quando este não ocorreu, a difamação quando um sujeito ofende a reputação de outro, a injúria ofender a dignidade, estes três são os mais populares em meio às redes sociais, sites de fofoca e procuram manchar a imagem do indivíduo.

1.2 Crimes contra a incolumidade pública

Esse tipo de crime está ligado aos crimes de perigo comum, contra a segurança dos meios de comunicação e transporte e outros serviços públicos e contra a saúde pública. (Artigos 250 a 285 do Código Penal). Com o aperfeiçoamento do avanço das relações entre pessoas pela internet, essa é utilizada também como uma das principais fontes da negociação de armas e drogas, caracterizando crimes contra a saúde e incolumidade pública.

Os melhores exemplos para este tipo de crime é o tráfico de drogas e o tráfico de armas. O tráfico de armas ocasionalmente está correlacionado ao crime organizado e ao tráfico de drogas (“o problema do tráfico é que todo o processo é ilegal e, portanto, cercado de uma insegurança que exige que seus membros andem armados” Professora titular da Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ) Alba Zaluar); sendo assim uma fonte de preocupação para o Governo e para a população por ser um meio de alimentar a violência e difícil de ser controlado.

A internet facilitou mais ainda a expansão dessa comercialização ilegal e dificultou o trabalho da justiça para com o fim dessa criminalização. A rede tornou-se um meio de divulgação dos produtos e uma incitação ao uso deles, além de propagar a adoção de mais organizações criminosas e apologia ao crime.

1.3 Crimes contra os costumes

Os crimes contra os costumes estão presente na parte especial do Código Penal Brasileiro com todas as classificações e penas, porém sofreu uma modificação com o advento da Lei 12.015 de 07 de agosto de 2009, no qual o que antes era chamado de crimes contra os costumes, hoje é designado como crimes contra a dignidade sexual, que está localizado no Título VI, sendo contido do artigo 213 ao 234. A palavra costume tem o significado da moral pública sexual, o qual a incriminação é dada pelo devido dano social causado a vítima. Podemos

encontrar bastante este tipo de crime virtualmente, por meio de redes sociais, sites, jogos online, algo que tem ficado comum com o passar do tempo. Nesses crimes a dignidade da pessoa humana é atingida e segundo a Constituição Federal, a dignidade humana deve ser protegida e preservada. Este título no Código Penal Brasileiro englobam os seguintes capítulos: Dos crimes contra a liberdade sexual (artigo 213 a 216); Dos crimes sexuais contra vulnerável (artigo 217 a 218); Do rapto (artigo 219 a 222); Do lenocínio e o do tráfico de pessoa para fim de prostituição ou outra forma de exploração sexual (artigo 227 ao 232); Do ultraje público ao pudor (artigo 233).

Dos crimes que compõem este título, os mais presentes no mundo virtual são:

A) Estupro

Visto que o número de sites de relacionamentos e jogos online cresce com o passar do tempo, é comum que pessoas se conheçam neste meio e marquem encontros sem ao menos terem amizades em comum para saber um pouco mais do indivíduo. Com isso, muitos criminosos acabam aproveitando a situação para consumir um crime de estupro no momento em que se encontrarem pessoalmente. Segundo o artigo 213 do Código Penal Brasileiro, o estupro é constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso. Visto isso, o estupro é alguém praticar um ato sexual contra a sua vontade, pois está sendo coagida de alguma forma. É bom lembrar que estupro só é aplicado quando se trata de mulheres, quando a vítima é um homem se enquadra no artigo 216, se classificando em atentado ao pudor, no qual mulheres também podem se enquadrar, desde que não tenha sido um estupro.

B) Assédio sexual

O assédio é um crime encontrado com bastante frequência no nosso dia a dia, podendo ser encontrado tanto nas ruas como no meio virtual, caso este que infelizmente cresce cada vez mais. É um ato que acontece principalmente com as mulheres, em apenas um simples comentário maldoso ou em uma cantada constrangedora, o crime já está sendo consumado. Muitas vezes acontecem no ambiente de trabalho, no qual se tem um superior e por estar em um cargo hierárquico acha que pode fazer o que quiser para constranger o funcionário, porque sabe que o mesmo irá temer e não fará uma denúncia por medo de perder o emprego. No meio virtual é comum acontecer em comentários de fotos nas redes sociais, conversas privadas ou até em conversas que sejam em grupos, por meio de publicações que venham a constranger a vítima. No artigo 216 – A do Código Penal Brasileiro, o assédio sexual é constranger alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente da sua

condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função.

C) Crimes sexuais contra vulneráveis

É um dos crimes mais comuns que podemos encontrar no meio virtual, no qual muitos pais não estão presentes na vida dos filhos, muitas vezes pela correria do dia a dia e acabam sem ter um monitoramento do que os filhos estão fazendo na internet. Algo que vem ficando bastante comum são crianças possuírem redes sociais e jogando jogos online, o que significa um grande perigo quando os pais não estão monitorando esses perfis. É aí que muitos pedófilos entram em ação, pois começam a conversar com as crianças ou adolescentes e se tornam amigos virtuais, no qual se podem ter vários tipos de crimes, que englobará não só o Código Penal Brasileiro, mas também o Estatuto da Criança e do Adolescente. Conversa vai e conversa vem, começam pedindo fotos inocentemente, no que vai evoluindo até chegar a fotos ou vídeos pornográficos, visando assediar com o fim de praticar atos libidinosos, podendo ser enquadrado no artigo 241 – D do Estatuto da Criança e do Adolescente. Muitas vezes após muita interação no meio virtual, os criminosos fazem com que a criança ou adolescente aceite marcar um encontro pessoalmente, o qual os pais não têm o conhecimento, que podem resultar em várias condutas criminosas, entre elas o estupro de vulnerável (artigo 217 – A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos); pode-se ter rapto da criança para induzi-la a prostituição ou alguma outra forma de exploração sexual, no qual irá combinar os artigos 218 – B e 219 do Código Penal Brasileiro.

D) Tráfico de pessoa para fim de exploração sexual

O tráfico de pessoa é uma situação bastante comum, no qual pode ser nacional ou internacional. É algo que acontece com mais frequência com garotas ou até mesmo garotos, que tem o sonho de virar modelo, no qual as pessoas se aproveitam deste sonho e muitas vezes criam agências de modelo falsas, prometendo um mundo de sucesso e acabam usando essas pessoas no meio da exploração sexual, podendo ser conhecido como o famoso book rosa ou book azul. Existem sites de modelos, onde as pessoas fazem inscrições e tem que morar no local onde a agência funciona, muitas pessoas inocentes e até por meio da emoção de realizar o sonho acabam caindo e se inscrevendo, chegando lá ocorre o tráfico de pessoas para exercerem atividades sexuais, podendo até serem levados para fora do país e com isso se tem o comércio destas pessoas, que são compradas como se fossem mercadorias para trabalhar em casas de prostituição ou participarem de sites de prostituição. Segundo o Código Penal Brasileiro,

traficar pessoas para fim de exploração sexual nacional ou internacionalmente é crime, juntamente com a criação de casa de prostituição, podendo ser criminalizado através dos artigos 231. (Promover ou facilitar a entrada, no território nacional, de alguém que nele venha a exercer a prostituição ou outra forma de exploração sexual, ou saída de alguém que vá exercê-la no estrangeiro); 231 – A. (Promover ou facilitar o deslocamento de alguém dentro do território nacional para o exercício da prostituição ou outra forma de exploração sexual); 229. (Manter, por conta própria ou de terceiro, estabelecimento em que ocorra exploração sexual, haja, ou não, intuito de lucro ou mediação direta do proprietário ou gerente).

1.4 Crimes contra a propriedade imaterial

Estes crimes são frequentes na internet, pois tem grande propagação pela facilidade de compartilhamento, transmissão de dados. Enquadra-se nesta categoria o crime de direito autoral, sendo ele um dos mais praticados.

A violação de direito autoral ocorre com grande agilidade, pois os famosos downloads, com minutos conseguem fazer a distribuição de arquivos sejam livros, filmes, músicas, vídeos ou programas, este crime é tão banal na rede que é praticado internacionalmente.

No ano de 2015, foi retirado do ar pela Polícia Federal brasileira o famoso site Mega Filmes HD, que disponibilizava filmes e séries online, por ordem da Justiça Federal o site foi retirado do ar e o casal que o mantinha foi preso. Segundo a matéria “Site de pirataria Mega Filmes HD sai do ar e internautas lamentam: 'Luto’” (2015) realizada pelo globo.com

Para acessar um dos 150 mil arquivos disponibilizados na página o usuário tinha que clicar em pelo menos três anúncios. Era dessa forma que os donos do Mega Filmes HD eram remunerados. Segundo investigações da PF, o casal lucrava cerca de R\$ 70 mil por mês com o site, que chegava a ter 60 milhões de visitantes no período.

Além de ser conhecido conforme a matéria como “o maior site de pirataria da América Latina”, as investigações da Polícia Federal procuram pela desativação de sites como este, o que apesar de tornar uma boa parte da população insatisfeita serve como demonstração de que a internet não é uma terra totalmente sem lei como dizem e mostra a preocupação estatal.

É importante ressaltar que os crimes acima, se enquadram na definição de James Nogueira Bueno como “crime virtual comum”, pois eles utilizam da internet como instrumento para sua prática, existindo fora dela também a prática destes.

2. Crimes que atingem o sistema de informática

Nesta categoria se enquadram os crimes de invasão de computadores, uso dos famosos vírus, quebras e modificações de softwares, ações sem acesso autorizado, são praticadas pelos chamados hackers, neste caso a rede é utilizada como método para a violação e não como meio para cometer um ato que pela lei já é ilícito.

Previsto no artigo 154- A do CP trata da invasão de dispositivo informático, em seu caput proíbe

Invadir dispositivo alheio, conectado ou não a rede computadores, mediante violação indevida de mecanismo de segurança e com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita.

Sob pena de detenção de três meses a um ano e multa, além de possuir maiores penas nos casos de resultar em prejuízo econômico, de obter através da invasão informações sigilosas, e no caso de divulgação das informações sigilosas a pena é agravada assim como nos casos do §5º.

É intensa a quantidade de pessoas que tem seus computadores invadidos pelos chamados malwares (programas prejudiciais), eles estão bem escondidos em sites, e-mails e anexos na internet, geralmente são páginas que aparentam serem seguras, todavia, assim que acessadas o programa começa a agir, muitos desses copiam todos os dados do computador e impede através de criptografia o acesso das vítimas que terminam por perder todos os seus dados e arquivos.

O comércio online também é vítima dos crimes virtuais, um dos golpes funciona da seguinte forma, o comprador segue com a compra normalmente, porém ao finaliza-la no momento do download da guia de pagamento um vírus entra em ação e modifica o código de barras da loja para o de uma conta bancária de um dos bandidos, para evitar situações como esta é necessária maior atenção do consumidor aos dados apresentados pelo site de compras, é necessário conferir se estão de acordo com os do site e loja evitando problemas com o pagamento de compras online.

É essencial ressaltar que os crimes citados acima e outros que pela extensão não puderam ser tratados ferem não somente as leis e códigos específicos, mas a Constituição Federal no artigo 5º em seu caput que assegura o direito à vida, a liberdade, a igualdade, a segurança e a propriedade. No inciso X(assegurada à inviolabilidade da intimidade, honra, vida privada e imagem das pessoas), e outros do mesmo artigo são igualmente violados pelos crimes virtuais. E que existem outras leis que cuidam de assuntos relacionados como a Lei 12.737/12 conhecida com lei Carolina Dieckmann que tipifica crimes informáticos baseando-se no Código penal artigo 154-A.

Conclusão

A internet é um grande banco de dados o que serve como divulgação de informação e meio de comunicação se usada da forma adequada, quando de forma inadequada acaba gerando diversos problemas, pois pode ser um meio/ método para atividades criminosas que é auxiliada pela grande disseminação e distorção da liberdade de expressão em meio à rede, um efeito negativo trazido pela globalização.

No Brasil os crimes cibernéticos estão sendo tratados com mais seriedade, e a legislação tenta acompanhar o crescimento deles em busca da punição dos culpados por estes crimes a própria população passa a ajudar, exemplo são comentários discriminatórios em redes sociais que logo são denunciados o que expõe a solidariedade com o próximo.

Podendo assim ver um avanço legislativo mesmo que não compatível com o dos delitos, procura adequar-se a realidade criminal.

Referências

BRASIL Portal. **Leis que garantem punição para crimes na internet são sancionadas.** [S.I]: Portal Brasil, 2012. Disponível em:<<http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2012/12/leis-que-garantem-punicao-para-crimes-na-internet-sao-sancionadas>>. Acesso em: 07 jul. 2017.

BRASIL. **Código Penal.** Vade Mecum Saraiva/ obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Livia Céspedes e Fabiana Dias da Rocha. -23, ed. Atual. e ampl.- São Paulo: Saraiva, 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** (1988), 22ª ed., São Paulo: Rideel, 2016.

BRASIL. **Lei nº 12.737, de 30 de novembro de 2012.** Dispõe sobre a tipificação criminal de delitos informáticos; altera o Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940- Código Penal; e dá outras providências. [S.I]: Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112737.htm>. Acesso em: 20 jul. 2017.

BRASIL. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014.** Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. [S.I]: Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm>. Acesso em: 08 jul. 2017.

BUENO, James Nogueira. **Crimes na Internet.** egov, 2015. [S.I]: Disponível em:<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/crimes_na_internet1.pdf>. Acesso em: 07 jul. 2017.

COSTA, Marcos Brant Gambier. **Ação penal nos crimes contra os costumes.** Jus.com, 2000. [S.I]: Disponível em:<<https://jus.com.br/artigos/1058/acao-penal-nos-crimes-contra-os-costumes>>. Acesso em: 16 jul. 2017.

FARIA, Thais Dumet. **Novas alterações nos crimes contra os costumes.** Direitonet, 2005. [S.I]: Disponível em:<<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2261/Novas-alteracoes-nos-crimes-contra-os-costumes>>. Acesso em: 16 jul. 2017.

GLOBO. **Site de pirataria Mega Filmes HD sai do ar e internautas lamentam: 'Luto'.** G1, Sorocaba e Jundiaí, 2015. [S.I]: Disponível em:<<http://g1.globo.com/sao-paulo/sorocaba-jundiai/noticia/2015/11/mega-filmes-hd-sai-do-ar-e-internautas-lamentam-luto.html>>. Acesso em: 13 jul.2017.

Gravidade dos crimes. Folha de S.Paulo, 31 mar. 2010. **Para entender Direito.** [S.I]: Disponível em:<<http://direito.folha.uol.com.br/blog/gravidade-dos-crimes>>. Acesso em: 17 jul. 2017.

LEAL, João. **Estupro e atentado violento ao pudor como crimes hediondos: desencontro entre a hermenêutica doutrinária e a jurisprudencial.** Direitonet, 2005. [S.I]: Disponível em:<<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/1909/Estupro-e-atentado-violento-ao-pudor-como-crimes-hediondos-desencontro-entre-a-hermeneutica-doutrinaria-e-a-jurisprudencial>>. Acesso em: 16 jul. 2017.

LEITE, Gisele. **Comentários sobre os crimes contra costumes.** [S.I]: Disponível em:<<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/11612-11612-1-PB.htm>>. Acesso: 16 jul. 2017.

MARCOCHI, Marcelo Amaral Colpaert. **Violência real e ficta nos crimes contra os costumes.** Jus.com, 11 fev. 2002. [S.I]: Disponível em:< <https://jus.com.br/artigos/3404/violencia-real-e-ficta-nos-crimes-contra-os-costumes/1>>. Acesso em: 16 jul. 2017

MENEZES FILHO, Silvio Alexandre de. **Dos Crimes Contra Costumes.** 2006. [S.I]: Disponível em:< <http://www.zemoleza.com.br/trabalho-academico/humanas/direito/dos-crimes-contra-o-costume/>>. Acesso em: 16 jul. 2017.

MORAES, Carla Roselma Athayde; GUIMARAES, Gustavo Miranda; SILVA, Priscilla Chantal Duarte; MARCHESANI, Silvana. **As ações linguístico-discursivas no discurso jurídico: uma visão sobre a imagem da mulher nos crimes contra os costumes do Código Penal.** Revista do gel, S. J. do Rio Preto, 2007. [S.I]: Disponível em:< <https://revistadogel.gel.org.br/rg/article/view/362/265>>. Acesso em: 16 jul. 2017.

ROCHA, Claudionor. **Atentado ao pudor.** Direitonet, 2003. [S.I]: Disponível em:< <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/1201/Atentado-ao-pudor>>. Acesso em: 16 jul. 2017.

VIANNA, Túlio Lima. **Dos Crimes pela Internet.** Alfa-redi, 2000. [S.I]: Disponível em:< www.alfa-redi.org/sites/default/files/articles/files/vianna.pdf>. Acesso em: 07 jul. 2017.

VIEIRA SEGUNDO, Luiz Carlos Furquim. **Comentários sobre o crime de estupro após o advento da Lei 12.015/09.** Direito Penal virtual. [S.I]: Disponível em:< <http://www.direitopenalvirtual.com.br/artigos/comentarios-sobre-o-crime-de-estupro-apos-o-advento-da-lei-12-01509>>. Acesso em: 16 jul. 2017.

DEZ ANOS DO PROGRAMA PACTO PELA VIDA NO ESTADO DE PERNAMBUCO: UMA ANÁLISE DA EFICÁCIA DO PROGRAMA NA CIDADE DE CARUARU

Luanna Steffanye Pereira da Silva ¹

Prof^a Msc. Paula Rocha

Resumo

Este trabalho apresenta resultados de uma pesquisa empírica e quantitativa, usando o método dialético, haja vista que se fundamenta na forma de interpretação contextualizada, a fim de identificar as políticas públicas de segurança e as políticas de segurança pública, qualificando-as, explicando-as e analisando sua real abrangência, fazendo um recorte temporal do ano de 2007 a 2016, um recorte de conteúdo e território, quanto ao conteúdo o trabalho se restringiu a estudar a atuação Programa Pacto pela Vida, que trata-se de uma política de segurança pública dentre as muitas existentes, portanto fora analisadas as estratégias no combate a redução dos denominados “Crimes Violentos Letais Intencionais” (CVLI), no Estado de Pernambuco, recebendo a cidade de Caruaru um alcance de detalhes maior. Todo o projeto fora apresentado através do Plano Estadual de Segurança Pública (PESP-2007), fonte primária do objeto de estudo. O objeto de pesquisa científica envolve o processo de redução da criminalização praticada no Estado. Para concretizar o raciocínio da linha de pesquisa, fora utilizado também, o método indutivo, vez que foi analisado minuciosamente todas as ações com o intuito de analisar os motivos que originaram o insucesso do Pacto pela Vida e se ainda existem possibilidades concretas de uma repactuação e qual a decorrência lógica de suas consequências.

Palavras chaves: Segurança Pública; Violência; Pacto Pela Vida; Crimes Violentos.

Introdução

Pernambuco entrou no século XXI intitulado como o Estado mais violento do país, sua taxa de 54 homicídios em 100 mil habitantes duplicava o índice nacional. Conforme o mapa da violência relata, até o ano de 2001 os índices de homicídio só aumentaram; de 1994 a 2001 os homicídios aumentaram 7,7% ao ano. Todavia, no terceiro período referente à 2001/2007 os índices passaram a diminuir de forma pouco satisfatória, tendo apenas a região metropolitana como a única região a apresentar uma diminuição relevante em relação aos outros períodos e demais regiões, o que se levou a concluir que, o Estado permanecia numa crítica situação no que dizia respeito à Segurança Pública.

Em decorrência desse caótico cenário de violência, fora implantada no Estado de Pernambuco a Política Pública de Segurança, denominada Pacto Pela Vida (PPV), objeto de

1 Graduada no curso de Direito – ASCES-UNITA.

estudo do presente trabalho. Nessa seara, fora apresentado no primeiro capítulo deste trabalho um breve relato histórico do surgimento do PPV, bem como suas metas e estratégias traçadas inicialmente no Plano Estadual de Segurança Pública (PESP).

Em seguinte, no segundo capítulo deste trabalho, fora realizado uma pesquisa empírica e quantitativa através dos Boletins Trimestrais disponibilizados no mapa da violência. Sendo estatisticamente analisados todos os Crimes Violentos Letais Intencionais atentados no Estado de Pernambuco, enfatizando a cidade de Caruaru, com objetivo específico de concluir a efetividade do PPV.

E por fim, no terceiro capítulo do presente trabalho, como conclusão das análises das estatísticas, fora explanado acerca do arrefecimento do Pacto Pela Vida, apontando suas principais falhas e comprovando por todos os meios de pesquisa utilizada, que de fato, o PPV não produz mais efeito. Em contrapartida, fora apresentados possíveis meios para uma futura repactualização.

1. Breves Relatos Sobre o Nascimento Do Pacto Pela Vida

Em 2006, segundo o DATASUS/MS foram registrados 4.638 homicídios em Pernambuco, o que correspondia a 10% dos homicídios ocorridos em todo o país no referente ano. Apenas em 2007 há relatos de uma diminuição significativa em relação aos homicídios ocorridos no Estado. Foi decorrente dessa violência desenfreada que assombrava Pernambuco que o Programa Pacto Pela Vida surgiu. (DATASUS, 2006).

O Pacto Pela Vida trata-se de uma política de segurança pública estadual, aprovada democraticamente pelo Fórum Estadual de Segurança Pública, efetivada por um conjunto de ações coordenadas, transversais e planejadas, baseada em um modelo de gestão que prevê o monitoramento permanente das ações e resultados, criado pelo Ex. Governador, do Estado de Pernambuco, Eduardo Campos, em seu primeiro mandato no ano de 2007. (Plano Estadual de Segurança Pública a de Pernambuco, 2007).

Tomou como base o observatório na Colômbia, inclusive parte da equipe que estava engajada no projeto foi à capital Colombiana (Bogotá) para conhecer de perto o observatório implementado no governo de Mockus e Hugo Acero durante a década de 90, modelo esse que fez a liame das ações repressivas e preventivas (prevenção social) juntamente com a força policial, este mesmo observatório também é utilizado como modelo em Nova York -EUA. Os resultados iniciais do PPV são melhores que os obtidos em Nova Iorque, após os primeiros

quatro anos do programa Tolerância Zero, e Bogotá, depois de quatro anos do programa Segurança Cidadã. (SILVA, 2013).

O PPV surgiu na eminência de um Estado caótico, fracassado e assustadoramente violento. Inicialmente foram realizadas pesquisas minuciosas por regiões e contratados profissionais especializados de acordo com as áreas deficitárias. Após análise isolada das regiões são apresentados os diagnósticos, e somente então, criavam-se as estratégias de combate através do Plano Estadual de Segurança Pública (PESP-PE). (CLARISSA GALVÃO, 2014).

Com isso, fora criado o fórum Estadual de segurança pública constituído com as câmaras técnicas e plenários, ao todo foram instituídas 16 câmaras organizada por temáticas.

Em seu bojo, foram apresentadas metas prioritárias à redução progressiva das ocorrências dos crimes violentos letais intencionais (CVLI) que são os homicídios dolosos, latrocínios (roubos seguidos de morte) e lesões corporais seguidas de morte e os crimes violentos contra o patrimônio (CVP), ou seja, assalto, roubo, furto, porém, desde já, vale salientar que o Pacto priorizou os CVLIS, decorrentes dos elevados índices de letalidade no Estado de Pernambuco e os CVP ficaram para um segundo momento.

O Pacto não propendia apenas diminuir, mas sim erradicar a violência, dessa forma fora estabelecida a meta dos 12% (doze por cento) ao ano, ou seja, todos os anos eram cobrados que os índices de CVLIs diminuíssem 12% (doze por cento) de forma gradativa. Por isso, para um sucesso mais preciso e como incentivo à força Policial Militar e Civil do Estado fora criada a Lei nº 14.024/10, alterada posteriormente pela Lei 14.319/11, que garantiu uma gratificação extra semanalmente aos policiais que conseguissem bater as metas. (RATTON,2014, p 13).

O Pacto foi norteado por múltiplos desafios, como o de proporcionar uma maior interação com a sociedade e quebrar o tabu de que a violência só é combatida com a repressão, foi um desafio elaborar medidas preventivas sem usar exclusivamente a força policial e manter uma repressão qualificada, sem mortes, sem escandalizar e sem discriminar qualquer classe que estivesse envolvida na ação. Com essa premissa, antes do Pacto entrar em vigor foi reunido gente de todas as áreas, a sociedade civil, Polícia militar, Ministério Público, representantes das organizações, entre outros órgãos e secretarias, tendo, portanto, no campo teórico, uma ideia bem democrática. Havendo já de início uma conexão entre a polícia civil e militar para a desarticulação de grupos de extermínio e grupos criminosos que agiam fortemente no Estado, tornando-se responsáveis por uma grande elevação no índice de homicídio. (RATTON,2014, p 14).

O programa foi cogitado, preparado e colocado em prática, fora estabelecido o reconhecimento por meio da meritocracia para as policias, ou seja, cumpriam-se as metas

designadas em troca de recompensa; as reuniões periódicas foram mantidas e foi conseguido estabelecer um relato completo quantitativo dos crimes que ocorriam no Estado de Pernambuco, ou seja, sabia-se o nome das vítimas, paternidade, faixa etária, cor, gênero, classe social, local do crime, horário do crime, meio executório utilizado para prática do crime, porém não se sabia a motivação qualitativa, o porquê de o crime ter ocorrido. (RATTON, 2010).

2. Uma Análise Dos Crimes Violentos Letais Intencionais (CVLIs) em Pernambuco, Com Especificidade à Cidade de Caruaru.

Numa análise histórica dos homicídios que vieram a ocorrer no Estado, pode-se observar que Pernambuco por muito tempo fora classificado de acordo com os indicadores como o Estado mais violento do país, chegando há 58 homicídios a cada 100 mil habitantes. (MAPA DA VIOLÊNCIA, 2012)

Numa análise histórica dos homicídios que vieram a ocorrer no Estado, pode-se observar que Pernambuco por muito tempo fora classificado, de acordo com os indicadores, como o Estado mais violento do país, chegando a ter 58 homicídios a cada 100 mil habitantes. (MAPA DA VIOLÊNCIA, 2012)

O mapa da violência faz um recorte temporal anual para expor o índice dos homicídios ocorridos do Estado. Iniciando uma análise retrógrada das décadas de 80 e 90, já que foram as primeiras décadas mapeadas com os indicadores de homicídios, o índice de mortalidade nesse período jazia acima do nacional, com crescimento de 4,7% ao ano (a.a) e com isso assentava Pernambuco no quinto lugar em ranking dos estados mais violentos do país. (MAPA DA VIOLÊNCIA, 2012)

Os períodos correspondentes a 1994 a 2001 apresentara um acréscimo significativo nos indicadores, com 7,7 % a.a, permanecia 3,9% acima da média nacional, deixando Pernambuco em primeiro lugar no hanking do Estado mais violento do país. Analisando isoladamente as regiões metropolitanas (RM) e as cidades do interior, verifica-se que nas RM os índices de homicídio duplicavam em relação ao interior do Estado. (MAPA DA VIOLÊNCIA, 2012)

Os indicadores permaneciam oscilando sempre para uma margem maior até meados do ano 2007, onde os índices dos CVLIs começaram a melhorar após a implantação do Pacto Pela Vida. Uma redução quase que irrisória, de 1,7% ao ano, quase a mesma quantidade do declínio nacional que fora de 1,6% a.a, conquanto, havia uma diminuição significativa nas regiões metropolitanas de 2,8 %, já no interior o descimento fora quase que insignificante 0,8% (MAPA DA VIOLÊNCIA, 2012).

Com a implantação do PPV em 2007 e a existência dos diagnósticos, passou-se a serem publicados os boletins trimestrais da conjuntura criminal contendo detalhadamente todos os CVLIs ocorridos no Estado, vez que o Programa partiu da premissa de redução de 12% ao ano de CVLIs, sendo, portanto, necessário um maior controle acerca desses indicadores.

O primeiro boletim trimestral publicado pela Secretaria de Defesa Social (SDS) fora referente ao ano de 2006 e início de 2007. Podemos metaforicamente comparar o PPV a um adolescente, nasceu, e inicialmente tomou seu lugar no tempo à passos lentos, com reduções não muito satisfatórias inicialmente de apenas 1%, mas significativas a ponto de evidenciar que ali criara-se um Projeto que daria certo, contudo, ao fim deste trabalho, as estatísticas nos mostrará que o PPV quando conseguiu andar por conta própria, na ânsia de chegar ao topo mais rápido, despencou bruscamente.

Todavia, apesar da diminuição, mesmo que irrisória, há divergências de aumento e diminuição dos CVLIs em todo o Estado, por exemplo, na região da Mata Sul houve um aumento de quase 25,9% de CVLIs comparados ao ano de 2006, onde foram registrados 340 homicídios em contrapartida 428 no ano seguinte. Nos sertões do Moxodó, Araripe e Central também fora constatado aumento no ano de 2007 em relação ao ano de 2006. (Boletim Trimestral 4º Trimestre, 2007)

Em análise restrita a Caruaru, o PPV obteve bons resultados no seu primeiro ano, vez que o mês de janeiro de 2007 ocorrera 19 homicídios, sendo o mês mais violento do ano, coincidindo também com o mês mais violento de todo o Estado. (SDS – PE, 2007)

O ano de 2008 fora então um ano de suma importância para o PPV, porquanto fora um dos primeiros índices divulgados após a efetivação do Programa. Na capital do agreste foram registrados 161 homicídios no referido ano, numa comparação geral registraram-se 4.531 CVLIs em todo o Estado, comparado ao mesmo período do ano anterior houve uma leve redução nos indicadores de CVLIs. Em contrapartida, essa frágil diminuição foi um tanto quanto controversa no cenário Caruaruense, que teve um dos meses mais violentos, foram registrados 24 homicídios em maio de 2008, quase que o dobro de homicídios diagnosticados nesse mesmo mês do ano anterior. (SDS, 2008)

No terceiro ano do PPV, foram registrados 4.016 homicídios em todo o Estado, ou seja, os indicadores provaram que mesmo de forma lenta os CVLIs em Pernambuco estavam diminuindo. Porém, Caruaru ainda não conseguira se destacar no ranking, as regiões metropolitanas permaneciam à frente com uma significativa redução de CVLIs. (SDS, 2009)

Em Caruaru no ano de 2009 foram registrados 133 CVLIS, os três primeiros semestres se conservaram sem nenhum resultado expressivo, consecutivamente na mesma faixa de 11 a

15 CVLIs por mês. Porém, no quarto semestre fora registrado uma diminuição razoável, ficando a cidade numa faixa de 5 a 9 CVLIs por mês. (SDS, 2009)

Foi o ano que apresentou o quarto semestre mais tranquilo desde a vigência do PPV até a decretação de sua morte, diagnosticados 21 homicídios. Nenhum latrocínio e nenhuma lesão corporal foram registrados. (Boletim Trimestral 4º Trimestre, 2009).

Tabela 1 – Número de vítimas e taxa de criminalidade violenta letal e intencional em Pernambuco, segundo tamanho de população - 2008/2009

Tamanho de População e Município	Vítimas de CVLI				Taxa de CVLI ⁽¹⁾			
	Jan a Dez 2008	Jan a Dez 2009 ⁽²⁾	Diferença		Jan a Dez 2008	Jan a Dez 2009	Diferença	
			Absoluta	%			Absoluta	%
Até 20 mil hab.	408	436	28	6,86	34,56	36,73	2,17	6,28
Mais de 20 mil a 50 mil hab.	772	748	-24	-3,11	41,94	40,37	-1,57	-3,74
Mais de 50 mil a 100 mil hab.	720	658	-62	-8,61	47,91	43,39	-4,52	-9,43
Mais de 100 mil hab.	2.631	2.173	-458	-17,41	64,54	52,51	-12,03	-18,64
Cabo de Santo Agostinho	172	131	-41	-23,84	104,17	78,58	-25,59	-24,57
Camaragibe	67	56	-11	-16,42	48,60	40,27	-8,33	-17,14
Caruaru	161	133	-28	-17,39	54,34	44,02	-10,32	-18,99
Garanhuns	79	40	-39	-49,37	62,50	31,36	-31,14	-49,82
Jaboatão dos Guararapes	505	434	-71	-14,06	74,00	62,33	-11,67	-15,77
Olinda	270	246	-24	-8,89	68,18	61,54	-6,64	-9,74
Paulista	177	154	-23	-12,99	55,91	47,51	-8,40	-15,02
Petrolina	134	88	-46	-34,33	48,05	30,60	-17,45	-36,32
Recife	979	818	-161	-16,45	62,95	52,01	-10,94	-17,38
Vitória de Santo Antão	87	73	-14	-16,09	71,36	59,60	-11,76	-16,48
Pernambuco	4.531	4.016	-515	-11,37	52,68	46,19	-6,49	-12,32

Fonte: SDS - Infopol.

Elaboração: Agência CONDEPE/FIDEM.

(1) Em 100 mil habitantes.

(2) Inclusive os CVLI ocorridos em municípios não informados.

Fonte: Boletim Trimestral Da Conjuntura Criminal Em Pernambuco, 2009.

O ano de 2010 fora um ano glorioso para o PPV, vez que apresentara uma significativa redução, os CVLIs caíram de 4.595 no início do programa para 3.495 em 2010, tendo, portanto um decréscimo de CVLIs de quase 31% em quatro anos de vigência. Em Caruaru, o primeiro semestre atingiu uma diminuição expressiva dos homicídios, por exemplo, em maio de 2008 foram computados 24 assassinatos, nesse mesmo período em 2009 fora registrados 11 homicídios, uma redução de 54,16%, mas, em 2010 esses indicadores caíram 79%, registrados apenas 05 CVLIs. (BCC, 2010)

Entretanto, no segundo semestre a redução permaneceu, porém não tão expressiva, em outubro de 2010 os homicídios em Caruaru triplicaram em relação ao mesmo período de 2009. Foram registrados 125 homicídios em toda a cidade, permanecendo, portanto, uma diminuição de 9% em relação ao ano anterior.

No ano de 2011, em Pernambuco no primeiro trimestre houve uma sequência considerável na redução de CVLIs em algumas regiões, em contrapartida houve uma sequência de acréscimos em outras regiões do Estado. Em caruaru, o primeiro trimestre apresentou diminuição no mês de março em relação ao mesmo período de 2010, foram 07 homicídios contra 14 no ano anterior. Porém, no mês de maio de 2010 foram registrados apenas 05

homicídios e nesse mesmo período no ano seguinte foram computados 22 homicídios, no geral houve uma redução nos indicadores, mas não de forma uniforme. (BCC-PE, 2011).

O índice de CVLIs em Pernambuco diminuiu em 2011, caiu de 3.508 para 3.506 CVLIs, em percentual não chega a corresponder um decréscimo de 0,5%, porém em Caruaru houve um resultado divergente, ao invés de apresentar uma diminuição houve um aumento de mais de 18%, foram 125 homicídios em 2010 contra 151 homicídios e 01 latrocínio em 2011. Em suma, até agora podemos observar que o PPV desde sua existência não conseguiu cumprir seus objetivos principais, a redução gradativas dos 12% e a redução múltipla em todas as regiões. (SDS, 2011)

Em 2012, observar-se-á ainda um decréscimo nos CVLIs ocorridos no Estado. Foram registradas 3.320 mortes em todo o Estado, uma diminuição de 8,8% em relação ao mesmo período no ano anterior.

Foram analisados também no período de 2012 os policiais que foram vítimas de CVLIs em serviço e as vítimas que morreram em confronto com a polícia. Os sertões de Itaparica e do Araripe não registraram policial vítima de CVLI nos anos de 2011 e de 2012. Caruaru, por vez, registrou um homicídio decorrente de intervenção policial e dois policiais vítimas de CVLIs. A região metropolitana conquanto, abrochou no topo do ranking da região que mais matam policiais e com o maior número de vítimas decorrentes da intervenção policial. (SDS, 2012)

O ano de 2013 foi um período de grandes oscilações em relação às taxas de CVLIS em Caruaru, o primeiro trimestre fora registrado como o semestre mais violento desde a eficácia do PPV, foram 50 homicídios e 01 lesão corporal grave seguida de morte. O segundo trimestre apresentou uma redução um pouco mais satisfatória em relação ao período igual do ano anterior, foram diagnosticados 28 CVLIs, o terceiro trimestre em compensação foi o período mais baixo de toda a existência do PPV, no mês de julho foram registrados apenas 02 homicídios. Em contrapartida o mês de outubro no quarto trimestre foi o mês mais violento desde 2007, com apontamento de 24 CVLIs. (SDS, 2013)

Apesar de toda essa oscilação no sexto ano do PPV, o Programa ainda permanecia vivo e produzindo efeitos. Nos três primeiros trimestres de 2013 houve uma redução equivalente a 17,73% em todo o Estado, e veio a suportar uma elevação de 16,56% no último trimestre do ano anterior de 7,61 para 8,87 por 100 mil habitantes, ainda assim, mantivera uma diminuição em relação ao ano de 2012. (BCC, 2013)

Observando os trimestres apenas na cidade de Caruaru do ano de 2014, os três primeiros trimestres se mantiveram em consonância com os anos anteriores, numa média de 8 a 15 CVLIs

por mês, entretanto o quarto trimestre apresentou 43 CVLIs, fugindo portanto da estimativa padrão dos iguais períodos anteriores. (SDS, 2014)

O ano de 2014 nos três primeiros trimestre não mostrou resultados favoráveis em relação aos anos anteriores no igual período, o primeiro trimestre foi inferior ao mesmo período de 2013, todavia o segundo e o terceiro semestre foram maiores que os do mesmo trimestre do ano anterior. Não foram divulgados os dados do quarto trimestre no Boletim de Conjuntura Criminal - PE. Foram comutados 3.434 CVLIs em todo o Estado. (BBC, 2014)

No ano de 2015 o cenário caruaruense mudou drasticamente conforme os dados publicados pelo SDS-PE-2015, todos os semestres apresentaram aumento significativo nas taxas de CVLI, os meses de abril e agosto foram registrados 24 homicídios em cada, esse número só tinha ocorrido uma vez em toda a história do PPV, no mês de outubro de 2013. Em Caruaru foram registrados 204 CVLIs, 45 no primeiro trimestre, 60 no segundo trimestre, 50 no terceiro trimestre e 49 no quarto trimestre, foi o ano com a taxa de CVLI mais alta desde a elaboração do PPV em 2007. (BCC, 2015)

O ano de 2016 fora ainda pior, registrou 225 CVLIs, sendo 218 homicídios e 05 latrocínios, o primeiro trimestre em Caruaru começou com os números de CVLIs maiores que o trimestre do ano anterior, com uma ressalva ao mês de fevereiro que caiu de 13 (treze) para 11 (onze), o segundo trimestre houve uma redução de 02 (dois) casos apenas em relação ao ano anterior, mas teve um aumento de 19 (dezenove) casas em relação ao mesmo período do ano de 2014 e de 22 (vinte e dois) casos em relação a igual trimestre em 2013. (BBC, 2016)

O Boletim de conjuntura criminal constatou que nos anos de 2015 e 2016 houve uma progressão na taxa de CVLI em quase todas as regiões, ficando Caruaru com a segunda posição no ranking da cidade com mais de 100 mil habitantes, das taxas de CVLIs no acumulado do primeiro semestre de 2016, apresentando um acréscimo de 29,21% por 100 mil habitantes, o ano encerrou registrando 4.479 CVLIs, ou seja, um acréscimo de 68% em relação aos indicadores do primeiro ano do PPV. (BCC, 2016).

3. O Arrefecimento do Programa Pacto Pela Vida

O Paco Pela Vida surgiu na iminência de um estado de violência alarmante e assustadora. Sabe-se que Pernambuco se manteve no topo dos indicadores sociais por um bom tempo saturando o título de um dos Estados mais violentos do país. Entre os anos de 2000 a 2004 Pernambuco registrou 22.038 vítimas de homicídios, ficando atrás apenas de São Paulo e Rio de Janeiro como o Estado mais violento do país. (Mapa da Violência, 2006)

Bem certo é que o PPV sofreu alterações desde seu nascimento até seu arrefecimento. Em análise suprimida das estatísticas, até o ano de 2014 o Programa mostrou resultados favoráveis no contexto geral ou pelo menos se mostrou ativo, porém, nos últimos dois anos Pernambuco vivenciou o declínio do PPV. Importante salientar que, o único ano que o programa conseguiu reduzir sua meta inicial dos 12% ao ano sobre os homicídios fora em 2010, quando houve menos 523 mortes em relação ao ano de 2009, e se instalou na sexta posição no ranking nacional dos Estados com maior taxa de homicídio, com 39,3%. (Mapa da Violência, 2011)

De 2005 a 2007 Pernambuco registrou 13.341 vítimas de homicídio, o primeiro ano do PPV foi o ano com mais mortes desde 2001. Entretanto de 2008 a 2014 o Estado apresentou um decréscimo considerável, se comparar a quantidade de homicídios de 2001; os homicídios praticados em 2010 observar-se-á um decréscimo de 1.252 vítimas, o que constata uma redução de 26,65%. No ano de 2011 Pernambuco surge na classificação das taxas de homicídio (por 100 mil) na população total em quinto lugar no ranking nacional. Baseado nesses dados conclui-se que o PPV conseguiu produzir resultados positivos, muito embora não tenha alcançado a meta dos 12%, todavia não ficou estagnada no tempo sem trazer a Pernambuco nenhuma melhoria. (Mapa da Violência, 2014)

Podem-se analisar claramente os primeiros sinais do arrefecimento do PPV nos anos de 2014 e seguintes, quando os índices de redução dos CVLIs deixam de ser consideráveis. Esses dados são notados gritantemente na capital do agreste, quando nos anos de 2015 e 2016 o caos se instalou, foram registrados 204 CVLIs no ano de 2015, e 103 apenas no primeiro semestre de 2016. Em todo o Estado foram registrados em 2016, 4.380 CVLIs, o maior índice de homicídios desde 2009, marca esta que afirma a necessidade de ajuste do PPV e externisa seu arrefecimento. (SDS, 2016)

O primeiro erro a se apontar ao PPV é a meta estipulada para combater os CVLIs, o que deixa sempre a incógnita de qual fora o fundamento utilizado para justificar a existência da meta de 12% ao ano, nunca fora explicado a origem e o porquê dessa meta exatamente. Até porque, desde a vigência do Pacto, com exceção ao ano de 2010, todos os outros anos a redução nos CVLIs não chegou a 6%. Se o programa foi planejado, elaborado e criado com base em estudos e estatísticas da violência desenfreada que cercava o Estado, subtende-se que essa porcentagem de 12% deveria ter uma explicação coerente e relacionada aos estudos realizados para a implantação do PPV.

Outro questionamento a respeito do PPV é que fora pensado em combater os Crimes Violentos Letais Intencionais (CVLI) e os Crimes Violentos Contra o Patrimônio (CVP), entretanto o programa se preocupou apenas com os CVLIs, deixando totalmente abandonado o

projeto em relação aos CVPs, que só vieram a ser registrados quando em decorrência do roubo ocorria homicídio que ficara constatado como latrocínio e conseqüentemente entrava no rol dos CVLIs.

Ademais, questiona-se a forma de diagnosticar a violência no Estado, o PPV fora muito feliz na execução do seu plano no que diz respeito ao estudo quantitativo, sabia-se com precisão a quantidade de mortes, o tipo de arma, o gênero da vítima e a idade e no último ano passou a registrar-se a cor de pele das vítimas e o horário que os CVLIs eram praticados, porém observar-se-á que o estudo apenas quantitativo por hora se fez eficiente, entretanto tornou-se deficiente, é praticamente inviável sanar um problema sem o diagnóstico completo, qual seja o estudo qualitativo, não se descobriu a origem desses homicídios, não conseguiu alcançar verdadeiramente a raiz do problema, a motivação daqueles crimes.

O pacto Pela Vida prendeu muito, mas prendeu mal, o papel repressivo se sobrepôs ao preventivo, no Plano Estadual de Segurança Pública (PESP-2007) a intenção fora sempre criar políticas públicas de segurança e políticas de segurança pública, o que infelizmente não se efetivou, faltou à priorização do sistema de medida sócio educativa. A precariedade prisional permanece, a qualidade de vida e a dignidade humana oferecida a sociedade carcerária são mínimas e, em muitos casos, inexistentes. Um exemplo claro é a Penitenciária juiz Plácido de Souza do município de Caruaru que tem capacidade para 380 presos e atualmente tem quase 2.000 presidiários. (Diagnóstico das Propostas, Ministério da Justiça, 2016)

Houve pouco investimento em segurança pública, não em armas, em efetivos, mas em tecnologia, no investimento sentido estrito, voltados para a prevenção e controle do crimes. Os policias poderiam ter acessos mais modernos, um auxílio tecnológico diferenciado para atuar no campo preventivo. (RATTON, 2016)

No ano de 2016 o mentor do PPV, José Luiz Ratton, declarou a morte do Programa em uma entrevista, apresentando várias falhas na condução do PPV, uma delas em relação à gestão municipal, justificou que as policias civis e militares são de competência estadual, mas nada impede que as prefeituras não criem políticas públicas para prevenção, que reforcem a iluminação pública, o monitoramento eletrônico, a guarda municipal, Ratton 2016, fala sobre a atuação dos prefeitos na segurança pública:

Há uma combinação desastrosa de racionalidade de curto prazo e falta de imaginação. Por uma lado os gestores municipais fazem um cálculo racional perverso: como a Constituição estabelece que as policias são de responsabilidade estadual ou federal, os prefeitos preferem não fazer nada na área de segurança pública, para não serem responsabilizados por eventuais insucessos. Por outro lado os prefeitos não sabem o que fazer, pois acham que segurança pública é sinônimo de polícia. (Ratton 2016 – Diário de Pernambuco, 31ª edição).

Para solucionar o problema a respeito da atuação na segurança pública por parte da gestão municipal Ratton apresenta uma série de medidas que poderiam ser adotadas, como a criação de um observatório permanente, a criação de mediação de conflitos voltada para aqueles conflitos que possam evoluir na comunidade, e sugere um apoio aos que estão no sistema prisional, com a oportunidade de emprego, apoio psicológico e uma série de atividade com caráter pedagógico para incentivar o compromisso com a paz na comunidade e ainda vai além, sugere que o município promova um desconto no IPTU para incentivar a população a construir muros baixos e interajam entre si, e declara: “muros altos e condomínios fechados são sintomas do medo e geram insegurança e percepção de insegurança”. (RATTON, 2016)

Quanto à guarda municipal Ratton afirma que é necessária uma interação com a polícia militar e precisa de um efetivo capacitado e um maior incentivo pecuniário. Ratton: “Secretaria de segurança cidadã, segurança urbana e etc, são fundamentais como instancias de coordenação e de execução de políticas públicas de prevenção da violência. Mas não podem ser um mero efeito na administração municipal”. (RATTON, 2016).

Quando questionado sobre o que faltou no PPV, Ratton afirma que:

O pacto pela vida criou um modelo de governança integrado da atividade policial, voltado para a redução de crimes violentos (...) contudo, o pacto pela vida não conseguiu criar programas de prevenção de violência efetivos, com exceção do programa atitude. (...) O sistema de medida socioeducativa não foi priorizado, assim como o Sistema Prisional, que pouco mudou nos últimos anos. Por outro lado, se descontarmos os recursos gastos com o pessoal, houve pouco investimento, em sentido estrito, em Segurança Pública no Estado. Não estou falando de contratação de pessoal, viaturas, coletes ou armas. Falo de investimento em tecnologia voltada para a prevenção e o controle do crime, em formação policial permanente e diversificada, compatível com as novas realidades criminais e com o respeito aos direitos humanos, em programas de prevenção a violência com ampla cobertura. (...) O mesmo vale para as polícias, que poderiam ter bancos de dados mais sofisticados. O investimento em polícia científica em Pernambuco nos últimos anos foi muito aquém do necessário. E, finalmente faltou institucionalizar os avanços do Pacto Pela Vida. Faltou transformar os mecanismos de integração policial em projeto de Lei que permitiriam a fiscalização tanto do Ministério Público quanto da própria Assembleia Legislativa. E, fundamentalmente, faltou institucionalizar a incorporação, de forma permanente, das organizações da sociedade civil ao Pacto Pela Vida, através de um mecanismo auxiliar, que poderia ser um conselho, ou um Fórum Estadual de Segurança Pública, que acompanhasse e monitorasse a realização da Política Pública de Segurança do Estado. Infelizmente, o Pacto Pela Vida morreu, por todos estes motivos. É tarefa urgente reconstruí-lo, institucionalizando os avanços e aprendendo com os erros cometidos.

Ratton, ainda fala da falta de institucionalização das medidas criadas pelo Pacto, para uma possível reconstrução, seria necessária urgentemente a implantação de medidas preventivas, a utilização dos meios tecnológicos junto ao efetivo voltado para prevenção e controle do crime, institucionalizarem por meio de Lei as medidas acatadas para ingressarem

no PPV e de alguma forma buscar mecanismo para modificar externamente e internamente as unidades prisionais do Estado. (RATTON, 2016)

Em uma reportagem lançada pelo Diário de Pernambuco, José Maria Nóbrega também se posiciona a respeito do fracasso do PPV e afirma que tal insucesso tem a ver com a ausência do Ex Governador Eduardo Campos, nesse quesito político há divergência em relação a justificar a inércia do PPV com a ausência do Ex Governado que estava à frente do programa no momento de sua criação. (Diário de Pernambuco, 2016).

Conclusão

Os resultados apresentados no presente trabalho demonstram que Pernambuco vem desenvolvendo um notável esforço de organização e articulação de suas forças de Segurança Pública. Inicialmente resta comprovado que o Pacto Pela Vida obteve resultados satisfatórios, todavia, nunca conseguiu de fato obter os indicies traçados inicialmente no Plano Estadual De Segurança Pública de Pernambuco.

Numa análise aprofundada das estatísticas disponibilizadas pelas plataformas das conjecturas criminais, O PPV obteve uma série de falhas gritantes. Trata-se de um projeto muito bem intencionada, todavia, não conseguiu colocar em prática todas as metas e estratégias baseadas nos diagnósticos regionais. Um dos mais gritantes erros e sem dúvidas um divisor de águas para o fracasso do Pacto fora o esquecimentos dos CVPs praticados no Estado.

O Pacto buscou quantificar, quantificaram demais, quantos homicídios, sexo das vítimas, idade, faixa etária, todavia, o diagnóstico principal não fora realizado, qual seja, a raiz do problema, a primava intencional por trás dos ataques, ora, como se pode criar estratégias para solucionar um problema sem ao menos saber a real motivação que levou a prática do crime?

Ademais, o Pacto prendeu muito e prendeu mal, deixou os reabilitados a mercê de uma sociedade escassa de oportunidade e transbordada de preconceito e intolerância. As unidades prisionais permanecem um caos, comportando números excessivo de detentos. As políticas realizadas para essa população foram insuficientes, ou até mesmo, em muitos casos, inexistentes, portanto incapazes de modificar o cenário de insegurança e garantir uma reabilitação adequada, tanto dos delinquentes quanto da sociedade em geral.

Sendo assim, em tese, tem-se um Programa que infelizmente surgiu na iminência de um estado caótico de violência e que se quer conseguiu implantar medidas socioeducativas capazes de preparar os cidadãos e os próprios delinquentes.

Com o gritante e assustador aumento nas taxas de CVLIs nos últimos dois anos e com a decretação do arrefecimento do Pacto pelo seu grande mentor Luiz Rattton no ano de 2016, o PPV é um instituto falido, muito embora, continua sendo acreditado pelo Governo do Estado, gerando despesas, instabilidade e revolta social.

As ideias, ações e estratégias criadas inicialmente pelo PESP-PE são válidas e de suma importância, porém ambiciosas, tanto que não foram implementadas em unanimidade. O Pacto precisa urgentemente de autoridades que tenham um olhar crítico e sensível para enfrentar a situação a qual Pernambuco se encontra. O PPV clama por uma repactualização.

No decorrer do trabalho realizou-se uma análise entre as taxas de CVLI em Pernambuco e isoladamente na cidade de Caruaru, portanto observa-se-ou que na maioria das vezes não havia uma simetria entre os índices do Estado como um todo e os índices apresentados na cidade.

A taxa de CVLI no Estado diminuía, porém na capital do agreste as taxas aumentavam. Eis aí um problema que deveria ser enfrentado pelo Pacto, precisa existir uma interação do Governo do Estado junto a todos os municípios, o PPV precisa alcançar a todos, não apenas regiões isoladas. Estatisticamente sabe-se que a região metropolitana necessita de uma atenção redobrada vez que tem a maior população e conseqüentemente os maiores índices de CVLI, entretanto, as outras regiões precisam ser alcançadas na mesma proporção, até porque o projeto inicial do PPV buscava proporcionar uma interação entre os órgãos da justiça, os municípios e os civis.

Portanto, conclui-se que o PPV é uma Política de Segurança Pública em situação crítica e que precisa urgentemente ser repactualizado. Necessário se faz uma nova forma de pensar e diagnosticar os homicídios praticados no Estado. O efetivo deve ser capacitado para todos os tipos de situação e as políticas repressivas precisam adequar-se aos mecanismos de ataque e na mesma proporção serem humanizadas.

Além o mais, a sociedade civil precisa ser também ressocializada, o Pacto só surtirá efeito quando passar a entender que. E sem pestanejar as políticas públicas de segurança precisam ser implantadas a curto e longo prazo, com a participação de todos os municípios, secretarias e todos os órgãos auxiliares da justiça, políticas essa que proporcionem a participação de todos os públicos e que garanta o exercício da cidadania de forma plena.

Referências

CAPPI, Carlo Crispim. Baiocchi; GUEDES, Flúvia Bezerra Bernard; SILVA, Vinícius Teles da. Importância da adoção de modelo único de contagem dos crimes violentos letais intencionais (CVLI). In: **Conjuntura Econômica Goiana**. Goiânia: Secretaria de Gestão e Planejamento do Estado de Goiás, n. 27, pp, 105-113, dezembro de 2013.

CASTRO, Mônica S. Monteiro de *et al.* **Regionalização como estratégia para a definição de políticas públicas de controle de homicídios**. Cad. Saúde Pública, Rio de Janeiro, 20(5): 1269-1280, set-out 2004. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/csp/v20n5/21.pdf>.

IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Aplicada. **Taxa de homicídios no Brasil atinge recorde em 2014**. 23 de mar. 2016. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=27412. Acesso em: 15 de outubro de 2016.

PERNAMBUCO. Governo do Estado de Pernambuco. Secretaria de Defesa Social. **Portaria nº 357**. Disciplina o uso de Categorias e Definições sobre a Motivação de Mortes Violentas Intencionais visando a consolidação de dados estatísticos. Disponível em: http://www.pm.pe.gov.br/c/document_library/get_file?p_1_id=13043&folderId=69851&name=DLFE-4126.pdf. Acesso em: 9 de agosto de 2016. Texto original.

_____. Secretaria de Gestão e Planejamento. **Pacto Pela Vida**. Disponível em: <http://www.seplag.pe.gov.br/web/ppv/pacto-pela-vida>. Acesso em: 09 de agosto de 2016.

RATTON, José Luiz; GALVÃO, Clarissa; FERNADEZ, Michelle. **O pacto pela vida e a redução de homicídios em Pernambuco**. Rio de Janeiro: Instituto Igarapé, Agosto de 2014. Disponível em: <https://igarape.org.br/wp-content/uploads/2014/07/artigo-8-p2.pdf>. Acesso em: 23 de setembro de 2016.

_____. **Mapa da Violência 2006: Os jovens do Brasil**. 1ª ed. Brasília: Organização dos Estados Ibero-Americanos para a Educação, a Ciência e a Cultura, 2006. Disponível em: <http://www.mapadaviolencia.org.br/publicacoes/Mapa2006.pdf>. Acesso em 3 de novembro de 2016.

_____. **Mapa da violência 2012: Os novos padrões da violência homicida no Brasil**. 1ª Ed. Brasília: Instituto Sangari, 2012. Disponível em: http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2012/mapa2012_pe.pdf. Acesso em 09 de agosto de 2016.

_____. **Ministério da Justiça**. Sistema penitenciário no Brasil: diagnóstico e propostas. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br/depen>>. Acesso em: 28 de janeiro. 2016.

_____. **Ministério da Saúde. DATASUS**. 2006. Disponível em: <http://w3.datasus.gov.br/datasus/datasus.php?area=359a1b375c2d0e0f359g19hijd212412M0N&VInclude=../site/infsaude.php>. Acesso: 09 de agosto de 2016.

MÍDIA E A AUTOTUTELA: A BANALIZAÇÃO DA VIDA

Janesson Marques Ferreira da Silva¹

Resumo

É perceptível que os profissionais da mídia tentam incitar as mais variáveis emoções em seus telespectadores para obter totalmente sua atenção e na luta surreal pela obtenção do lucro, certas demonstrações geram mais audiências do que outras. Por ser universal e poder atingir a todos, no topo da lista está a violência. Diante de tantos crimes violentos e com a sensação da impunidade, a exposição exacerbada de condutas criminosas passa a ser um problema na sociedade, o que provoca uma revolta social contra pessoas suspeitas de cometerem algum delito. O que ocasiona, novamente, a ideia de espetáculo através das penas e da vingança coletiva vivenciada séculos passados. A mídia, que possui nas veiculações das notícias diversas Garantias Constitucionais, vende a ideia de que a autotutela, que deve ser utilizada de forma excepcional, possa gradativamente ser considerada pelos cidadãos como uma forma de punição ao suspeito de cometer algum ilícito penal. Portanto, deve-se analisar a influência da mídia na esfera do Direito Penal como um dos fatores para a utilização da medida excepcional de resolução de conflitos em um Estado democrático de direito. A ampla divulgação da violência, em qualquer horário, combinado com as insatisfações da sociedade em um contexto de insegurança pode ser considerado como um “barril de pólvora” que a qualquer momento poderá explodir. Portanto, é necessário que se busque um equilíbrio pelo qual o Estado possa intervir e retome para si o *jus puniendi*, mantendo a imprensa livre sem que isso interfira nas garantias constitucionais da pessoa humana.

Palavras-chave: Mídia; Violência; Influência; Garantias constitucionais.

Introdução

O objetivo deste trabalho é analisar o fato de que, diante da ocorrência desenfreada de crimes cada vez mais violentos, a sociedade sente uma ausência da proteção estatal. É através dessa insegurança que a “justiça com as próprias mãos” vem tornando-se mais frequente e cada vez mais exposta pelos meios de comunicação e de interação social.

É nessa perspectiva que se sente a necessidade de um maior aprofundamento sobre o tema e verificar possíveis soluções para os problemas verificados, pois o Estado deve promover o direito à informação sem postergar os Direitos e Garantias Constitucionais inerentes aos cidadãos.

O presente artigo visa averiguar a influência da mídia na esfera do Direito Penal como fator importante para o uso exacerbado da autotutela, visto que é medida excepcional de resolução de conflitos na sociedade brasileira. Portanto, se chama a atenção para necessidade de se preservar e garantir a todos os cidadãos, os Direitos e Garantias individuais e coletivos, a

¹ Graduando em Direito pelo Centro Universitário Tabosa de Almeida (ASCES/Unita)

inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança, à propriedade e à paz social.

Em relação à metodologia utilizada, considera-se a adoção do método dialético, haja vista que as insatisfações constantes da sociedade para com o Estado ao eclodir diante de um contexto social de insegurança, impunidade e uma ênfase maior da mídia em casos de violência. Para elucidar o raciocínio da linha de pesquisa, será utilizado, igualmente, o método dedutivo, com o enfoque de analisar os motivos que originam o problema e quais as consequências lógicas de tais condutas.

Este artigo está dividido em três partes: na primeira será discutido a história das penas e o caráter exibicionista da punição até os dias atuais. Na segunda, por sua vez, a trajetória da mídia desde a ditadura civil-militar de 1964 até as garantias previstas na Constituição Federal de 1988, seja da imprensa e/ou da própria pessoa humana. Por fim, na terceira e última parte do trabalho será abordado a relação entre a superexposição da mídia sobre a temática violência e o aumento da autotutela por meio da sociedade como forma de punição, sendo obrigação do Estado intervir e tomar para si o *Jus puniendi*.

O tema escolhido e o artigo procura ter o intuito de cunho social, por expor as ações, as repercussões e o desvio de finalidade das mídias sociais ao noticiar fatos de violência corriqueiramente sem preocupação quanto ao prejuízo social que isso pode ocasionar. Principalmente quando o interesse pessoal está em desacordo com o interesse da coletividade e se busca apenas o lucro sem visualizar um dos sentidos principiológicos da democracia: que é o da liberdade de imprensa.

1. O espetáculo dos suplícios através das penas

Embora a história do Direito Penal não seja o foco do trabalho, é necessário que se faça um breve relato sobre a evolução das penas para que se permita e facilite um melhor entendimento acerca das Garantias Constitucionais e do Direito Penal vigente.

Para Cezar Roberto Bitencourt (2007, p. 28) quanto à história do Direito Penal, a doutrina majoritária adota uma tríplice divisão representada pela vingança divina, vingança privada e a vingança pública.

A pena principal nas sociedades primitivas foi da vingança divina, marcado pelos sentimentos religiosos daquela época. O que significa dizer, que o castigo era aplicado para purificar a alma do criminoso e desagrar a divindade. A pena era aplicada pelos sacerdotes,

através da delegação da divindade ofendida e possuía o caráter de intimidação, pelo qual a punição era o sacrifício da própria vida do infrator.

Dessa forma, desde os primórdios a violência é utilizada como meio de punição ao acusado de cometer algum delito. Mesmo não possuindo um ordenamento jurídico positivado, os grupos possuíam formas não escritas, relacionada aos costumes, que serviam de base para castigar os indivíduos que cometessem uma conduta reprovável.

Em seguida, a pena passou a ser meramente de caráter retributivo, utilizada para se vingar do mal sofrido e, aplicada na maioria das vezes, de forma desproporcional ao delito cometido, adotando um ordenamento jurídico baseado na dor. O “corpo” era o principal elemento da pena, onde o sofrimento físico acaba sendo visto por todos como espetáculos que atraíam multidões para vislumbrar os gemidos e tormentos daqueles supliciados, haja vista, a legitimação do sangue para o cumprimento da justiça. É o que adianta Michel Foucault (2009, p. 36):

O próprio excesso das violências cometidas é uma das peças de sua glória: o fato de o culpado gemer ou gritar com os golpes não constitui algo de acessório e vergonhoso, mas é o próprio cerimonial da justiça que se manifesta em sua força. Por isso sem dúvida é que os suplícios se prolongam ainda depois da morte: cadáveres queimados, cinzas jogadas ao vento, corpos arrastados na grade, expostos à beira das estradas. A justiça persegue o corpo além de qualquer sofrimento possível.

Destarte, além da violência sofrida pelo acusado, o corpo precisaria ficar marcado para que toda a sociedade visualizasse a punição. Ainda, tais marcações/espancamentos eram, de modo geral, realizadas em praças públicas com a exibição das punições e com o intuito de evitar os mesmos crimes futuramente, porém “a certeza de ser punido é que deve desviar o homem do crime e não mais o abominável teatro” (FOUCAULT, 2009, p. 14). Com isso, o suplício atrai os mais diversos olhares e a sociedade arrebatada a ideia de um grande espetáculo, pelo qual alguém que cometeu (ou não) algum crime deve ser escandalizado ao máximo de pessoas possíveis.

[...] um fato é certo: em algumas dezenas de anos, desapareceu o corpo supliciado, esquartejado, amputado, marcado simbolicamente no rosto ou no ombro, exposto vivo ou morto, dado como espetáculo. Desapareceu o corpo como alvo principal da repressão penal.
(FOUCAULT, 2009, p. 13)

Com o passar dos anos, passou-se da vingança coletiva para a vingança privada, onde, com o Código de Hammurabi, pregou-se uma punição com fins vingativos, embora possuísse um dos primeiros sentimentos de justiça e igualdade entre infrator e vítima, onde se era punido igualmente ao dano causado, mediante exhibições em locais públicos. Era a época do “olho por olho e dente por dente”.

Diferentemente do que se pregava anteriormente pela desproporcionalidade, se passou a objetivar a humilhação e sofrimento do acusado mediante toda à sociedade, de forma proporcional a sua conduta tida como ilícita. No entanto, ensina Bitencourt (2007, p. 29) que surgiu um problema em relação à tentativa de proporcionalidade ao mal praticado, pois,

Com o passar do tempo, como o número de infratores era grande, as populações iam ficando deformadas, pela perda de membro, sentido ou função, que o Direito talional propiciava. Assim, evoluiu-se para a composição, sistema através do qual o infrator comprava a sua liberdade, livrando-se do castigo.

Sendo assim, já entre o final do século XVIII e início do século XIX, aos poucos se percebe que a pena aplicada diretamente ao corpo era tão grave quanto à conduta ilícita praticada pelo acusado. Foi nessa percepção, que surgiu o período humanitário – conhecido como século das luzes - quando a pena passou a ter uma nova finalidade: a restrição da liberdade. As penas assumiram um papel de segregação do indivíduo onde o agente delitivo era excluído do contexto social e submetido à prisão. Destarte, a punição, via de regra, passou a interferir na liberdade e submissão ao trabalho forçado, embora ainda não tenha se extinguido totalmente a punição corporal, conforme esclarece Foucault (2009, p. 20):

A redução do suplício é uma tendência com raízes na grande transformação de 1760-1840. [...] Castigos como trabalhos forçados ou prisão – privação pura e simples da liberdade – nunca funcionaram sem certos complementos punitivos referentes ao corpo: redução alimentar, privação sexual, expiação física, masmorra.

É, portanto, a punição em locais isolados, cercados de grades e muros, que agora, passa a ideia de justiça. A sociedade não precisa mais visualizar o sofrimento corporal em praças públicas, mas a exclusão do indivíduo que cometeu algum delito no meio social como forma de sentir segurança. O cárcere repassa a ideia, grosso modo, de reparar o dano causado, não só a vítima, mas a toda sociedade.

Permite que ela pareça como uma reparação. Retirando tempo do condenado, a prisão parece traduzir concretamente a ideia de que a infração lesou, mais além da vítima, a sociedade inteira.
(FOUCAULT, 2009, p. 218)

Com o encarceramento, a pena aplicada tem como objetivo a reparação do crime e a transformação do sujeito para que não venha delinquir novamente. É nesse duplo sentido, que “fez a prisão aparecer como a forma mais imediata e mais civilizada de todas as penas” (FOUCAULT, 2009, p. 219) e segundo Greco (2010, p.469) que “a pena de prisão, ou seja, a privação da liberdade como pena principal, foi um avanço na triste história das penas”.

No Brasil, a Constituição prevê um rol taxativo quanto às formas da aplicação da pena.

Art. 5º [...]

XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

- a) privação ou restrição da liberdade;
- b) perda de bens;
- c) multa;
- d) prestação social alternativa;
- e) suspensão ou interdição de direitos;

Igualmente, proíbe à aplicação de penas abusivas que retiram do indivíduo a possibilidade de se ressocializar e retornar ao convívio em sociedade.

Art. 5º [...]

XLVII - não haverá penas:

- a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;
- b) de caráter perpétuo;
- c) de trabalhos forçados;
- d) de banimento;
- e) cruéis;

É justamente essa forma de tentar manter a dignidade da pessoa humana que na prática, o sistema falha em realmente propiciar condições dignas aos cidadãos já presos, seja antes do indivíduo delinquir e não se gerar oportunidades na base familiar e educacional, de forma a incluir socialmente as pessoas em condições mais desfavoráveis, ou pela superlotação quando o Estado já falhou em todos os ramos do Direito e aplica a última *ratio*, que é o Direito Penal, indiscriminadamente.

Dessa maneira, com a elevada população carcerária com mais de 711 mil presos entre provisórios e condenados no ano de 2014, incluído também 147 mil pessoas presas em prisão domiciliar, são os dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ)² que demonstra o Brasil entre os cinco países que mais encarceram no mundo.

No entanto, quando se fala em aumento de crimes, por exemplo, contra o patrimônio ou da dignidade sexual, que na maioria das condutas, os agressores agem com meios violentos como forma de concluir o ilícito, a sociedade se ver oprimida e se observa a necessidade das alterações dos hábitos do dia a dia³. Logo esse assunto passa a ser tema central das conversas, devido à falta de segurança vivenciada nos dias atuais.

É quando surge o aumento das veiculações por parte da mídia de pessoas reincidentes em práticas delitivas ou qualquer demonstração ou insinuação de suspeitos de cometer algum crime que contrariou o sentimento de justiça que possui a sociedade, se polemiza qualquer fato

² CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **CNJ divulga dados sobre nova população carcerária brasileira**. 05 Jun. 2014. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/61762-cnj-divulga-dados-sobre-nova-populacao-carceraria-brasileira>>. Acesso em: 17 set. 2017.

³ G1, Globo. São Paulo: **Insegurança faz brasileiro mudar rotina**. SP, 10 de julho de 2017. Disponível em: < <http://g1.globo.com/bom-dia-brasil/noticia/2017/07/sensacao-de-inseguranca-cresce-mais-no-norte-nordeste-e-centro-oeste.html>> Acesso em: 24 out. 2017.

a fim de gerar repercussões no seio social e desta forma, atrair ainda mais as atenções para a questão da segurança pública.

Portanto, o que antes era realizado pelo Estado para punir os infratores em praças públicas e em seguida visto como uma punição desmedida, agora passa a se ter uma ausência do sentimento de justiça e revolta social cada vez mais agressiva, pois o cidadão que é vítima e é exposto a um elevado nível de estresse é propício a extrapolar as leis e não respeitar as garantias constitucionais que são obrigações do Estado garantir.

2. A influência da mídia desde a ditadura civil-militar de 1964

No Brasil, em meados de 1964 a 1985 (plena ditadura civil-militar), muito se transmitiu aos que tinham condições financeiras para possuírem rádio ou TV, informações pré-selecionadas pelo Governo Federal para demonstrar o que lhe fosse agradável mostrar. De igual modo, se atribuiu censura aos que não cumprissem tais ordens. Esse foi um importante fator na contribuição para o papel da mídia e o acesso à informação que hoje é fundamental para todos os cidadãos.

Após a democratização e com a Constituição Federal de 1988, é irrefutável que o Estado venha prover o rol de direitos e garantias fundamentais para garantir ao cidadão a melhor forma de evitar novas censuras ou diminuição de conquistas realizadas na seara garantista. Nessa ótica o Supremo Tribunal Federal enfrentou a questão através da *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental* (ADPF 130) que teve como Relator o Ministro Carlos Ayres Britto, julgado no dia 30 de Abril de 2009, declarou por 7 (sete) votos a total procedência; contra 3 (três) votos pela parcial procedência e 1 (um) voto pela improcedência, que a Lei de Imprensa⁴ não foi recepcionada pelo ordenamento jurídico, vez que foi marcada por ser responsável de censurar a mídia e não informar o que realmente se passava no país.

Com isso, ao garantir aos cidadãos as mais variáveis formas de acesso à informação e menos intervenção estatal, é que se busca fortalecer a mídia e manter a população informada. Para melhor se compreender, é necessário destacar o significado da palavra mídia, que é “todo o suporte de difusão de informação (rádio, televisão, imprensa, publicação na Internet, videograma, satélite de telecomunicação, etc.; Conjuntos dos meios de comunicação social”⁵,

⁴ Lei nº 5.250/67 – Trata da liberdade de manifestação do pensamento e da informação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5250.htm>. Acesso em: 20 mai. 2017.

⁵ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário online do aurelio, “mídia”**. 24 set. 2016. Disponível em: <<https://dicionariodoaurelio.com/midia>>. Acesso em: 17 set. 2017.

ou seja, se considera todos os meios possíveis de informar, seja pelos aplicativos de interação social, como por exemplo, o WhatsApp ou até mesmo informações passadas via satélites, sempre com o objetivo de alcançar o maior número de público possível.

A CF/88 vem em seu artigo 5º, incisos IX e X, emitir que:

Art. 5º [...]

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

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;

Assim, como exposto acima, a expressão da atividade de comunicação é livre e não pode acarretar nenhum tipo de censura ou realização de pedido prévio, advertido de que a extrapolação ao direito alheio (intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas), é passível de responsabilização e poderá responder tanto na esfera cível como também na esfera penal.

Destarte, o artigo 220, §1º da CF reforça, ainda mais, sobre a liberdade midiática e as informações por ela veiculadas:

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

§ 1º Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

Em contrapartida, Lenza (2014, p. 1088) destaca:

(...) apesar da liberdade de expressão acima garantida, lei federal deverá regular as diversões e os espetáculos públicos, cabendo ao Poder Público informar sobre a natureza deles, as faixas etárias a que não se recomendem, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada. Deverá, outrossim, estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão(...).

Diante de todas essas Garantias Constitucionais para a mídia, o que o Estado garante ao cidadão que se sente lesado em seu direito à imagem? Será que nos dias atuais o direito de comunicação e liberdade de imprensa está sendo mais respeitado e priorizado em relação à honra e a imagem das pessoas? A problemática levantada é se mesmo que o cidadão demonstre não possuir interesse em ser exposto, o Estado só poderá garantir uma indenização posterior, o que muitas das vezes não evita um pré-julgamento pela sociedade. É o que acontece principalmente na esfera criminal, em que ao noticiar, induzem a sociedade de tal modo, que já se tenha as condenações antes mesmo de uma ação judicial.

É possível visualizar que acontece o inverso ao que a CF/88 assegura a seus cidadãos⁶, pois os jornais de comunicação e noticiários locais no segmento policial tem ganhado cada vez mais notoriedade nas comunidades, decorrente do avanço desenfreado de crimes que possuem uma maior revolta popular, além de uma extrapolada divulgação e repetição a qualquer horário, seja de réus confessos até mesmo de pessoas suspeitas que foram levadas para averiguação ou prestar esclarecimentos. Não importa a divulgação do caso concreto para a mídia, pois a busca é pela audiência dos telespectadores e, realiza desta maneira, o impasse de que são todos colocados em uma única vitrine: a de que é culpado.

Outrossim, as divulgações extrapoladas de notícias sobre crimes tornam-se comum no cotidiano das pessoas. Assim, algo tão grave na sociedade aos poucos vai perdendo a sensibilidade humana e o torna cada vez mais tido como normal. Para Aloisio Barbosa Calado Neto (2011):

Infere-se que a convivência com este tipo de notícia torna-se problema a partir do momento em que as informações começam a fazer parte da vida das pessoas como algo rotineiro ou normal, ou seja, o massacre, a tragédia, o crime hediondo torna-se algo banal no cotidiano das pessoas. A situação é mais grave quando a violência chega ao conhecimento dos adolescentes, uma vez que eles, correm o risco de crescerem com este tipo de informação achando que as atitudes mostradas são normais. Quando adultas elas vão apresentar atitudes totalmente agressivas e sem referências dentro de uma visão humana.

Devido à sensação de ausência do Estado enfatizado pelos meios de comunicação, pode até ser considerado normal que a sociedade busque alternativas para possuir a sensação de segurança que o Estado deveria proporcionar. É dessa maneira, que surge nas comunidades pessoas e até mesmo grupos prontos para realizar a “justiça com as próprias mãos”, utilizando-se de violência, desproporcionalidade e vingança, sem respeitar ao menos o princípio do Devido Processo Legal, o contraditório e a ampla defesa, pouco importando se o fato que ensejou é verdadeiro ou não.

Os linchamentos expressam uma crise de desagregação social. São, nesse sentido, muito mais do que um ato de violência dentre tantos e cada vez mais frequente episódios de violência entre nós. Expressa o tumultuado empenho da sociedade em “reestabelecer” a ordem onde ela foi rompida por modalidades socialmente corrosivas de conduta social. (MARTINS, 2015).

Ainda, o Estado deve garantir o direito à informação sem atropelar direitos das pessoas hipossuficientes, tendo em vista que os meios de comunicação de massa promovem suas reportagens de maneira despreocupada com a verdade real dos acontecimentos, em busca apenas de audiência e lucro, realizando juízo de valor e condenando o cidadão

⁶ A inviolabilidade da intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas.

precipitadamente. Em contrapartida, a sociedade tem se tornado cada vez mais participativa nas questões sociais, como consequências do aumento dos meios que promovem a informação.

3. A contramão da perspectiva da liberdade de imprensa: banalização da vida

Diante de tantos crimes violentos, a exposição exacerbada de tais condutas criminosas passa a ser um problema na sociedade, gerando uma revolta social contra pessoas suspeitas de cometerem algum delito. O Código Penal brasileiro autoriza a autotutela ao cidadão como um meio de defesa ao mal injusto causado a ele ou a outrem, não configurando crime a prática do ato cometido em estrito cumprimento do dever legal, legítima defesa, estado de necessidade e exercício regular de direito, conforme previsão do artigo 23 do Código Penal, além da própria prisão em flagrante delito que pode ser realizada por qualquer pessoa, conforme se observa da leitura do artigo 301 do Código de Processo Penal. Portanto, é possível visualizar, que o Direito não proíbe a autotutela, desde que em casos excepcionais.

Um argumento usado para tentar “justificar” tais agressões, seria o da legítima defesa, que já possui os requisitos essenciais para configuração de tal modalidade⁷. Dessa forma, não há de se falar em legítima defesa própria ou de terceiros, quando o suposto agente delitivo já está imobilizado ou já se cessou o perigo iminente e mesmo assim ainda se continua com as agressões, demonstrando para as mais variáveis lentes às famosas insinuações de tortura. Não demora muito para que as imagens e as gravações logo se viralizem na Internet e na imprensa local ou até mesmo nacional.

Não obstante, os meios de comunicação de massa, possuem o aval do Estado para expor de forma livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença⁸, porém o que acontece é uma contramão da liberdade de imprensa almejada pelos cidadãos em um Estado Democrático de Direito. Porque se deveria ter como sentido principiológico, em uma nação civilizada, a obrigação de enriquecer o patamar civilizatório e de mostrar para a sociedade que há outras formas de resolver os problemas sociais, sem a necessidade de conflitos. No entanto, ao visar apenas o lucro se faz o papel reverso, escancarando a violência em horário integral e consequentemente atraindo a atenção de adultos, adolescentes e até mesmo de crianças. Dessa forma, a superexposição se tornou algo

⁷ A agressão injusta; atualidade ou iminência; meios necessários; moderação; defesa de direito próprio ou de terceiros.

⁸ Artigo 5º, inciso IX da CF/88.

repetitivo, onde aos poucos a sensação de banalização de qualquer ato de violência passou a ser tratado como algo comum.

O sensacionalismo da mídia, o sentimento de insegurança e a insatisfação com o cumprimento da lei, frente a uma possível ineficiência do Estado, faz aflorar o sentimento de justiça pessoal ou coletiva, sendo necessário que para satisfação social, alguém pague pelo crime. Em contra partida, as exposições, seja pela imprensa e/ou por grupos de aplicativos de interação social (WhatsApp, Facebook, entre outros), contra suspeitos de terem cometido algum delito passou a ter um público muito maior e a exibição das agressões/mortes passaram a impressão de algo que é legítimo, quando na verdade é um afrontamento à Constituição Federal e a legislação penal vigente, seja pelo agente que praticou um crime anterior, seja pelo(s) “justiceiro(s)” que ao cometer violações ao direito alheio também tornar-se-á um criminoso.

O enfraquecimento e o esquecimento do Estado frente aos elevados graus de impunidade geram uma revolta na sociedade e conseqüentemente, uma supervalorização pelos meios de divulgação. Desta maneira, após ampla exposição de algum linchamento em uma localidade, se passa a percepção de que se pode agir de forma violenta utilizando-se da autotutela, uma forma “autorizada” para novas ações ilegais. Com isso os cidadãos de outras localidades são instigados ou induzidos a praticarem as mesmas condutas por considerar que aquele ato é uma “lição/justiça” que o Estado não consegue mais atribuir a curto, médio e longo prazo.

Conclusão

A problemática a ser enfrentada é que, com o desprestígio do Estado com a população e o sentimento de injustiça, tem-se a sensação de que o criminoso não possui punição severa do Estado a curto, médio e longo prazo. Mas a certeza de que usurpar o Poder-Dever do Poder Judiciário, não é a solução em uma sociedade democrática para resolução de conflitos. O Estado não pode ser omissor, também, ao visualizar que a exceção está a se tornar regra e ficar a aguardar as conseqüências, que já demonstra danos irreparáveis, como pessoas inocentes condenadas a morte por ter sido confundida, a exemplo da dona de casa Fabiane Maria de Jesus, de 33 anos, que foi agredida a partir de um boato gerado por uma página em uma rede social que afirmava que a dona de casa sequestrava crianças para utilizá-las em rituais de magia negra.

É necessário que o Estado enfrente essa perspectiva social que assola toda a população e aplique as garantias constitucionais a todos os cidadãos, desde o que praticou algum delito, garantindo-lhe todos os requisitos de um processo justo, fazendo uso dos meios legais em razão

aos seus direitos e deveres, até a mídia que precisa ser livre para à população saber o que ocorre, porém de maneira que sirva para conscientizar o telespectador, de forma que lhe informe sem realizar o juízo de valor e conseqüentemente o pré-julgamento social.

Por fim, é necessário que se busque um equilíbrio pelo qual o Estado possa intervir e retome para si o *jus puniendi*, mantendo a imprensa livre sem que isso interfira nas garantias constitucionais da pessoa humana. Caso contrário, é um caminho perigoso a ser enfrentado pelo Estado: o da banalização da vida.

Referências

BARBOSA CALADO NETO, Aloisio. Violência na mídia: prevenção e redução. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 93, out 2011. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10413>. Acesso em: 20 mai. 2017.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. Parte geral. Vol. I. 11. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. Código Penal de 1940. **Decreto-lei 2.848**, de 07 de dezembro de 1940. Rio de Janeiro, 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 20 mai. 2017.

BRASIL. Constituição de 1988. **Constituição da Republica Federativa do Brasil**. Senado Federal: Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 mai. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição por Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF nº 130. Lei de imprensa. Adequação da ação. Regime Constitucional da “Liberdade de informação jornalística”. Expressão sinônima de liberdade de imprensa**. Relator: Min. Carlos Ayres Britto, 30/04/2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=130&classe=ADPF&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 20 mai. 2017.

BRASIL. Liberdade de manifestação do pensamento e de informação (1967). **Lei 5.250/67**, de 09 de fevereiro de 1967. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5250.htm>. Acesso em 20 mai. 2017

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **CNJ divulga dados sobre nova população carcerária brasileira**. 05 Jun. 2014. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/61762-cnj-divulga-dados-sobre-nova-populacao-carceraria-brasileira>>. Acesso em: 17 set. 2017.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário online do aurelio, “mídia”**. 24 set. 2016. Disponível em: <<https://dicionarioaurelio.com/midia>>. Acesso em: 17 set. 2017.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**; tradução de Raquel Ramalhete. 37. Ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2009.

G1, Globo. São Paulo: **Insegurança faz brasileiro mudar rotina**. SP, 10 de julho de 2017. Disponível em: <<http://g1.globo.com/bom-dia-brasil/noticia/2017/07/sensacao-de-inseguranca-cresce-mais-no-norte-nordeste-e-centro-oeste.html>> Acesso em: 24 out. 2017.

G1, Globo. São Paulo: **Mulher espancada após boatos em rede social morre em Guarujá**. SP, 05 de maio de 2014. Disponível em: <<http://g1.globo.com/sp/santos->

regiao/noticia/2014/05/mulher-espancada-apos-boatos-em-rede-social-morre-em-guaruja-sp.html> Acesso em: 20 mai. 2017.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 18º Ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

MARTINS, José de Souza. **Linchamentos: justiça popular no Brasil** – São Paulo: Contexto, 2015. Disponível em:

<<https://books.google.com.br/books?id=HF4lBwAAQBAJ&pg=PT118&dq=linchamento&hl=pt-BR&sa=X&ved=0CCYQ6AEwAmoVChMI2-XFm5mcyAIVhZOQCh3-mgJU#v=onepage&q&f=false>>. Acesso em: 17 mar. 2017.

O HOMEM COMO SUJEITO PASSIVO NA VIOLÊNCIA SEXUAL: O TABU E O PENSAMENTO DA SOCIEDADE POR TRÁS DO ESTUPRO MASCULINO

Layanne Freitas Cavalcante¹
Prof. Msc. Adrielmo de Moura Silva²

RESUMO: Tendo como objetivo o estudo à cerca do estupro e tomando como foco o estupro com vítimas do sexo masculino, busca-se analisar a visão da sociedade sobre o fato, a mudança na lei que versa sobre esse assunto e o tabu que ainda existe ao redor do tema abordado. Sabe-se que o estupro é considerado na legislação brasileira como sendo crime hediondo e que antes da mudança da lei, era considerado crime próprio, ou seja, o artigo que falava de estupro determinava quem seria o sujeito passivo, que no caso era somente mulheres, determinava também que para ser considerado estupro deveria ter a conjunção carnal e que os atos praticados contra homens seriam encaixados no crime de atentado violento ao pudor. A sociedade embora tenha evoluído e mesmo com a mudança da legislação, continua tratando esse assunto como tabu, os homens que sofrem essa violência acabam sendo intimidados pelo pensamento machista da sociedade que insiste em ver o estupro como sendo um crime que acontece somente com mulheres, que os homens não passam por esse tipo de situação pois seriam taxados de gays, caso negassem uma mulher, e também se fossem violentados por outro homem. Esse pensamento faz com que os homens que passam por isso não denunciem, não falem abertamente e tenham vergonha do crime no qual foram vítimas, impedindo que eles busquem ajuda e se retraiam, trazendo sérios problemas psicológicos e até físicos. Os dados obtidos a partir de denúncias são inferiores a quantidade de fatos que acontecem, os homens que sofrem o estupro não denunciam o que dificulta o trabalho de quem pode impedir e dificulta o entendimento da sociedade a respeito desse assunto, vez que se sabe que se fosse um assunto mais discutido, mais problematizado, não se teria uma sociedade com pensamentos tão retrógrados e machistas em relação a isso.

Introdução

A sociedade vive ainda no século XXI com muitos preconceitos, sejam eles de cor, raça, religião, ou até mesmo de gênero, fato esse que não se restringe apenas ao Brasil, mas sim a sociedade de um modo geral. Quanto a esses preconceitos ou até mesmo a esses tratamentos desiguais podemos destacar e será fruto de estudo a diferença entre homens e mulheres, pois não há igualdade de gênero, mesmo havendo uma nova era, um novo mundo, a busca social pela igualdade entre os sexos por meio leis que são implementadas, ainda não reflete na sociedade uma igualdade social que permita mais espaço, ou até mesmo direitos e

¹ Discente do curso de Bacharelado em Direito do Centro Universitário Tabosa de Almeida (ASCES/UNITA).

² Docente do curso de Bacharelado em Direito do Centro Universitário Tabosa de Almeida (ASCES/UNITA) Especialista em Ciências Criminais pela UFPE e Mestre em Direitos Humanos pela UFPE. Orientador do artigo.

deveres iguais entre os gêneros, o que se traduz em uma dificuldade na mudança cultural do pensamento machista que perpetua na sociedade.

A Constituição Brasileira de 1988 implementou uma igualdade de gênero no seu texto, buscando igualar na sociedade o homem e a mulher, vez que se sabe que desde a época da colonização a mulher era conceituada como um “sexo frágil”, que merecia mais atenção, deixando o homem numa posição de robustez. Esse estereótipo trazido desde os primórdios do convívio social definiu as tarefas dos homens e das mulheres dentre outras determinações que deram início a caracterização do que realmente era ser homem ou mulher socialmente. Essas condutas fizeram com que houvesse quase que uma imposição social que perdura até a atualidade de como deve se comportar para ser homem ou mulher, essa prática trouxe um entendimento geral de que as mulheres deveriam ser protegidas pelos homens, por serem eles mais fortes e elas mais frágeis, dando a entender que o homem não precisaria de uma mesma proteção, fazendo com que em alguns casos eles não fossem reconhecidos como vítimas, principalmente de um crime como o estupro, ainda que tivessem sido, fazendo com que o Estado trouxesse sua atenção maior para as mulheres no que desrespeito a essa tipificação penal.

Mesmo com a vigência da Constituição Federal Brasileira que tem quase 30 anos, a sociedade ainda sofre com a cultura do machismo e ainda não demonstra um processo efetivo de mudança, de entendimento ou até mesmo de adaptação, mas aos poucos a legislação vem acompanhando as necessidades sociais, como também a própria sociedade acompanha de maneira tímida, mas evolutiva. Exemplo desse entendimento de mudança é o Código Penal que em 2009, por meio da Lei 12.015 modificou o artigo que versava sobre estupro, pois antes apenas uma mulher poderia ser vítima do crime de estupro, com a mudança houve a possibilidade do homem também figura como vítima de um estupro.

No crime de estupro há uma agressão de natureza sexual ou até mesmo um ato libidinoso que pode ser meio para a consumação do ato sexual, na redação vigente o crime pode ser realizado por qualquer pessoa independentemente de gênero, como também a vítima pode ser uma pessoa de qualquer gênero. Há de se relatar ainda que para a caracterização do crime tem que ser praticado com violência ou grave ameaça, sem consentimento da vítima, sendo ainda tipificado como crime hediondo.

O princípio Constitucional da isonomia, que trata os homens e as mulheres iguais em deveres e obrigações, possibilitou o homem como um novo sujeito para a adequação normativa no que se desrespeito a violência sexual, se tornando uma nova realidade jurídica que acontece desde a mudança da lei que versava sobre estupro no antigo Código Penal. O crime que era

considerado pela redação anterior crime próprio e que na nova redação é crime comum, não determina mais os sujeitos, trazendo uma ampliação normativa e protetiva para as vítimas dessa agressão. Ao mesmo tempo que a lei nova vem para abranger a proteção para essas pessoas, o fato de o homem sofrer uma imposição social que lhe gera vergonha a respeito desse assunto, faz com que ele se retraia e não denuncie, o que acaba ao mesmo tempo atrapalhando a atuação do Estado, que por não receber denúncias não consegue prevenir ou impedir que isso aconteça.

Esse tabu que é para sociedade o estupro do sexo masculino acaba atrapalhando a possibilidade de inibição do Estado, ou seja, se não há denúncia, não há um forte combate estatal, o que acaba deixando os homens sem a devida proteção. É certo que o estupro com vítimas mulheres é mais denunciado, é mais exposto que nos casos que são homens as vítimas, pois estes acontecem na sua maioria quando são ainda crianças ou jovens, mas existem casos com homens, ainda que raramente divulgados.

Os casos com vítimas homens são mais comuns do que se sabe por dados e denúncias e podem acontecer de diversas maneiras, o homem pode ser vítima de outro homem e isso acontece muito na população carcerária por exemplo, mas podem também ser vítimas de uma mulher, ele pode ser forçado a penetrar ou a aceitar um sexo oral, vaginal e outros sendo muito vezes ameaçado a praticar o ato mediante algum tipo de violência física ou até mesmo moral.

Fato ainda muito discutido na doutrina sobre o tema é no caso da aceitação da vítima, ou seja, mesmo que o início tenha sido por meio de violência, durante o ato a vítima toma atitudes e ações que são encaradas pelo autor(a) como um consentimento, ou seja, permite que o ato se consuma, será considerado ainda um estupro? Essa ainda pode ser encarada como uma exclusão da conduta, a corrente doutrinária se divide em relação a esse assunto entre ter havido estupro mesmo com consentimento posterior da vítima e de não se configurar mais estupro, pois se ela (vítima) deixou que acontecesse desconfiguraria o crime de estupro, por não ser justo punir uma pessoa se no final o homem que foi vítima aceitou a relação.

1.Evolução do Código Penal

O Código Penal brasileiro foi criado na época do Estado Novo, através de um Decreto-lei no ano de 1940, passou a ser vigente no Brasil no ano de 1942 e tem vigência até a atualidade. Porém, com a Constituição Federal de 1988 que implementou diversos direitos sociais entre eles a ideia da igualdade dos gêneros, e o princípio da isonomia, tornando igual

os direitos entre mulheres e homens, bem como dando a eles as mesmas oportunidades e proteções perante a lei.

Com toda essa mudança trazida pela Constituição, o Código Penal acabou por ficar desatualizado em relação a esse tema, fazendo com que houvesse uma modificação no seu texto de lei, para que ele pudesse se adequar as normas da Carta Magna e também as mudanças sociais que vinham acontecendo.

A sociedade lutou para que houvesse uma modificação normativa no tocante ao crime de estupro, pois o Código Penal reproduzia uma visão machista do mundo, no qual o homem deveria sempre ser forte e determinado e a mulher frágil e submissa, fazendo com que o Estado modificasse a legislação, pois foi dada uma proteção incomum aos olhos dos retrógrados, possibilitando os homens quando fossem vítimas de estupro, buscar uma legislação específica para esses casos.

Na redação antiga do Código Penal sobre estupro, este era um crime próprio, ou seja, determinava que somente a mulher poderia ser a vítima e somente o homem o agressor, também determinava que para se configurar o crime, deveria o ato se consumar, portanto, teria de haver penetração total ou parcial do órgão genital masculino no órgão genital feminino, sem que a mulher permitisse, e fosse sob violência ou grave ameaça. Meros atos libidinosos, que não viessem a consumar a ação, não eram encarados como estupro e sim tipificados como atentado violento ao pudor, crime que foi revogado da legislação penal, pois foi unificado pelo artigo de estupro após a mudança da lei. A redação anterior do estupro era: “Constranger mulher a conjunção carnal mediante violência ou grave ameaça.”

A Lei 12.015 de 07 de agosto de 2009 modificou o artigo 213 CP, tornando o estupro crime hediondo, modificando a redação que passou a classificar o crime como comum, ou seja, não havia mais determinação de sujeitos, qualquer pessoa poderia ser vítima e agressor. O novo texto de lei trouxe também a possibilidade de se caracterizar estupro qualquer ato libidinoso que tenha a intenção de consumar a ação, e também o fato de alguém permitir que outrem pratique o ato, não precisando necessariamente haver a penetração. A redação atual do estupro é: “Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso.”

A legislação anterior, descrevia que se um homem fosse passivo de algum ato libidinoso, independente de quem era seu agressor, estaria essa conduta tipificada como constrangimento ilegal. No novo viés da lei, o homem pode sim ser sujeito passivo e a mulher pode ser sujeito ativo no estupro. Embora isso seja mais uma satisfação normativa, pois

difícilmente se encontram denúncias a respeito de casos em que os homens são vítimas, justamente pelo fato de ser ainda um tabu na sociedade. Relata o autor Nucci:

Com o advento da Lei 12.015/05, tanto o homem quanto a mulher podem ser sujeitos ativo e passivo do crime de estupro. Parece-nos ser a modificação benéfica, pois melhor atende à isonomia, tratando homens e mulheres de forma igualitária. Assim, após a supressão da expressão *mulher honesta*, pela Lei 11.106/05, o legislador dá mais um importante passo e elimina outro ranço de machismo da legislação pátria.

Deixa claro o autor que a mudança legislativa se ateve a uma necessidade social quanto à possibilidade de um homem ser vítima do crime de estupro, tanto quando o sujeito ativo é uma mulher, como também um homem.

2.O tabu e o pensamento machista da sociedade

Como já foi relatado, a sociedade sempre definiu a mulher como frágil e o homem não, essa afirmação repercutiu em uma posição na qual o homem não poderia ser vítima de um crime sexual, pois não se era aceito que os homens poderiam ser estuprados, eles apenas poderiam estuprar, dentre tantas outras coisas nas quais o homem por ter sido sempre visto como superior, não poderia ou não precisaria de uma preocupação, obrigação ou até mesmo uma legislação para protegê-los.

A cultura machista que é impregnada na nossa sociedade, acaba por ser às vezes preocupante, o fato de algumas pessoas não conseguirem enxergar que a população está numa constante mudança faz com que esses “preconceitos”, se é que se pode falar assim, perpetue para novas gerações, o motivo de as pessoas continuarem “bitoladas” e amarradas àquela percepção de que o homem tem que querer sempre sexo, que o homem que rejeita uma mulher não é homem, fruto disso de uma falta de aceitação à população homossexual, que ganha cada vez mais espaço na sociedade, mas que ainda sofre de preconceito de diversas classes sociais, o que faz com que um homem que venha a ser estupro por outro se torne ainda hoje um escândalo social, o que inibe muitas vezes dessa vítima exercer o seu direito, face o preconceito da sociedade, fazendo com que um homem que seja vítima de estupro torne esse tema um tabu.

A sociedade tem que entender que um homem não perde a sua masculinidade por não querer uma mulher, ele tem vontades, ele pode simplesmente não querer, mas a sociedade acaba por impor a ele que homem que é homem não pode rejeitar sexo, que não pode dizer não a uma mulher e isso acaba obrigando eles a se relacionarem com elas muitas vezes apenas para dar uma satisfação, com medo ou até vergonha do que podem falar ou pensar dele, rotulá-lo de gay

seria um dos principais comentários que iriam fazer, pois com o pensamento retrógrado que algumas pessoas tem ainda hoje, a palavra gay é tida como uma forma de ofender alguém.

Mesmo que haja uma ameaça por parte da mulher ou algum tipo de violência para que ele pratique algum ato com ela ou com outra pessoa, ou se ele vier a ser obrigado a aceitar que façam nele algum ato do crime, há na sociedade uma visão que esse foi promiscuo e fez porque quis, que ele não tinha como ser obrigado a fazer e acabariam por não acreditar na versão de que ele foi coagido a fazer mesmo contra sua vontade, o que faz todos ou a maioria das vítima não levem a tona esses fatos que foram obrigados, fazendo com essas vítima retraem com medo dos comentários que possam surgir.

Um homem quando é estuprado por outro homem, dificilmente denuncia o fato. Eles acabam negando que foram vítimas ou minimizando essa vitimização, afinal, diante da sociedade que vivemos, poucos são os homens que tem coragem de denunciar e chegar de “cara limpa” dizendo que foi agredido sexualmente por outro homem e que isso aconteceu contra sua vontade. Tem que se ter muita coragem para enfrentar toda uma sociedade, para afirmar que foi vítima de um crime que na cabeça da maioria é impossível de se acontecer, escutar rotulações, ouvir adjetivações onde se sabe que qualquer pessoa está sujeita a isso e que as consequências advindas desse crime serão as mesmas para ambos.

O estupro masculino acontece mais do que se sabe, mas muito não são notificados, pois os dados obtidos a partir de denúncias não condizem com os crimes que acontecem com mais frequência do que se apresenta em juízo. Justamente pelo fato de ser um tabu na sociedade, os homens não denunciam o que acaba por dificultar a divulgação para que todos fiquem cientes de que pode acontecer de um homem ser estuprado sim, facilitando assim o entendimento da sociedade a respeito desse crime com esse tipo de vítima que é pouco falado.

3.Quando um homem é vítima de um crime sexual

Os casos de homens que são estuprados por homens são muito comuns, mas o fato de a sociedade ter uma visão preconceituosa sobre as relações homoafetivas, e essa manutenção de tabus relacionados à sexualidade, acaba trazendo para a relação de violência sexual entre pessoas do mesmo sexo esse preconceito, fazendo com que o assunto se torne menos discutido, os homens acabam por ocultar a violência sofrida por vergonha, medo e por saber o desinteresse da sociedade conservadora em ver esse assunto de uma forma não preconceituosa.

O estupro de homens acontece frequentemente em todos os lugares, desde a infância quando são abusados, em muitos casos, por seus familiares, na adolescência quando são aliciados por pessoas mais velhas, muitas vezes em troca de dinheiro e já na fase adulta, que é

fase mais difícil de ocorrerem denúncias, é na população carcerária que se tem mais casos. Embora não se tenha um controle e muito menos denúncias, sabe-se que os presos abusam sexualmente dos seus parceiros de cela, principalmente se este que é vítima, tenha sido preso por estupro. É como se existisse lei nas prisões, e o próprios presos “punem” os presos por estupro, com o mesmo crime.

Já quando o homem é estuprado por uma mulher a sociedade vislumbra um crime impossível, diante a cultura machista em que vivemos o fato de se pensar que porque o homem tem mais força, ele não conseguiria ser obrigado por uma mulher a fazer ou receber algum tipo de violência sexual, faz com que não se pense na possibilidade de coação, embora a lei fale sobre a grave ameaça, a sociedade não acredita ou até mesmo não aceita esse fato, e se pensarem, logo irão dizer que o homem não iria praticar o ato mediante ameaça por motivos naturais do corpo, não conseguiria ter ereção num momento de medo, porém não se pensou no fato de ele ser obrigado a receber da mulher um sexo oral, por exemplo, ou também dela o obrigar a tomar algum tipo de remédio “estimulativo”, que o fará ter ereção mesmo que sem vontade.

São muitas as possibilidades de um homem ser estuprado por uma mulher, mas independente de como ele foi estuprado, o que importa é que com o pensamento machista da sociedade, não importa a forma como aconteceu, poucos irão acreditar. Muitas vezes os homens são obrigados a fazer sexo com uma mulher por imposição implícita da sociedade, como forma de dar satisfação até a própria mulher, embora ele faça porque quer, o que não caracterizaria o estupro, ele faz como forma de se mostrar como homem para a sociedade.

Sendo a mulher o sujeito ativo, abre-se espaço para outra discussão: uma mulher que estupra um homem e vem a engravidar, qual a responsabilidade desse homem para com esse filho, vez que ele foi forçado? Analisando a norma, percebe-se que o Código penal diz no seu artigo 234-A, III que se do estupro resultar gravidez a pena é aumentada em metade, e no artigo 128, II que se a gravidez resultar de estupro a mulher tem a opção de escolher se quer abortar ou não, portanto, se ela provocou o estupro, a lei não lhe permite que aborte, apenas se ela for vítima.

Por ela não abortar, sabe-se que tanto ela como o homem terão que arcar com o responsabilidade pela criança que vai ser “resultado” dessa prática criminosa, deve-se analisar nesse caso, não o lado da mulher que engravidou em decorrência de um estupro que ela mesma provocou, mas o lado do homem que foi vítima e que agora terá que assumir a paternidade, sendo obrigado a dar assistência não só financeira, mas também afetiva, a um fruto de um crime no qual ele foi vítima. Porém, a justiça brasileira determina que o homem deve sim pagar a

pensão, mesmo nos casos de ele ser vítima do estupro e a criança venha a ficar sob a guarda da mãe.

4. Alguns casos de homens estuprados

Um rapaz chamado de Pintor foi estuprado por vingança no Paraná, caso foi filmado pelos agressores e a polícia só soube após receber por rede social as gravações. Segundo a polícia o homem foi forçado a praticar sexo anal e oral no agressor após ser acusado de trocar mensagens com a namorada do agente. O estupro foi descoberto em 25 de novembro de 2015. (Disponível em: <https://noticias.r7.com/cidades/fotos/homem-e-estuprado-por-vinganca-no-parana-25112015#!/foto/1> . Acesso em: 27 de outubro de 2017)

Em São Paulo, no dia 01 de novembro de 2016, um homem de 21 anos afirma ter sido estuprado por uma mulher que tinha acabado um namoro, ele disse que a viu em um ônibus e que ao descer ela o obrigou a manter relação sexual com ele sob ameaça de dizer a polícia que ele tinha estuprado ela. O homem disse que o ato se consumou na rua, mesmo após ela ter dito que ia leva-lo para a casa dela e acabou não levando. (Disponível em: g1.globo.com/sp/santos-regiao/noticia/2016/11/policia-procura-mulher-que-estuprou-homem-em-sp-apos-terminar-com-ex.html . Acesso em: 27 de outubro de 2017)

Dia 22 de maio de 2017, homem de 22 anos, preso no Ceresp (Centro de remanejamento do sistema prisional) em Juiz de Fora- MG denuncia agressão sofrida na cela, ele diz ter sido estuprado por 7 detentos com quem dividia cela, que os estupros estavam acontecendo a dias e que era ameaçado de morte caso dissesse aos agentes penitenciários, afirmou que por estar ferido e com dores resolveu denunciar, passou por exames que constatarem a pratica do ato. (Disponível em: br.blastingnews.com/brasil/2017/05/homem-e-estuprado-por-7-colegas-de-cela-001720443.html . Acesso em: 27 de outubro de 2017)

Mateus, de 23 anos, afirma ter sido estuprado durante uma caminhada no domingo, caso aconteceu em Uberaba-MG. Após ser estuprado o agressor ainda disse: “Voce salvou uma mulher”. Matheus foi obrigado a entrar no carro do agressor após ser ameaçado com uma arma de fogo e foi encontrado na beira da pista todo ferido e com os pés e mãos amarrados, e muito abalado psicologicamente. Disse também que durante o abuso, o agente o torturou com pedras, paus e arames. (Disponível em: g1.globo.com/minas-gerais/triangulo-mineiro/noticia/rapaz-e-estuprado-por-motorista-em-mg-e-diz-ter-ouvido-voce-salvou-uma-mulher.ghtml . Acesso em: 27 de outubro de 2017)

Pesquisa realizada em 84 municípios brasileiros com mais de 100.000 pessoas pelo Datafolha a pedido do Fórum Brasileiro de Segurança Pública, relatou que 42% dos homens

entrevistados tem medo de serem vítimas de violência sexual. (Disponível em: <https://www.terra.com.br/noticias/brasil/sete-dados-centrais-no-debate-sobre-cultura-de-estupro-no-brasil,b3c098440153e27de654db6bde56ad1ahrn7bqc.html> . Acesso em: 25 de outubro de 2017).

Todos esses casos exemplificam e demonstram que existe uma demanda social e que o crime só não é mais divulgado, ou até mesmo combatido por medo preconceito das próprias vítimas que não querem se expor a uma sociedade machista e preconceituosa. Principalmente quando o fato o expõe a uma possível conduta homossexual ou até mesmo quando o vitimiza fazendo parecer que essa vítima meramente por não se dispor a prática sexual com determinada mulher seria conceituado como homossexual.

Considerações Finais

Se existe uma busca por uma sociedade igualitária, deve-se procurar proteger a vítima independentemente de sexo, se para os homens o estupro é tão humilhante como é para as mulheres, porque não protege-los? Sabe-se que o que acaba contribuindo para a não denúncia é a manutenção de tabus ligados a sexualidade, a ignorância das vítimas e o despreparo das autoridades, pois mesmo com a mudança da lei que versa sobre o estupro, é muito difícil a identificação das ocorrências e dos agentes que a causaram.

Os homens também querem ter o seu direito de dizer não, respeitado, sem se preocupar com rótulos, ele não deve ser “obrigado” a fazer sexo com uma mulher por mera imposição social, por isso acabar sendo um critério para que ele seja definido como homem pelos que o rodeiam.

Se fosse mais denunciado, automaticamente seria mais divulgado, a população teria uma maior informação a respeito disso e começariam a perceber que os homens são tão vulneráveis quanto as mulheres, fazendo com que aos poucos fossem entendendo que assim como as mulheres, os homens estão sujeitos a sofrer esse crime.

Porém, não se têm dados a respeito de homens que já foram vítimas, apenas dados e estudos com mulheres, crianças e adolescentes, o que faz intensificar o pensamento de que realmente, embora tenha havido mudança na legislação, esta não conseguiu trazer a eficácia que era necessária, não só por culpa do Estado, mas pela não colaboração social para que deixe de ser um medo, uma vergonha e se torne um incentivo e um meio de prevenção para que não aconteça com outras pessoas.

Para que ocorra a mudança no pensamento da sociedade, deve-se atuar continuamente para que essa mudança cultural aconteça e as pessoas tenham uma nova percepção a respeito desse caso, para que a lei tenha uma maior eficácia, pois a norma já está adequada a evolução social, uma aceitação social da lei, uma maior divulgação da norma deixando todos cientes de que a lei está para proteger a todos é um bom caminho para que as pessoas comecem se acostumando com o fato de que os homens são tão vulneráveis quanto as mulheres e que precisam ter a mesma segurança, pois do mesmo jeito que elas são afetadas ao passarem por essa situação, os homens também são.

Referências

br.blastingnews.com/brasil/2017/05/homem-e-estuprado-por-7-colegas-de-cela-001720443.html

g1.globo.com/sp/santos-regiao/noticia/2016/11/policia-procura-mulher-que-estuprou-homem-em-sp-apos-terminar-com-ex.html

gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-e-direito/vitimas-de-estupro-podem-ter-que-pagar-pensao

jornalGNN.com.br

libernews.com.br-aepidemiaescondidadehomensquesaoestupradospormulheres

Nucci, Guilherme de Souza ; Alves, Jamil Chaim ; BARONE, Rafael ; BURRI, Juliana ; CUNHA, Patrícia ; ZANON, Raphael . O crime de estupro sob o prisma da Lei 12.015/2009 (arts. 213 e 217-A do CP). Revista dos Tribunais (São Paulo. Impresso), v. 902, p. 395-422, 2010

terra.com.br/noticias/brasil/sete-dados-centrais-no-debate-sobre-cultura-de-estupro-no-brasil

[wikipedia-estupro masculino](https://pt.wikipedia.org/wiki/Estupro_masculino)

TRIBUNAL DO JÚRI: NO CONTEXTO ATUAL, FAZ-SE JUSTIÇA?

CORDEIRO, A. G. B¹
FRANÇA, M. F. O¹
DE MELO, A.M.F²

Resumo

É perceptível que a forma como Tribunal do Júri se impõe na realidade prática desvirtua o seu maior objetivo, que seria atender as demandas da população sem deixar de lado a luta pela justiça social, inúmeros julgamentos são realizados sem o devido respeito aos princípios constitucionais e processuais. Diante disso, este trabalho busca verificar se em sua atual formatação o Tribunal do Júri alcança seu objetivo precípuo, a realização da justiça segundo os ditames do devido processo legal. O trabalho em tela buscou avaliar a estrutura típica do Tribunal do Júri e sua correspondência com a realidade prática, por meio de uma pesquisa teórica e de campo que analise os princípios constitucionais e processuais que regem o Tribunal do Júri e sua ineficácia na sociedade. A metodologia baseou-se em um estudo dedutivo, indutivo, descritivo, exploratório e de levantamento de dados de campo transversal. Foram aplicados questionários em 20 sessões do Tribunal do Júri nas Comarcas de Caruaru e Palmares, e a partir da tabulação dos resultados evidenciou-se que 45% dos quesitos não foram elaborados com clareza e precisão, que 65% das vezes os quesitos foram explicados de forma a ferir a imparcialidade do jurado, em 20% dos casos o contraditório não foi respeitado, em 30% dos casos a defesa técnica não foi devidamente exercida, e 60% dos juris apresentaram decisão manifestamente contrária aos autos. É possível inferir que na prática a instituição do Tribunal do Júri não respeita seus limites legais e os princípios constitucionais e processuais norteadores, dessa forma, vícios e falhas mostram-se presentes no transcorrer do procedimento. É necessária especial atenção e um maior cuidado na observância do procedimento legal do Júri para que haja a efetivação da justiça social nos julgamentos em plenário.

Palavras-chave: Júri; devido processo legal; princípios.

Introdução

Esse trabalho versa sobre a análise da estrutura do Tribunal do Júri, objetivando, pois, verificar a ineficácia dessa instituição que desde os tempos mais remotos da história do Brasil mostrou-se tipificada em seus diversos ordenamentos jurídicos.

A instituição do Júri foi efetivamente posta pela primeira vez, na constituição de 1822, por decreto de Dom Pedro e com o fim de julgar delitos de abuso de liberdade de imprensa. A partir de então ela esteve presente em quase todas as constituições de nosso país, com exceção da carta de 1937 que nada mencionou sobre a sua manutenção ou extinção.³

Atualmente o instituto em voga encontra-se estatuído na Constituição Federal no rol de garantias constitucionais, no artigo 5º, inciso XXXVIII, neste dispositivo são estabelecidos os

¹ Estudante do Curso de Direito do Centro Universitário Tabosa de Almeida –ASCES/UNITA

² Professor do Curso de Direito do Centro Universitário Tabosa de Almeida – ASCES/UNITA

princípios norteadores da estrutura do tribunal popular, são esses: princípio da plenitude de defesa, da soberania dos veredictos, do sigilo das votações e da competência para julgamento dos crimes dolosos contra a vida; esse pilar principiológico somado à observância do procedimento legal do Júri que sustentará o desenvolvimento desta pesquisa.

É perceptível que a forma como Tribunal Popular se impõe na realidade prática desvirtua o seu maior objetivo, que seria atender as demandas da população sem deixar de lado a luta pela justiça social, isso pode ser confirmado ao se observar que a maioria dos julgamentos realizados desrespeita algum princípio constitucional ou processual penal.

Se o Tribunal Popular almeja a realização plena da Justiça, por que diversas vezes ocorrem erros e falhas procedimentais que repercutem negativamente o julgamento do réu? Diante disso, questiona-se: a parte do ordenamento jurídico que rege o Tribunal do Júri está sendo devidamente aplicada na prática? O princípio da plenitude de defesa possibilita ao réu uma proteção justa e digna no percorrer do procedimento? Os princípios norteadores do processo penal estão sendo mitigados na prática desse procedimento?

São estes os questionamentos que serão feitos no transcorrer desse estudo, objetivando primordialmente chegar, mais uma vez, no ponto de partida da pesquisa e responder à indagação: o Tribunal Popular é eficaz em nosso país ou a forma como está sendo posto destorce sua principal finalidade?

Nesta toada, compete a presente pesquisa a finalidade de destrinchar essa instituição por meio de seu estudo legal, e verificar a aplicação de sua principiologia constitucional e processual penal teoricamente norteadora.

1. Histórico do Tribunal do Júri

A instituição do tribunal do júri é fruto de um processo histórico, do surgimento da necessidade de atender ao anseio popular por justiça e da necessidade que se observou por volta do século XVIII de desvincular a decisão de alguns crimes das mãos dos juízes que serviam especialmente aos interesses estatais e não da população (NUCCI, 2009).

Para tratar da importância do estudo do Tribunal do Júri, é necessário inicialmente, entender como funciona essa instituição, dessa forma, será feita adiante breve exposição do histórico do Tribunal Popular, tanto em relação a sua origem, como em relação a sua evolução no ordenamento jurídico pátrio.

Como é sabido, o júri existe desde a antiguidade, apesar de não ser conhecido como tribunal desde seu início, podemos perceber que essa instituição existe em seus traços mais básicos há muito tempo, sendo oriundo de civilizações como Grega e Romana.

O Tribunal do Júri foi estabelecido pela primeira vez no Brasil, apenas com a outorga da constituição de 1824, com a função de julgar tanto matérias cíveis como criminais, desde então essa instituição esteve presente no nosso ordenamento jurídico ainda que implicitamente, como na Carta Magna de 1937. A constituinte de 1891 manteve o júri estatuído no período do império, concedendo essa garantia, tanto para brasileiros como para estrangeiros, assim como buscou assegurar direitos à liberdade, propriedade e à segurança individual.

Em 1934 o instituto do Júri passa a integrar capítulo do Poder Judiciário, por meio da promulgação de uma nova Constituição. Por sua vez, a constituição de 1937 se omitiu sobre a continuidade da instituição do júri, sendo suprido o Decreto-lei n. 167, de 1938 que recolocou o tribunal no ordenamento constitucional brasileiro, excluindo a soberania dos veredictos, além de limitar a competência do júri aos crimes de homicídio, induzimento ou auxílio ao suicídio, infanticídio, roubo ou duelo seguido de morte, nas formas consumadas ou tentadas. (COSTA JR., 2007) (NUCCI, 1999).

O processo de redemocratização, marcado pelo fim da Era Vargas, abriu caminho para o estabelecimento da Carta constitucional de 1946, que se inspirou, na Constituição de 1934, buscando estabelecer ideais democráticos, colocando-o entre os direitos e garantias individuais. Pode-se perceber que essa constituição foi deveras importante, pois trouxe bastantes mudanças na estrutura do Tribunal Popular, que mais tarde vieram a influenciar a Carta constitucional de 1988. Na Magna Carta de 1967 o júri foi colocado no capítulo “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, em seu artigo 150, § 18º.

Atualmente o instituto em voga encontra-se estatuído na Constituição Federal no rol de garantias constitucionais, no artigo 5º, inciso XXXVIII. Nesse dispositivo são estabelecidos os princípios norteadores da estrutura do tribunal popular, são estes: princípio da plenitude de defesa, da soberania dos veredictos, do sigilo das votações e da competência para julgamento dos crimes dolosos contra a vida; esse pilar principiológico somado à observância do procedimento legal do Júri que sustentará o desenvolvimento dessa pesquisa.

2. Análise empírica das sessões do Tribunal do Júri

Antes de adentrar propriamente a exposição desse estudo, as palavras de Aury Lopes Júnior mostram se bastante pertinentes:

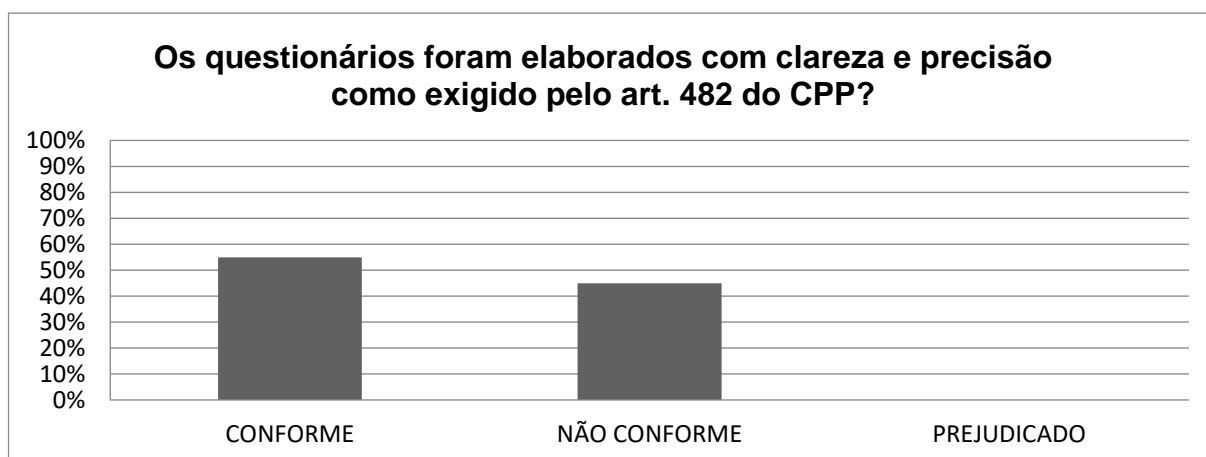
Um dos graves problemas para a evolução de um determinado campo do saber é o repouso dogmático. Quando não se estuda mais e não se questionam as “verdades absolutas”. O Tribunal do Júri é um dos temas em que a doutrina nacional desfruta de um longo repouso dogmático, pois há anos ninguém (ousa) questiona(r) mais sua necessidade e legitimidade. LOPES (2014).

2.1 Aplicação dos questionários e resultados

O objetivo desse estudo foi avaliar a estrutura típica do Tribunal do Júri e sua correspondência com a realidade prática, por meio de uma pesquisa teórica e de campo. A metodologia foi construída a partir da elaboração de um questionário de conformidade, objetivando verificar se são respeitados o procedimento formal e os princípios constitucionais e processuais orientadores do Tribunal do Júri.

Foram aplicados questionários em 20 sessões do Tribunal do Júri nas Comarcas de Caruaru e Palmares, e a partir da tabulação dos resultados constataram-se falhas procedimentais, que evidenciam a desvirtuação do objetivo precípua do tribunal do júri, que é a realização de justiça.

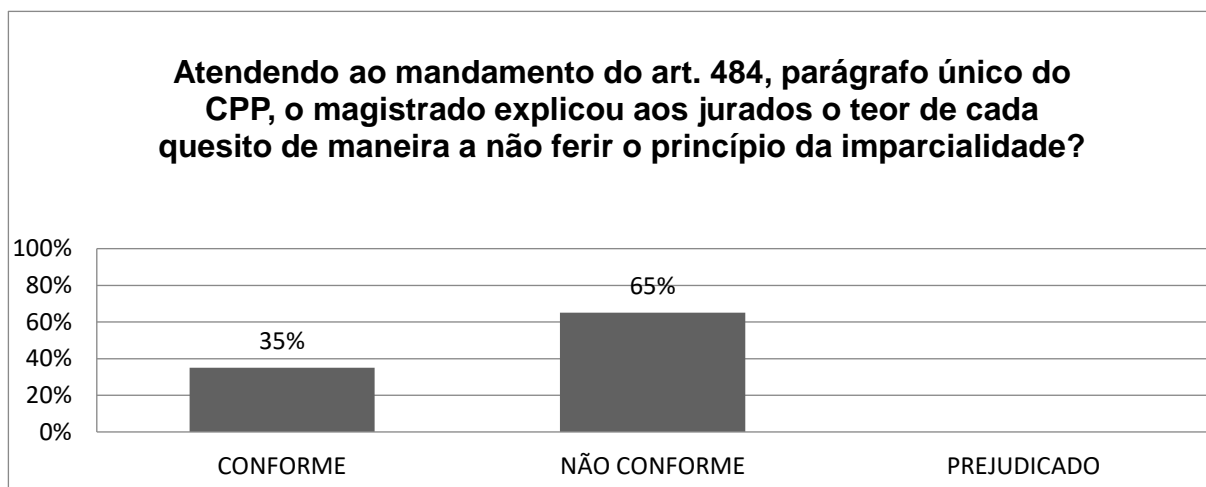
Gráfico 1



Ficou constatado que, 45% dos quesitos não foram elaborados com clareza e precisão. Os quesitos foram formulados genericamente, sem a devida subsunção do fato a norma, de modo a contaminar o entendimento do jurado.

Um exemplo bastante claro do que se tem afirmado é que em um dos júris analisados o juiz presidente da sessão quesitou a tese defensiva acerca do reconhecimento da privilegiadora do relevante valor moral de forma a induzir os jurados a erro.

Gráfico 2



Verificou-se que em 65 % não houve por parte do juiz presidente a postura de explicar aos jurados o teor de cada quesito antes da votação na sala secreta. Essa é uma conduta inclusive prevista no parágrafo único do art. 484 do Código de Processo Penal.

Houve casos em que a inovação da tese defensiva ocorreu nos últimos minutos da tréplica, fato que provavelmente confundiu os jurados, o que requer a conduta por parte do juiz togado de explicar de forma clara e precisa o teor de cada quesito.

É importante destacar também que, na sala secreta, quando explicava o teor dos quesitos aos jurados, muitas vezes o juiz togado referia-se as respostas aos quesitos afirmando que o voto “sim” correspondia ao Ministério Público e o voto “não” correspondia à defesa, ferindo dessa maneira o princípio da imparcialidade.

Gráfico 3

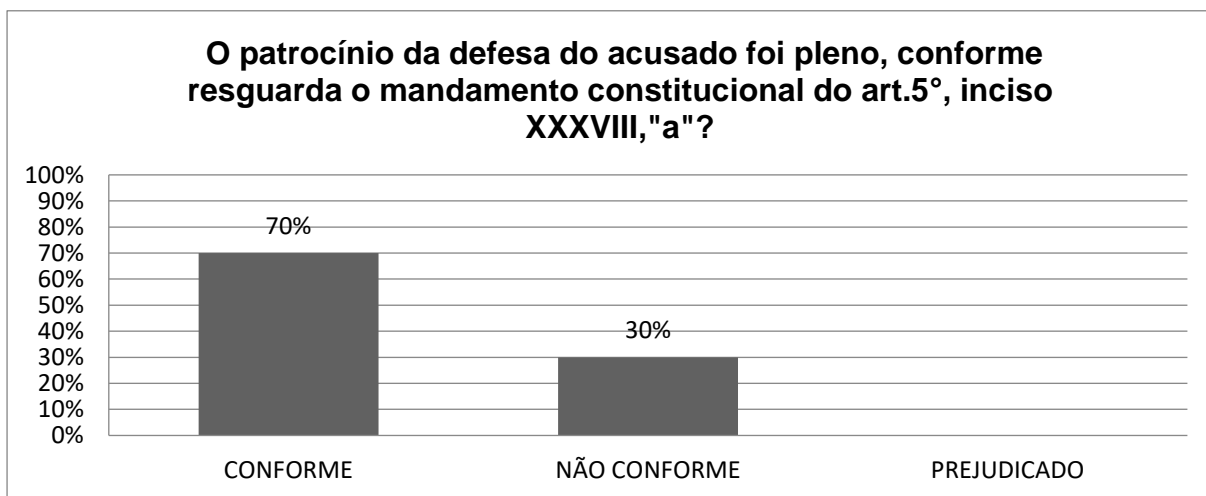


Em 20% dos casos o princípio do contraditório não foi respeitado, uma vez que as testemunhas, imprescindíveis ao julgamento do caso, não foram ouvidas por não terem sido arroladas em momento oportuno, na fase do art. 422 do Código de Processo Penal.

Art. 422. Ao receber os autos, o presidente do Tribunal do Júri determinará a intimação do órgão do Ministério Público ou do querelante, no caso de queixa, e do defensor, para, no prazo de 5 (cinco) dias, apresentarem rol de testemunhas que irão depor em plenário, até o máximo de 5 (cinco), oportunidade em que poderão juntar documentos e requerer diligência.

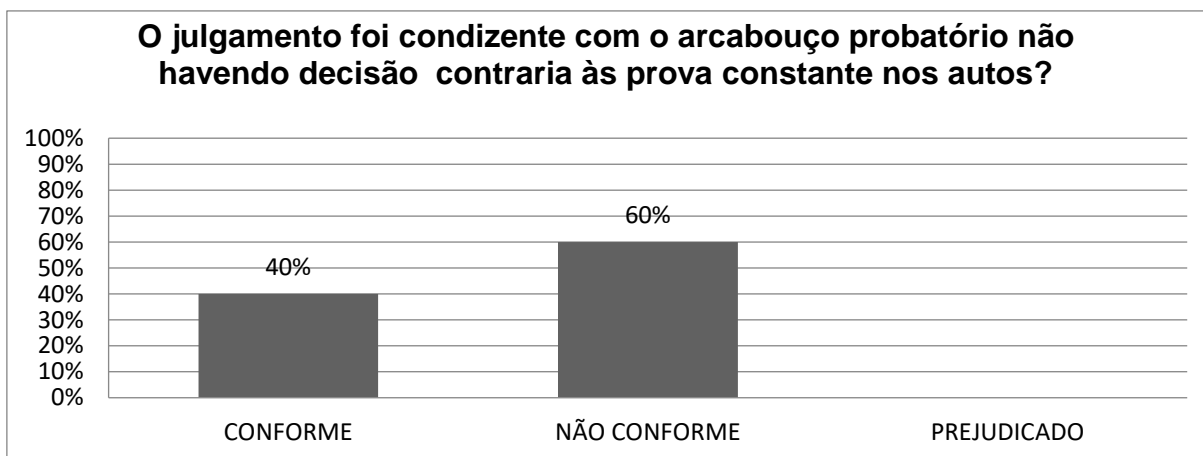
Não há como o advogado do réu contrapor as alegações do Ministério Público, apenas com as provas do inquérito, provavelmente não haverá provas a favor do réu, uma vez que na fase inquisitorial inexistente o contraditório. A ausência de produção da prova testemunhal em razão da preclusão do prazo do art. 422 atinge igualmente o princípio da verdade real e da paridade de armas.

Gráfico 4



Em 30% dos casos a defesa técnica não foi devidamente exercida, a título de exemplificação em um dos júris assistidos o advogado do réu só teve acesso aos autos trinta minutos antes do julgamento, fato que comprova a deficiência da defesa técnica. Nessas situações, a defesa utilizou a maior parte do tempo destinado a sustentação de sua tese fazendo a mera leitura dos autos do processo; em certo julgamento, o advogado, por não conhecer os autos acabou confundindo os fatos e demonstrando insegurança em suas colocações.

Gráfico 5

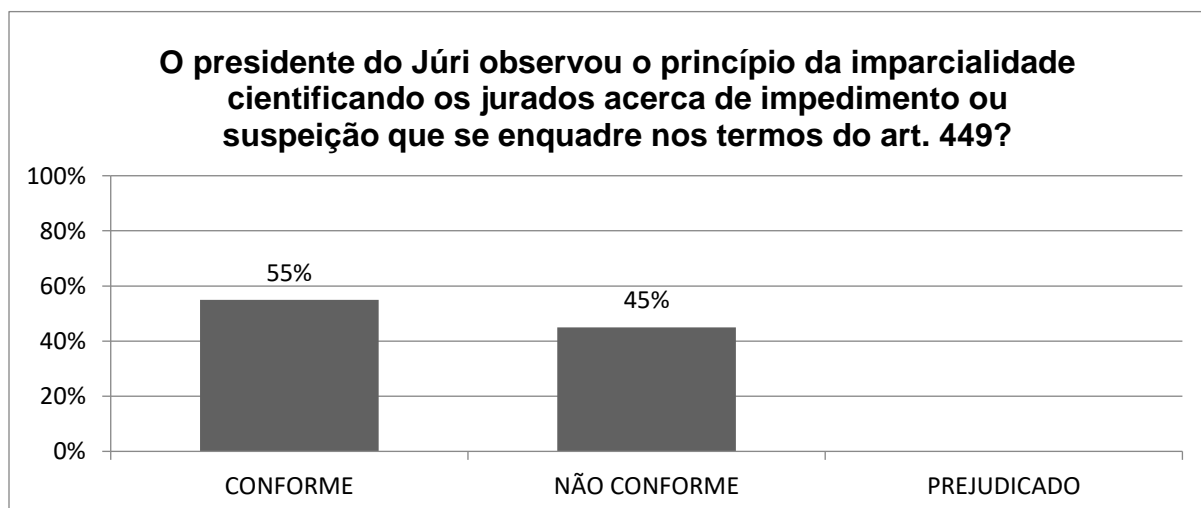


Da análise do gráfico anterior percebe-se que, 60% dos júris apresentaram decisão manifestamente contrária aos autos. Muitos indivíduos foram condenados sem haver prova de autoria delitiva, apenas através de testemunhas de ouvir dizer.

Percebeu-se nos casos analisados que, muitos réus foram condenados simplesmente pela sua personalidade voltada para o crime, em razão de seus antecedentes criminais, não havendo testemunhas que afirmassem com certeza a respeito da autoria delitiva dos réus. Isso caracteriza o que Aury Loppes Junior designaria “direito penal do autor”. Veja-se:

Então, mormente os jurados fazem um julgamento em razão do que o réu é e não efetivamente pelo delito que este cometeu. No tribunal do Júri muitas das vezes vige o tão combatido direito penal do autor, no qual julga-se com base em características pessoais do réu, através de sua folha de antecedentes criminais e sua conduta perante a sociedade (sem falar da condição econômica ou racial)[4].

Gráfico 6

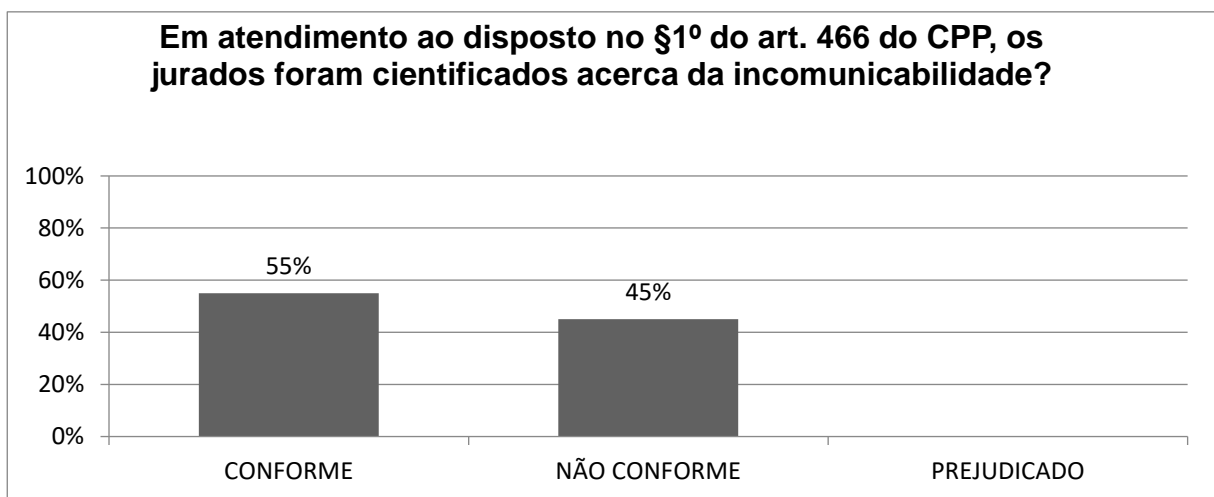


O rito do júri prevê, como conduta obrigatória, que o juiz togado, antes de realizar o sorteio dos sete jurados que irão compor o conselho de sentença, cientifique os presentes sobre as hipóteses de suspeição, impedimento e as incompatibilidades constantes dos arts. 448 e 449 do CPP. Veja-se:

Art. 466. Antes do sorteio dos membros do Conselho de Sentença, o juiz presidente esclarecerá sobre os impedimentos, a suspeição e as incompatibilidades constantes dos arts. 448 e 449 deste Código. (Redação dada pela Lei nº 11.689, de 2008).

Em que pese tal dispositivo ser oriundo da reforma da Lei 11.689/08, na prática verificou-se que em 45% dos casos o magistrado descumpriu o preceito legal, abrindo margem para a quebra do princípio da imparcialidade.

Gráfico 7



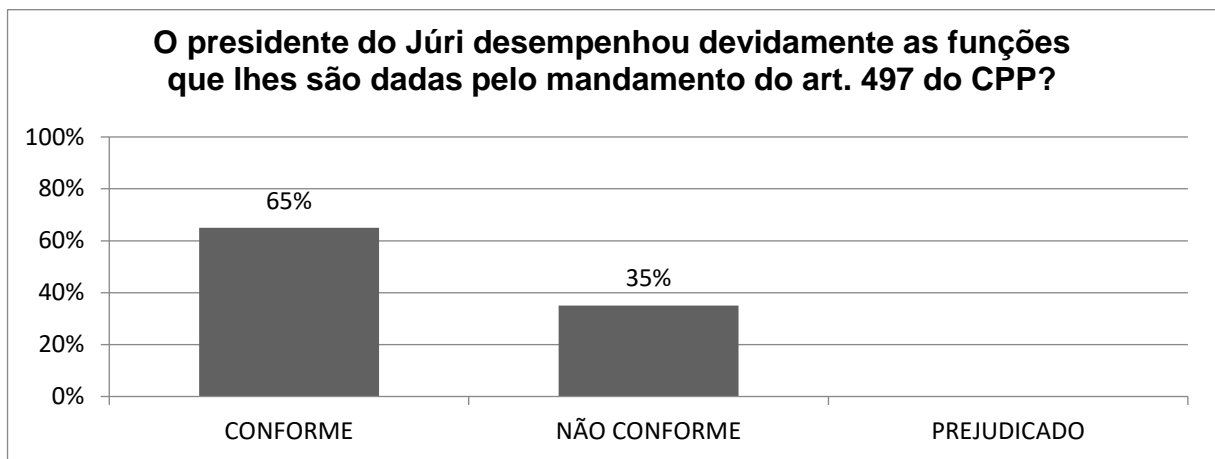
Também é de índole obrigatória a conduta de alertar os jurados que, uma vez sorteados, estes não poderão comunicar se entre si e com outrem, nem manifestar sua opinião sobre o processo, conforme enuncia o parágrafo 1º do dispositivo supracitado:

Art.466 [...]

§ 1 O juiz presidente também advertirá os jurados de que, uma vez sorteados, não poderão comunicar-se entre si e com outrem, nem manifestar sua opinião sobre o processo, sob pena de exclusão do Conselho e multa, na forma do § 2º do art. 436 deste Código. (Redação dada pela Lei nº 11.689, de 2008).

Contudo, percebeu-se igualmente que em 45% dos casos houve o descumprimento deste dispositivo, fato que oportuniza a cisão do princípio do sigilo das votações.

Gráfico 8



Em 35% dos casos analisados o juiz presidente não desempenhou devidamente sua função de regulamentar a intervenção das partes durante o plenário, tal conduta é uma formalidade prevista no art, 497, XII do Código de Processo Penal:

Art. 497. São atribuições do juiz presidente do Tribunal do Júri, além de outras expressamente referidas neste Código:

XII – regulamentar, durante os debates, a intervenção de uma das partes, quando a outra estiver com a palavra, podendo conceder até 3 (três) minutos para cada aparte requerido, que serão acrescidos ao tempo desta última.

Nas situações verificadas, por diversas vezes tanto o representante do Ministério Público como o advogado do réu intervia na palavra de seu oponente, sem pedir autorização do juiz presidente da sessão, muitas vezes com o mero intuito de desestabilizar a sustentação oral da parte contrária. Constatou-se que em ambas as comarcas o juiz togado não segue esse procedimento formal, dando margem inclusive para que a intervenção ultrapasse o tempo legal estimado no supracitado dispositivo legal.

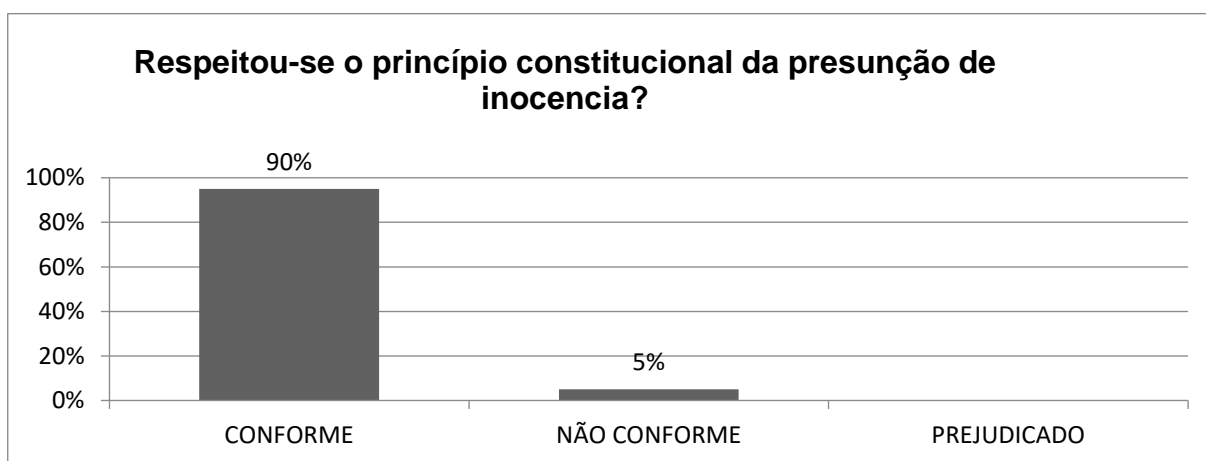
Gráfico 9



A partir da aplicação dos questionários, evidenciou-se ainda que em 20% das sessões analisadas o sorteio do conselho de sentença foi realizado a portas fechadas, sem que houvesse razão justificável para tanto, ferindo, por conseguinte, o princípio da publicidade conforme mandamento constitucional (art. 5º, LX da CF) e infraconstitucional (art. 792 do CPP).

Há de se ressaltar ainda que, apesar de encontrar previsão no ordenamento jurídico pátrio, a realização do sorteio de jurados sem a presença da população que tenha eventualmente ido assistir o julgamento popular apenas culmina em grave prejuízo ao julgamento a depender do caso concreto, sendo essencial que seja realizado de forma a oportunizar as partes a renúncia, em respeito ao princípio da ampla defesa e do contraditório.

Gráfico 10



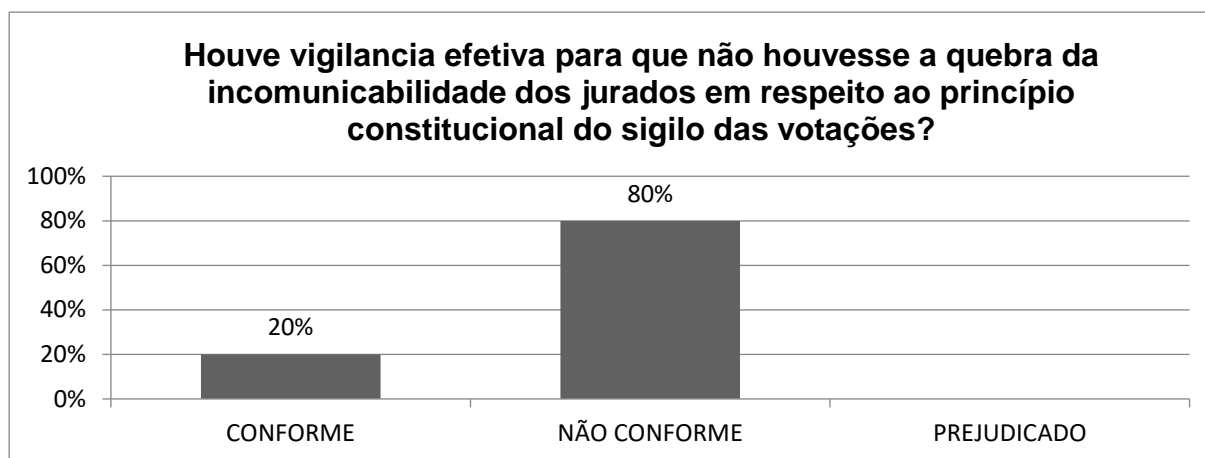
Em 5% dos casos não houve respeito a presunção de inocência. Cabe destacar que, em um dos casos analisados, a defesa externou o inconformismo e a estranheza quanto ao posicionamento do acusado em plenário, tendo em vista que desde o primeiro momento da sessão o mesmo foi mantido de costas para os jurados e toda plateia.

O juiz presidente da sessão, ao ser indagado pela bancada de defesa quanto à posição do réu, disse que os estes não se sentiam a vontade e que estavam com medo, inclusive chamando todos os jurados para uma rápida reunião, atitude que violou o princípio da presunção de inocência.

Nesse mesmo julgamento, o representante do Ministério Público iniciou sua fala, reportando-se ao desaforamento do processo de julgamento do réu e enfatizando a periculosidade do acusado, ainda, proclamou ainda a seguinte frase: “ nós vamos fazer aqui o que os jurados de Orobó não tiveram coragem”, seguindo sua fala em torno da palavra medo.

Presencia-se nesse caso grave violação a presunção de inocência, fato que repercute na imparcialidade do julgamento, visto que o jurado não pode estar receoso ao decidir.

Gráfico 11



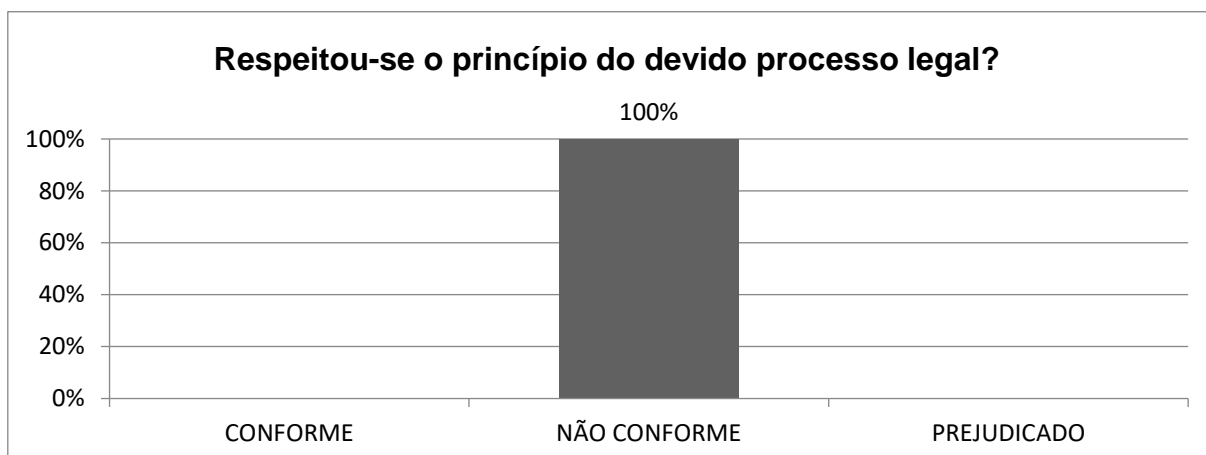
Em 80% dos casos analisados não houve a efetiva vigilância dos jurados no intuito de restringir a comunicação sobre assuntos relacionados ao processo em julgamento. Nos momentos de pausas da sessão, os jurados não eram devidamente fiscalizados, muitos iam ao banheiro com o celular no bolso e conversavam sem a vigilância do oficial.

Cabe salientar que, em uma das pausas para ida ao banheiro, dois jurados citaram o nome do réu que estava sendo julgado, presumindo-se que os dois dialogavam sobre o julgamento do réu; destaque-se que eles não estavam acompanhados do oficial de justiça.

Quanto à temática da incomunicabilidade dos jurados, é importante destacar o seguinte trecho do HC 49119 PA 2005/0176214-9.:

A incomunicabilidade dos jurados existe para resguardar o princípio do sigilo das votações do Júri (CF, art. 5.º, XXXVIII,b), que constitui garantia das liberdades individuais e, por isso, sua violação configura nulidade absoluta (CPP, art. 564, III, j, c.c. o art. 458, § 1.º [atual art. 466, § 1.º]). (...) Pode-se admitir que os jurados conversem entre si, desde que sobre fatos alheios ao julgamento. Se, por falta de vigilância eficiente, não se pode ter certeza do conteúdo da palestra, esta se torna suspeita e contrária à dignidade da atividade jurisdicional, que exige que o ato seja imaculado, no seu resultado e na forma como se chega a ele.

Gráfico 12



Constatou-se, em todos os casos analisados, o descumprimento de, no mínimo, um princípio constitucional ou processual penal, além de diversos vícios e falhas procedimentais que, por consequência, atingem o princípio do devido processo legal.

3. Relação promíscua entre os integrantes do Júri

É cediço que as causas de suspeição e impedimento dos jurados estão dispostas no art. 462 do Código de Processo Penal, todavia, através da lei 11.689/08, houve a inclusão do parágrafo 2º nesse mesmo diploma legal e passou-se a dispor que “Aplicar-se-á aos jurados o disposto sobre os impedimentos, a suspeição e as incompatibilidades dos juízes togados.”

Nesta toada, um aspecto passou a chamar atenção no que diz respeito as hipóteses de suspeição dos jurados. A partir da reforma oriunda da lei supracitada, os jurados que forem amigos íntimos ou inimigos capitais de quaisquer das partes não poderão servir no mesmo conselho de sentença; é o que dispõe o art. 254 do Código de Processo Penal. Veja-se:

Art. 254. O juiz dar-se-á por suspeito, e, se não o fizer, poderá ser recusado por qualquer das partes:

I - se for amigo íntimo ou inimigo capital de qualquer deles [...]

Em que pese haver a expressa disposição legal nesse sentido, ao investigar tais condutas nas sessões das duas comarcas analisadas (Caruaru/PE e Palmares/PE) percebeu-se que, para além de uma relação cordial entre os componentes dessa instituição, há uma relação de verdadeira amizade e troca de experiências.

Na Vara do Júri da comarca de Caruaru/PE foi possível perceber que certos membros do Ministério Público, mantinham relações de amizade com alguns jurados. Inclusive, um jurado foi até à Promotoria do Júri a procura de certo Promotor de Justiça, tendo em vista que este teria dito que fosse ao Ministério Público que lhe “arranjaria um estágio”.

Também foi possível perceber uma relação de íntima amizade entre os próprios jurados e dos jurados com os funcionários da Vara do Júri. Talvez pelo fato de que boa parte do conselho de sentença constitui-se de servidores, inclusive do próprio Tribunal de Justiça. Percebe-se aqui, além da quebra da imparcialidade, o descumprimento do princípio da heterogeneidade do corpo de jurados.

Conforme preleciona Paulo Rangel (2011):

No Júri, há a afirmativa de que os iguais julgam os iguais: o réu é julgado pelos seus pares. Contudo, basta verificar a formação do Conselho de Sentença para saber que tal afirmativa não é verdadeira: em regra, funcionários públicos e profissionais liberais. E os réus? Pobres. Normalmente, traficante de drogas e, excepcionalmente, Um de nós. O que, por si só, faz com que o Júri faleça de legitimidade. Defende-se que o tribunal popular seja formado por pessoas das mais diversas camadas sociais, possuindo, o Conselho de Sentença, jurados das mais diversas classes sociais.

A situação passa a se complicar ainda mais na Vara do Júri da comarca de Palmares/PE, tendo em vista que, em uma das sessões de julgamento, durante o intervalo, o juiz togado pegou alguns chicletes que estava na bancada do membro do Ministério Público, ofereceu aos jurados, e ainda proferiu o seguinte: “ Aqui todos somos amigos”.

Chegando ao plenário com certa antecedência é possível observar tanto promotores de justiça como defensores e advogados em conversas descontraídas com os jurados. O perfil dessas figuras muitas vezes denota o poder de seduzir os julgadores, uma vez que ao final de cada Júri cumprimentam todos os jurados, inclusive decoram seus nomes, perguntam como estão seus familiares, como passaram o fim de semana.

Tal lógica perversa indica o que Alexandre Morais da Rosa nomeia de teoria dos jogos:

A autoridade do argumento pode ser maior se o jogador conhecer as preferências do julgador (e seus assessores, acompanhar seus julgados e os livros de sua estante.). Por isso que o manejo da tática correta, no contexto justo, muda o resultado da partida e justifica, desde já, a modificação da compreensão do processo penal. Para além da metafísica, faremos um percurso pela teoria da guerra (sempre imprevisível) e a teoria dos jogos. (ROSA, 2015, p.81)

Considerações finais

É perceptível que a forma como Tribunal Popular se impõe na realidade prática desvirtua o seu maior objetivo, que seria atender as demandas da população sem deixar de lado a luta pela justiça, isso pode ser confirmado ao se observar inúmeros julgamentos sendo realizados sem o mínimo respeito aos princípios constitucionais e processuais.

No estudo realizado percebeu-se a violação dos seguintes princípios constitucionais e processuais penais: Plenitude de defesa; Ampla defesa; Contraditório; Verdade real;

Imparcialidade; Publicidade; Presunção de inocência; Paridade de Armas; In dubio pro réo; Incomunicabilidade dos jurados; Devido processo legal.

Inferre-se, portanto que, na prática, a instituição do Tribunal do Júri não respeita seus limites legais e os princípios constitucionais e processuais norteadores, dessa forma, vícios e nulidades mostram-se presentes no transcorrer do procedimento. É necessária especial atenção e um maior cuidado na observância do procedimento legal do Júri para que haja a efetivação da justiça nos julgamentos em plenário.

Referencias

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2014..

_____. **Tribunal do júri precisa passar por uma reengenharia processual**, 08 ago. 2017. Disponível em Acesso em: 29 ago. 2014.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

_____. **Código de Processo Penal Brasileiro**. Brasília: Senado Federal, 1941.

COMPANHOLE, Adriano. **Todas as Constituições do Brasil** . Disponível em <<http://www.arcos.org.br/periodicos/revista-eletronica-de-direito-processual/volume-iii/o-tribunal-do-juri-como-garantia-fundamental-e-nao-como-mera-regra-de-competencia-uma-proposta-de-reinterpretacao-do-art-5o-xxxviii-da-constituicao-da-republica>> . Acesso em ago 2017.

COSTA JR. José Armando da. **O Tribunal do Júri e a Efetivação de seus Princípios Constitucionais**. Universidade De Fortaleza - Unifor Centro De Ciências Jurídicas - Ccj Programa De Pós-Graduação Em Direito Constitucional. 2007. Disponível em <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp049129.pdf>> . Acesso em ago 2017.

DE SOUZA NUCCI, Guilherme. **Código de processo penal comentado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Júri: princípios constitucionais**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

DUTRA, Fábio. **Algumas Questões Sobre o Tribunal do Júri**. 2008. Disponível em <http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=b807f95b-11fa-4404-b2f7-acbd9d8394bb&groupId=10136>. Acesso em mar 2016.

RANGEL, Paulo. **Tribunal do Júri: visão linguística, histórica, social e jurídica**. 5ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2015. p. 43

SILVA, FRANKLYN ROGER ALVES. **História Do Tribunal Do Júri—Origem e evolução no sistema penal brasileiro**. 2008.

STJ- Superior Tribunal de Justiça – HABEAS CORPUS: HC 49119 PA 200/0176214-9

A ABRANGÊNCIA DO FORO “PRIVILEGIADO” POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO E SUAS IMPLICAÇÕES

Nadine Raquel Gonçalves Araújo¹

Resumo

O presente trabalho tem como objetivo estudar a abrangência do foro por prerrogativa de função no Brasil, sua aplicabilidade, bem como as implicações fáticas e jurídicas oriundas do seu alcance. Parte da premissa de que o instituto jurídico em análise constitui uma errônea exceção ao princípio constitucional da igualdade em prol daqueles que deveriam dar exemplo de tratamento igualitário. Para o tratamento do tema foram empregados procedimentos e metodologia qualitativa, sendo realizada pesquisa doutrinária para a construção do mesmo, além de utilização de artigos científicos, legislação vigente e textos políticos-jurídicos, que aliados a análise quantitativa de dados de pesquisa publicada recentemente, realizada entre os anos de 2016 e 2017, formaram o alicerce para o trabalho. Destaca-se no trabalho que as cortes superiores, em especial o Supremo Tribunal Federal, não conseguem abarcar todos os processos, causando uma demora excessiva no julgamento. Assim, grande parte das ações penais daqueles têm foro privilegiado, em função do cargo que exercem, prescrevem ou são posteriormente destinadas as instâncias inferiores, se traduzindo em uma enorme sensação de impunidade.

Palavras-chave: Foro Especial. Foro por Prerrogativa de Função. Princípio da Isonomia.

Introdução

O estudo do instituto jurídico do foro por prerrogativa de função é de primordial importância, sobretudo diante dos constantes escândalos associados a corrupção que assolam o Brasil e principalmente na conjuntura política que o país tem vivenciado, visto que, muitas vezes é taxado de ser utilizado como instrumento de proteção, a fim de garantir a impunidade e como forma de esquivar-se da justiça.

Inicialmente, a pesquisa se ateve a estudar o foro por prerrogativa de função, sua finalidade e os institutos a ele concernentes. Para tanto, foi priorizado o estudo da atribuição da competência originária em ações penais ao Supremo Tribunal Federal, deixando-se a análise de outros tribunais para estudos posteriores.

Em seguida, foi apresentado os desafios e percalços que tal prerrogativa ocasiona no ordenamento jurídico brasileiro, a exemplo da prescrição da punibilidade nos processos penais, da múltipla alteração de instâncias durante o curso do processo e da falta de estrutura do Supremo Tribunal Federal para atuar como juízo criminal de 1º (primeiro) grau.

A pesquisa também apresenta informações extraídas de estudo realizado com inquéritos e ações penais sob os quais são aplicadas a prerrogativa, bem como, comparações com sistemas

¹ Graduanda do Curso de Direito – Centro Universitário Tabosa de Almeida – ASCES/UNITA – Caruaru/PE

de distribuição de competências internacionais. Ao final, foi imperioso trazer decisão do Supremo Tribunal Federal, a qual coaduna com o entendimento de que é preciso realizar alteração na aplicação do foro por prerrogativa de função.

Nestas linhas, trataremos a respeito da importância de repensar a atribuição de competência originária ao Supremo Tribunal Federal, a fim de evitar que pessoas detentoras de cargos públicos detenha privilégios injustificados, preceito este que apenas se concretizará com a extinção ou restrição do foro por prerrogativa de função.

1. O Foro por Prerrogativa de Função e sua Abrangência

O princípio do juiz natural é consagrado pelo texto constitucional como direito e garantia fundamental, dispondo a Lei Maior que não haverá júízo ou tribunal de exceção (CRFB, art. 5º, XXXVII) e que ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente (CRFB, art. 5º, LII), estabelecendo assim que toda a prestação jurisdicional será regida pelas normas de competência constitucionais.

A competência territorial é adotada no Brasil como a regra, seguida pela atribuição da competência em razão da matéria tratada e do critério hierárquico-funcional. Além desses critérios, são observadas outras circunstâncias, a exemplo do valor da causa, da natureza da ação e a qualidade da parte. Este último, abrange o foro titulado pela doutrina de foro por prerrogativa de função.

O foro por prerrogativa de função compreende a atribuição legal da competência originária a um tribunal para processamento e julgamento das infrações penais comuns praticadas por certas pessoas em razão do alto cargo que ocupam ou da função pública que desempenham nos diversos poderes de administração estatal.

Para os parlamentares ocupantes de cargos no Congresso Nacional, a previsão legal está no artigo 53, § 1º da Constituição da República Federativa do Brasil, que dispõe que “Os deputados e senadores, desde a expedição do diploma, serão submetidos a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal” (CRFB, art. 53, § 1º, com redação dada pela EC n. 35/2001).

No mesmo sentido, dispõe o artigo 102, I, “b” da Carta Magna ser de competência originária do Supremo Tribunal Federal processar e julgar o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República, nas infrações penais (CRFB, art. 102, I, “b”).

Para os Ministros de Estado, 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 das infrações penais comuns, a prerrogativa do foro por prerrogativa de função também abrange os crimes de responsabilidade (CRFB, art. 102, I, “c”).

Além do Supremo Tribunal Federal, a Constituição Federal atribui competência originária ao Supremo Tribunal de Justiça, aos Tribunais Regionais Federais, aos Tribunais Regionais Eleitorais e aos Tribunais de Justiça. Além da Constituição Federal, as Constituições Estaduais também atribuem a competência originária aos Tribunais de Justiça (CRFB, art. 96, art. 102, art. 105, art. 108, art. 121).

A palavra foro, quando relacionada a competência do Poder Judiciários, nos remete a um espaço determinado por força política e geográfica, onde certo juízo ou tribunal exercerá a sua competência jurisdicional. Cumpre ressaltar que o foro especial decorrerá sempre da lei, cabendo observância estrita ao princípio da legalidade.

Acerca da atribuição da competência originária a um tribunal, esclarecem Grinover, Fernandes e Gomes Filho (2001, p. 49):

Não se confunde com tribunais de exceção a Justiça especializada, orgânica, pré-constituída, integrante do Poder Judiciário, onde ocorre apenas uma prévia distribuição da competência, ora em razão das pessoas, ora em razão da matéria. Os tribunais ad hoc funcionam para cada caso concreto, enquanto a Justiça especializada aplica a lei a todos os casos de determinada matéria ou envolvam determinada pessoa. Também não consubstanciam transgressão ao princípio do juiz natural as regras que estabelecem a competência originárias dos tribunais, para o processo e julgamento de determinadas pessoas, em razão da denominada “prerrogativa de função”.

Como conceituação do foro privilegiado, podemos destacar os seguintes entendimentos:

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 (FILHO, 1990: 188).

(...) 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 (DINIZ, 2005: 807).

Em suma, a prerrogativa de foro se traduz na atribuição legal de competência originária aos tribunais, para processarem e julgarem ações e inquéritos de determinados pessoas. O termo utilizado por Maria Helena Diniz “regalia concedida legalmente” concorda com o entendimento

acima colacionado dos autores Grinover, Fernandes e Gomes Filho, uma vez que a previsão legal retira a ideia de violação a competência jurisdicional.

A finalidade do foro *ratione personae* consiste na tentativa de evitar a influência que poderia ser ocasionada no julgamento de ocupantes de certos cargos por órgão jurisdicionais com situação hierárquica inferior na organização estatal, visando garantir assim, a atuação independente do Poder Judiciário.

O foro por prerrogativa de função dos ocupantes de cargo Congresso Nacional abrange os crimes comuns cometidos durante a vigência do mandato, mesmo que a infração não se relacione com o exercício do cargo de parlamentar e crimes ocorridos ante da diplomação nos quais estejam em curso o inquérito policial ou a ação penal, caso em que os autos serão encaminhados ao Supremo Tribunal Federal.

Segundo a regra da atualidade do mandato, a prerrogativa de foro se iniciará com a diplomação e durará até o término do mandato, não dizendo respeito à figura do ocupante do cargo, mas sim à função pública que este exerce. Com a cessação do mandato, cessa também o foro especial, visto que a prerrogativa pertence ao cargo e não a pessoa.

A *ratio essendi* do instituto do foro por prerrogativa de função divide opiniões entre ser o instituto uma outorga de prerrogativa inerente ao cargo ou um privilégio concedido àqueles que deveriam dar exemplo de tratamento igualitário. No primeiro entendimento, tem-se que sua função é garantir a segurança do julgamento de um órgão colegiado.

Assim, parte da doutrina acredita que a garantia se harmoniza com as estruturas de um regime democrático, com este amoldando-se, e que não atenta com o princípio da igualdade (DELGADO, 2004, p. 11). Em contrapartida, há posicionamentos divergente, em que se acredita que a exceção processual é concebida para garantir a impunidade e que a sua aplicação constitui um privilégio pessoal (ALMEIDA, 2010, p. 68).

Nesse sentido, discorre Leonardo Sarmiento, acerca da utilização dos termos “foro privilegiado” e “foro por prerrogativa de função”. Segundo o autor, o termo foro por prerrogativa de função se refere à agregação da prerrogativa em razão da função ocupada pelo agente ativo para ser processado e julgado por órgão judicante superior na ordem hierárquica (SARMENTO, 2017).

Já o termo foro privilegiado não existe juridicamente, mas foi adotado pelas práxis jurídica. Não existe juridicamente porque atende diretamente aos interesses pessoais do jurisdicionado, existindo em razão da pessoa e não do cargo que ocupa. É neste ponto que está a divergência doutrinária, pois, faz surgir a dúvida se o próprio foro por prerrogativa de função

da maneira que vem se materializando está protegendo a função e atividade do cargo ou a pessoa por ele atingida (SARMENTO, 2017).

Após tais observações, é importante frisar que a escolha do título para o presente estudo foi empregado o termo foro “privilegiado” por prerrogativa de função por partir da premissa de que a prerrogativa constitui um privilégio, uma errônea exceção ao princípio da isonomia constitucional. Da leitura do título tem-se que o foro por prerrogativa de função viola os princípios da democracia e da isonomia, constituindo, portanto, em um privilégio para aqueles que o detêm.

O emprego do termo foro “privilegiado”, em consonância com as razões supracitadas, não se refere a um instituto jurídico, o que tornaria o título redundante, uma vez que como exposto alhures a utilização da expressão não existe juridicamente. A palavra foi empregada como um rótulo, um adjetivo, que qualifica negativamente o foro por prerrogativa de função.

Logo, em que pese o foro *ratione personae* ter o objetivo de garantir a atuação independente do Poder Judiciário, há necessidade de análise de questões atinentes ao instituto que confrontam toda ordem jurídica, a fim de verificar se ocorrem violações a preceitos fundamentais do ordenamento jurídico brasileiro.

2. Os Efeitos do Foro Especial

Como método de comprovação de eficácia e organização, seja em linhas de produção ou no cotidiano, é comum que empresas e particulares adotem sistemas de mapeamento dos esforços e resultados obtidos com o método empregado. Na administração pública, seja em qualquer dos três poderes, não cabe se distanciar desses mecanismos de observação dos resultados obtidos com o comportamento ou decisão adotada.

Para averiguar se os efeitos do foro por prerrogativa de função atende os anseios de um sistema cada vez mais igualitário e se cumpre a sua finalidade quando da atribuição da competência originária de determinadas ações ao Supremo Tribunal Federal, nada mais apropriado do que verificar o andamento dos inquéritos e ações penais para os quais foram aplicados a prerrogativa.

Em pesquisa realizada pela Fundação Getúlio Vargas, através do Projeto Supremo em Números, é possível verificar o andamento processual das ações penais do Supremo Tribunal Federal. Inicialmente, cabe apresentar que o estudo mostra que 68,3% (sessenta e oito vírgula três por cento) de ações penais daqueles que detêm a prerrogativa de foro em razão do cargo que ocupam prescrevem ou são remetidas para instância inferior (FALCÃO, 2017, p. 59).

Com o elevado número de prescrição e declínio de competência pode-se concluir que em dois terços, ou seja, duas em cada três ações, não há decisão quanto ao mérito da acusação oferecida no Supremo Tribunal Federal. Segundo o levantamento realizado pela fundação, as condenações no Supremo Tribunal Federal somente ocorreram em 0,74% (setenta e quatro por cento) das ações penais propostas.

Nos inquéritos policiais, os números são maiores, porém, não menos surpreendentes, 38,4% (trinta e oito vírgula quatro por cento) prescreveram ou foram encaminhados a instâncias inferiores (FALCÃO, 2017, p. 57). O número demonstra que, apesar dos esforços empregados por muitos para defender a conveniência da prerrogativa de foro, este carece de eficácia, e pior, o elevado número de prescrições da pretensão punitiva resulta em uma enorme sensação de impunidade.

Durante os anos de 2002 até 2016 o número de inquéritos e ações penais recebidas pelo Supremo Tribunal Federal supera o de processos e inquéritos findos. Nos anos de 2003, 2007, 2011, 2013 e 2015 é visível o aumento dos números de inquéritos e ações penais no Supremo, anos que sucedem os anos de eleição (FALCÃO, 2017, p. 19).

Este aumento é associado a mudança da competência dos inquéritos e ações que tramitavam em primeira instância e que figuravam como investigado ou réu um parlamentar eleito. A mudança se dá com a aplicação da regra da atualidade do mandato e o processo permanecerá sob a competência do Supremo Tribunal Federal até o fim do mandato.

O projeto conclui que, em que pese a intenção da atuação do Supremo nos inquéritos e ações penais seja garantir a adequada tramitação do processo e viabilizar o julgamento de mérito do caso posto em análise, o órgão de jurisdição máxima não consegue cumprir com a missão a ele delegada, trazendo como principais motivos a demora na realização dos atos processuais e o declínio de competência

Assim, tem-se que aqueles que estão sob o crivo do foro “privilegiado” não viram réis e o fado do instituto é de ser utilizado como escudo contra a aplicação da penalidade legal pelos detentores da prerrogativa. Vislumbra-se através dos resultados acima colacionados a necessidade de repensar a gestão dos processos em que a competência foi atribuída originalmente ao Supremo Tribunal Federal.

Podemos elencar vários problemas associados a prerrogativa de foro: a) a morosidade do processamento de inquérito e ações penais perante o Supremo Tribunal Federal; b) a sensação de impunidade que assola a sociedade com processos arquivados pela prescrição da pretensão punitiva estatal; c) a impropriedade de uma Corte Suprema ocupar-se com inúmeros processos criminais que deveriam ser de competência de um juízo de primeira instância; d) o

declínio de competência dos inquéritos e ações quando da extinção, perca ou renúncia ao mandato; e e) o comprometimento da celeridade do próprio Supremo Tribunal Federal nas suas atribuições em razão de ocupar-se de ações e inquéritos que em grande parte serão remetidos a outro órgão julgador.

Em seus moldes, o foro por prerrogativa de função acaba inviabilizando o funcionamento da justiça, uma vez que caberia aos tribunais superiores julgarem recurso e reavaliar processos cuja instruções probatórias ocorressem em primeiro grau, e não colher provas, que distorce das atividades que competem aos tribunais:

Não obstante as diversas razões invocadas em sua defesa, é factível que o foro por prerrogativa de função não se coaduna com referenciais mínimos de igualdade, ao possibilitar tratamento diferenciado para os altos escalões do poder. Trata-se, em verdade, de mais uma feição da igualdade liberal, na qual “todos são iguais, mas alguns são mais iguais que outros” (Paulo Otero, 2007, p. 255).

Defender o foro por prerrogativa de função vai mais além do que violar o princípio da isonomia, é ferir os princípios de sociedade democrática e o próprio estado democrático de direito, fazendo prevalecer uma cultura de privilégios que afasta o país de valores republicanos.

A doutrina clássica discorda deste pensamento, pois, acredita que não existe violação aos princípios constitucionais e que o julgamento por órgão colegiado garante a independência dos julgadores. Neste sentido:

O objetivo colimado pela Constituição Federal, ao estabelecer diversas funções, imunidades e garantias aos detentores das funções soberanas do Estado, Poderes Legislativo, Executivo, Judiciário e a Instituição do Ministério Público, é a defesa do regime democrático, dos direitos fundamentais e da própria separação de Poderes, legitimando, pois, o tratamento diferenciado fixado a seus membros, em face do princípio da igualdade. Assim, estas eventuais diferenciações são compatíveis com a cláusula igualitária por existência de um vínculo de correlação lógica entre o tópico diferencial acolhido por residente no objeto, e a desigualdade de tratamento em função dela conferida, pois compatível com interesses prestigiados na constituição. (Alexandre de Moraes, 2014, p. 425).

Ao discutir acerca da imunidade parlamentar, da qual a prerrogativa de foro em razão da função é corolário, entende o autor:

Não prosperam, pois, assertivas sobre o eventual afastamento e desrespeito do princípio da igualdade (art. 5º, I, da Constituição Federal), como já visto anteriormente no capítulo inicial, em favor dos membros do Poder Legislativo, uma vez que a finalidade destas prerrogativas é a subsistência da democracia e do próprio Estado de Direito. (Alexandre de Moraes, 2014, p. 456)

O foro por prerrogativa de função não é adotado pelos Estados Unidos da América, por entenderem que tal mecanismo viola os valores republicanos. Inexiste para eles previsões acerca da adoção de foro especial para o processamento e julgamento de crimes cometidos por determinados agente, há exceção de casos particulares envolvendo embaixadores (DELGADO, 2004, p. 16).

Não apenas no país norte americano supracitado, mas em todos os países democráticos, a exceção de poucos países, inexistente o foro especial para ocupantes de cargos eletivos. As autoridades públicas são submetidas a julgamento, nas causas penais, perante os magistrados de primeiro grau, sem que nenhum privilégio lhes sejam conferidos em razão do cargo que ocupam.

Nas palavras proferidas por Guilherme de Souza Nucci (2006, p. 256):

Se à justiça cível todos prestam conta igualmente, sem qualquer distinção, natural seria que a regra valesse também para a justiça criminal. O fato de se dizer que não teria cabimento um juiz de primeiro grau julgar um Ministro de Estado que cometa um delito, pois seria uma subversão de hierarquia, não é convincente, visto que os magistrados são todos independentes em no exercício de suas funções jurisdicionais, não se submetem a ninguém, nem há hierarquia para controlar o mérito de suas decisões. Logo, julgar um Ministro de Estado ou um médico exige do juiz a mesma imparcialidade e dedicação, devendo-se clamar pelo mesmo foro, levando em conta o lugar do crime e não a função do réu.

E mais, complementa o autor:

Quanto à pretensão proteção que se busca, não vemos base para tanto. O juiz de 2º grau está tão exposto quanto o de 1º grau em julgamentos dominados pela política ou pela mídia. [...] Por que não haveria sentido, como muitos afirmam, que um juiz julgasse um Ministro do Supremo Tribunal Federal? Não está julgando o cargo, mas sim a pessoa que cometeu um delito. Garantir que haja o foro especial é conduzir justamente o julgamento para o contexto do cargo e não ao autor da infração penal. (NUCCI, 2006, p. 256)

As palavras do autor são claras, no sentido de não defender o foro por prerrogativa de função. Traz à baila argumentação sólida e contundente, da qual podemos destacar que não existe hierarquia quanto ao controle das decisões no Poder Judiciário, sendo o recurso a maneira adequada para um tribunal conhecer da ação e reformar ou não a decisão proferida pelo juízo *a quo*.

Não prospera a alegação de que se busca evitar a influência nos julgamentos e garantir a atuação independente do órgão jurisdicional, pois, assim como os juizes de primeira instância estão sujeitos a influência externa em seus julgamentos, também estão sujeitos a tais influências os desembargadores e ministros pertencentes aos tribunais.

Em suma, destaca-se que as cortes superiores não conseguem abarcar todos os processos, causando uma demora excessiva no julgamento. Assim, grande parte das ações penais daqueles têm foro privilegiado, em função do cargo que exercem, prescrevem ou são posteriormente destinadas as instâncias inferiores, traduzindo-se em uma enorme sensação de impunidade para a sociedade.

3. O Supremo Tribunal Federal e o Foro Privilegiado

A Constituição Federal trata a alteração da competência originária decorrente da prerrogativa de foro de forma taxativa, inclusive, desde sua instituição, a matéria é indeclinável, ou seja, cabe ao Poder Judiciário apenas observar e fazê-la ser aplicada no campo fático. Entretanto, várias discussões são travadas acerca da sua aplicabilidade, sobretudo diante da abrangência do instituto jurídico,

Através da atuação do Poder Judiciário a regra da atualidade do mandato não abrange integralmente as ações penais originárias dos Tribunais. O Supremo Tribunal Federal posicionou-se a respeito, entendendo que, nos casos em que verificada a intenção do Parlamentar em furtar-se do julgamento, deve-se manter a competência do foro por prerrogativa de função, mesmo quando houver renúncia do cargo, não havendo declínio de competência.

O entendimento é aplicado pela Suprema Corte há alguns anos, a exemplo do julgamento da Ação Penal 396 - Roraima, publicado em 28 de outubro de 2010, que teve como Relatora a Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha, que entendeu que o ato de renúncia praticado pelo então réu, Natan Donadon, um dia antes do julgamento, e o pedido realizado pela defesa de transferência do processo para justiça de primeiro grau, constituíam uma fraude processual inaceitável (STF, AP 396, 2010).

Acrescenta ainda a Ministra na decisão, que antes da renúncia e durante os 05 (cinco) anos em que o processo esteve tramitando no Supremo Tribunal Federal, o réu e a defesa não havia manifestado desejo algum que o processo tramitasse em uma vara da justiça de primeira instância, bem como, não haviam suscitado que o Tribunal não tinha estrutura suficiente para realizar a instrução, como alegaram após o ato de renúncia, sendo, portanto, manifesto o desejo de se furtar do julgamento.

Recentemente, o ministro Luís Roberto Barroso afetou ao Tribunal da Suprema Corte a análise da restrição ao foro por prerrogativa de função, dada a disfuncionalidade das intenções da prerrogativa ao atribuir tal competência aos Tribunais, onde na aplicação literal do texto legal relacionado a competência acaba por permitir a manipulação dos inquéritos e ações penais.

Conforme consta do respeitável despacho, publicado no dia 20 de fevereiro de 2017, proferido nos autos da Ação Penal 937 – Rio de Janeiro (STF, AP 937, 2017), o Relator Luís Roberto Barroso entende que o sistema não funciona, que se afasta dos ideais de justiça e que provoca congestionamento no Supremo Tribunal Federal. *In verbis*:

(...)

7. O presente caso revela a disfuncionalidade prática do regime de foro privilegiado, potencializado pela atual interpretação constitucional ampliativa acerca de sua aplicação. Confira-se a sequência dos fatos: 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. 8. 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.

Tenta-se com a restrição reduzir o número de ação e inquérito ao máximo. A restrição que busca o Relator Luís Roberto Barroso se relaciona aos crimes, uma vez que segundo o texto da Lei Maior, para todos os crimes penais comuns, cometido antes ou durante o mandato, será aplicado a prerrogativa de foro.

O Relator pretende a mutação da interpretação de tal disposição constitucional, pretendendo que a competência originária do Supremo Tribunal Federal alcance apenas os crimes cometidos no cargo e em razão do ofício, cargo ou função que desempenham, e mais, que digam respeito de forma estrita ao seu desempenho.

Também se excluirá do alcance do foro por prerrogativa de função processos e investigações cujo fato que deu origem ocorrer antes da investidura no mandato. A aceitação desse entendimento pela Suprema Corte implicará na perda do foro especial nos demais crimes para os ocupantes de cargos do Poder Executivo, Judiciário e Legislativo.

Segundo o Ministro supracitado existem vários motivos que justificam a extinção, ou em menor grau a redução do foro especial, sendo eles a da origem aristocrática da prerrogativa, a estrutura do Supremo Tribunal Federal, a qual não foi concebida para a função de julgar ações penais de primeiro grau e em especial as razões atinentes a justiça, uma vez que a prerrogativa é causa de impunidade, seja pela demora na tramitação do processo ou pela manipulação da jurisdição.

Assim, o que se busca na afetação ora supracitada é a possível redução do problema que representa o foro privilegiado para o Supremo Tribunal Federal, mediante a adoção de

interpretações restritiva do sentido e do alcance da prerrogativa, fazendo-se observar o princípio republicano e o princípio da igualdade.

É sabido que somente uma emenda constitucional aprovada pelo Congresso Nacional, em manifestação do Poder Reformador, é que poderá realizar alterações formais no texto constitucional. Entretanto, não se pode olvidar que mudanças informais na Constituição Federal existem e permite que esta seja conectada com a realidade do país.

A mutação constitucional advinda do julgamento da Ação Penais 937 altera o sentido do texto constitucional, sem alterar literalmente o artigo, permitindo assim uma releitura do texto à luz dos novos fatos sociais. Assim, a interpretação restritiva do alcance do foro especial resulta em uma transição constitucional, vista pelo Relator como caminho para amenizar as consequências causadas por esse.

Conclusão

Apesar da defesa de muitos que entendem ser o foro privilegiado conveniente, ante a sua finalidade de evitar a influência e garantir a atuação independente do Judiciário, a maneira como ele se desdobra no campo fático demonstra sua ineficácia. A consequência é a sua materialização em um mecanismo de proteção aos parlamentares.

Os principais problemas encontrados no sistema de prerrogativa de foro foram a prescrição e o declínio de competência de ações penais que tramitavam no Supremo Tribunal Federal, em um percentual de 68,3% (sessenta e oito vírgula três por cento), ou seja mais de dois terços de todas as ações propostas ficam sem análise do mérito.

Os efeitos não se limitam ao prejuízo do julgamento e análise do mérito das ações em que ocorrem a prescrição ou o declínio da competência, pois, para o Supremo Tribunal Federal há toda a realização de atos e procedimentos que visam o desfecho da demanda. Os atos efetivamente praticados nesses processos que não serão julgados quanto ao mérito ocupam as atividades da Suprema Corte.

O Supremo Tribunal Federal ocupa-se, portanto, de procedimentos que deveriam ser realizados pelas instâncias inferiores, nos quais caberiam ao seu exame somente aquelas ações oriundas da competência recursal própria do Tribunal. Tal situação faz com que a atuação da Corte Suprema se realize de forma menos célere, congestionando o seu sistema.

A extinção do foro privilegiado é medida que se impõe. Diante da não ocorrência, uma medida alternativa que dever ser aplicado o quanto antes é a restrição dos delitos que possuirão

a envergadura de alterar a competência, devendo ser analisado se foram praticados em razão do cargo e no desempenho dele.

Ante a inércia do Congresso Nacional, o Judiciário vem se manifestando, como ocorre com o Supremo Tribunal Federal na Ação Penal 937 – Rio de Janeiro, o que está sendo de suma importância, eis que os novos entendimentos trazem nova interpretação ao texto constitucional, apresentando alternativa plausível, qual seja a restrição da prerrogativa de foro em razão do cargo.

Inspirado nas palavras utilizadas pelo ilustre Ministro Luís Roberto Barroso nos autos da Ação Penal de número 937/STF, mesmo aqueles que defendem a ideia de que na origem e inspiração o foro por prerrogativa de função não é um mal em si, deve concordar e reconhecer que em sua aplicação há falhas e que o mesmo tem se tornado uma perversão da justiça, um meio através do qual se perpetua a impunidade.

Destarte, a adoção da prerrogativa de foro é eivada de iniquidades e fere os princípios de sociedade democrática e equânime, beneficiando infundadamente àqueles que o possuem e limitando os efeitos da tutela jurisdicional para uma parcela específica da população, o que não pode ser aceito, sob pena de sustentarmos um ordenamento jurídico parcialmente justo, onde determinadas pessoas recebem tratamento mais benéfico sem que haja necessidade, além de inviabilizar o funcionamento célere e eficaz da justiça.

Referências

ALMEIDA, Wilson Francisco de. **A questão do foro privilegiado dos parlamentares federais e estaduais do Brasil**. 84 folhas. Universidade Católica de Brasília, Brasília, 2010.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 07 set. 2017.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação Penal nº 937-RJ**. Órgão Acusador: Ministério Público Federal. Acusado: Marcos da Rocha Mendes. Relator: Luís Roberto Barroso. Brasília. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4776682>>. Acesso em 08 set. 2017.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação Penal nº 396-RO**. Órgão Acusador: Ministério Público Federal. Acusado: Natan Donadon. Relator: Cármen Lúcia. Brasília. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=622288>>. Acesso em: 07 set. 2017.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

DELGADO, José Augusto. O Foro por prerrogativa de função: conceito e outros aspectos - a lei nº 10.628/2002 - parte II. **L&C: Revista de Direito e Administração Pública**, v. 7, n. 70, p. 29-44, abr. 2004.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico**. 2. ed. Rio de Janeiro: DP&A editora, 2005.

FALCÃO, Joaquim (et. Al.). **V Relatório Supremo em Números: o foro privilegiado**. 1. ed. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2017.

FILHO, Tourinho. **Processo Penal**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

GRINOVER, Ada Pelegrini, FERNANDES, Antônio Scarance, GOMES FILHO, Antônio Magalhaes. **As nulidades no processo penal**. 7.^a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

MORAIS, Alexandre de. **Direito constitucional**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

SARMENTO, Leonardo. Foro por prerrogativa de função ou foro privilegiado? Nobres e plebeus? Limitação ou extinção? **Jusbrasil**, 2017. Disponível em: <<https://leonardosarmento.jusbrasil.com.br/artigos/432821373/foro-por-prerrogativa-de-funcao-ou-foro-privilegiado-nobres-e-plebeus-limitacao-ou-extincao>>. Acesso em: 01 set. 2017.

O INSTITUTO DA (RE) DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA NO CPC/15 À LUZ DOS FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS

Victor Fernandes Lima Porto¹

Resumo:

O Código de Processo Civil de 2015 repetiu a regra da distribuição estática do CPC de 1973 ao atribuir ao réu o ônus da prova de eventual fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor; e ao autor o ônus quanto ao fato constitutivo de seu direito. A novidade do CPC/15 está na distribuição dinâmica, em que o magistrado pode atribuir o ônus de maneira diversa da regra geral de acordo com a eventual facilidade ou dificuldade por quaisquer das partes. O trabalho parte do estudo do modelo anterior para o atual, observando ainda as influências do Código de Defesa do Consumidor.

Introdução

O presente trabalho tem como objetivo abordar a disciplina da distribuição do ônus da prova no Código de Processo Civil de 2015, comparando-a com a sistemática tradicional do CPC de 1973 e a Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) sob um prisma constitucional. O estudo utilizará textos legais, doutrina e jurisprudência sob um prisma dogmático e a utilização de uma interpretação indutiva.

Durante a vigência do CPC/73 parte da doutrina e da jurisprudência sustentava que a distribuição estática poderia ofender os princípios do acesso à justiça e do contraditório. A distribuição dinâmica do CPC/15 partiu da premissa de ser um desdobramento infraconstitucional de imposições da própria CF/88. Tal alteração é de suma importância, pois, além de proporcionar uma diretriz no momento de aplicação do ônus, torna mais fácil corrigir eventuais injustiças.

O artigo 373 do CPC/15 permite a alteração da distribuição tradicional do ônus probatório diante das peculiaridades do caso concreto. A alteração será possível diante da impossibilidade ou excessiva dificuldade de cumprir o encargo por quem tinha a incumbência original ou pela maior facilidade por outra parte. Assim, o juiz poderá atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que fundamente sua decisão. A técnica de distribuição do ônus da prova opera-se *ope iudicis*, ou seja, não se trata de inversão automática *ope legis*.

¹ Graduando em Direito pelo Centro Universitário Tabosa de Almeida – ASCES/UNITA; victorflporto@gmail.com.

1. Direito à Prova no Ordenamento Jurídico à Luz dos Fundamentos Constitucionais

O direito à produção da prova no processo é um direito constitucional garantido a todos, sustentado tanto pela garantia do acesso à justiça no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal de 1988, que diz que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Já quanto em relação ao princípio do contraditório e da ampla defesa, também do artigo 5º, no inciso LV, da CF/88, este diz que aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. São tais princípios constitucionais que devem gerir e estar presentes em todas as fases de um processo civil para que este seja justo e equitativo.

No Brasil, mais precisamente no ordenamento jurídico, supor que o direito de acesso à tutela jurisdicional pode restringir-se ao simples direito de reclamar perante o poder Judiciário, sem que haja o direito de provar suas alegações na inicial, é sem sombra de dúvidas um erro essencial ao processo. Nesse caso, se o Estado garante ao particular o direito à ampla defesa e ao contraditório, nada mais justo do que também apreciar o direito constitucional à prova.

Conforme se apreciará no decorrer do presente trabalho, a forma optada pelo legislador do Código de Processo Civil de 1973 foi à distribuição estática do ônus da prova. Dessa maneira, o magistrado não poderia interferir na fase probatória do processo. Os resultados obtidos aqui são normalmente muito criticados do ponto de vista da justiça ética. Em caso de ausência de provas no momento da instrução do processo poderia gerar a inércia da parte para obter decisão favorável em uma situação que poderia produzir a prova facilmente.

Desta maneira, a distribuição estática adotada pelo CPC/73, acarretava comumente em desigualdades materiais entre as partes, sejam estas desigualdades de caráter econômico, social, região, etc. Com outras palavras, poderiam dificultar diretamente na realização da justiça no caso concreto e infringindo, portanto, princípios abraçados pela CF/88.

Facilmente eram encontradas críticas no sentido de ignorar as peculiaridades do caso concreto, estabelecendo uma regra geral que poderia se revelar injusta em determinados casos, em que uma parte ostentasse condição de hipossuficiência probatória diante da outra ou quando a prova era impossível ou muito difícil e de ser produzida por aquele sobre quem recaísse o ônus de sua produção.

Assim, com todas as críticas impostas tanto pela doutrina como quanto pela jurisprudência, iniciou-se um movimento para alterar a forma da distribuição do ônus da prova.

A ideia apresentada era para que esta ocorresse de uma forma mais dinâmica, a critério do magistrado e assim passando a obter um papel de maior relevância no processo probatório. Alguns doutrinadores foram ainda mais longe e afirmaram que, segundo essa nova visão, deve o juiz agir em condições de igualdade em relação às partes.

Dessa forma, entre os fundamentos mais utilizados para a inclusão da distribuição do ônus da prova de forma dinâmica foi que sua utilização conferirá ao direito decisões mais justas e o respeito aos princípios constitucionais como acesso à justiça em sua vertente material, proporcionando uma diretriz mais eficaz no momento de aplicação do ônus, tornando mais fácil corrigir eventuais injustiças e criando assim uma melhor solução em detrimento do formalismo tradicional de distribuição do ônus da prova,

2. A Distribuição do Ônus da Prova no Código de Processo Civil de 1973

No antigo Código de Processo Civil de 1973 o instituto do ônus da prova era tratado pelo artigo 333. De acordo com o dispositivo citado, caberia ao autor o ônus de provar os fatos constitutivos de seu direito, ou seja, deve provar a matéria fática que traz em sua petição inicial e que serve como origem da relação jurídica deduzida em juízo. Quanto ao réu, este poderá demonstrar a inverdade das alegações de fatos feitas pelo autor por meio de produção probatória, contudo, caso não o faça, não será colocado em situação de desvantagem (NEVES, 2013, p.421).

Art. 333. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditiva, modificativa ou extintiva do direito do autor.

Parágrafo único. É nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando:

I - recair sobre direito indisponível da parte;

II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

Contudo, em caso de o réu alegar por meio de defesa de mérito um fato novo, impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, nascerá para este o dever de comprovar o ônus da prova. Tal situação ocorrerá, conforme o inciso II do artigo 373 do CPC/73, nos casos em que o autor tenha se desincumbido do ônus probatório.

Assim, observa-se que o legislador disciplinou para o Código de Processo Civil de 1973 a distribuição estática do ônus probatório. De uma forma mais sucinta, significa dizer que o

legislador optou pela forma mais tradicional e simples da distribuição no ordenamento jurídico brasileiro. Em resumo, caso o incumbido de produzir o ônus probatório não conseguisse elaborá-la, sofreria consequências dessa não produção, sofrendo até mesmo, decisão judicial desfavorável. (FLUMIGNAN, 2017, p.2).

Depreende-se, portanto, que levando em consideração a distribuição estática do CPC/73, encontra-se o autor em posição de manifesta desvantagem em relação ao réu: enquanto o autor deverá sempre fazer prova do fato constitutivo de seu direito, o réu somente terá de produzi-la na hipótese de já ter sido comprovada ou reconhecida a alegação fática do autor (MITIDIERO, 2012, p. 3).

Conforme citado previamente e oportunamente na introdução do presente trabalho, parte da doutrina e da jurisprudência desde a vigência do CPC de 1973 já defendiam a não aplicação do artigo 333, pois a forma optada pelo legislador, qual seja, a distribuição estática do ônus da prova, ofendia diretamente princípios constitucionais previstos no Texto Maior e afastava os pretensos interessados de obter a tutela jurisdicional do Estado. Tal discussão terá uma seção específica no decorrer do trabalho.

Desta forma, muitos doutrinadores e até mesmo o Superior Tribunal de Justiça já vinham defendendo que a regra de distribuição do ônus da prova entre as partes não deveria ser fixada *a priori*, optando-se por uma distribuição dinâmica do ônus da prova, dependendo de qual parte tenha a maior facilidade na produção da prova (NEVES, 2013, p.421). Tal posicionamento dos defensores desta corrente irá influenciar nos desdobramentos do instituto da distribuição do ônus da prova conforme se observará mais afrente.

Como exemplo de inversão do ônus da prova pela distribuição dinâmica acolhida pelo STJ, temos o REsp 1.060.753/SP, da rel. Min. Eliana Calmon da 2ª turma do órgão jurisdicional, que aplicou a regra em ações civis por danos ambientais, conforme observa-se abaixo.

PROCESSUAL CIVIL – COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO DE EXECUÇÃO FISCAL DE MULTA POR DANO AMBIENTAL – INEXISTÊNCIA DE INTERESSE DA UNIÃO - COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL - PRESTAÇÃO JURISDICCIONAL - OMISSÃO - NÃO-OCORRÊNCIA - PERÍCIA - DANO AMBIENTAL - DIREITO DO SUPOSTO POLUIDOR - PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO - INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA.

(...)

O princípio da precaução pressupõe a inversão do ônus probatório, competindo a quem supostamente promoveu o dano ambiental comprovar que não o causou ou que a substância lançada ao meio ambiente não lhe é potencialmente lesiva.

Nesse sentido e coerente com esse posicionamento, é direito subjetivo do suposto infrator a realização de perícia para comprovar a ineficácia poluente de sua conduta, não sendo suficiente para torná-la prescindível informações obtidas de sítio da internet.

A prova pericial é necessária sempre que a prova do fato depender de conhecimento técnico, o que se revela aplicável na seara ambiental ante a complexidade do bioma e da eficácia poluente dos produtos decorrentes do engenho humano. 6. Recurso especial provido para determinar a devolução dos autos à origem com a anulação de todos os atos decisórios a partir do indeferimento da prova pericial.

Por oportuno, deve se atentar para o momento da inversão do ônus da prova. Levando-se em apressa o princípio do contraditório e da ampla defesa, o juiz deverá no saneamento do processo se manifestar a respeito de eventual inversão da regra geral do artigo 333, do CPC/73.

3. A Inversão do Ônus da Prova pelo Código de Defesa do Consumidor

A Lei de nº 8.078/90 é a lei que regula as relações consumeristas e ganhou o nome de Código de Defesa do Consumidor. Uma das grandes conquistas de seu advento foi dar ao consumidor o direito a ter a seu favor aplicação da inversão do ônus de provar o que pleiteia quando presentes a verossimilhança de suas alegações ou sua hipossuficiência perante a parte contrária, (artigo 6º, inciso VIII).

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;

Aqui, ao contrário do que ocorre quando observamos os critérios da inversão do ônus da prova fora do CDC, os critérios para a inversão “são pensados a partir dos pressupostos contidos na lei” (MARINONI, 2015, p.269). O dispositivo citado anteriormente claramente fala que será concedida a inversão do ônus da prova em favor do consumidor quando for “verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente”. Desta maneira, optou o legislador por conceder a inversão quando caracterizada a verossimilhança ou a hipossuficiência do consumidor.

Vale destacar que a facilitação da defesa é um direito básico do consumidor, sendo que a possibilidade de inversão do ônus da prova é um instrumento para tanto. Por isso, a inversão nunca poderá se dar em desfavor do consumidor. Nem mesmo por uma estipulação contratual que inverta o ônus da prova em detrimento do consumidor, cláusula abusiva, portanto, nula de pleno direito consoante o art. 51, inc. VI do CDC, que diz: "São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: VI – estabeleçam inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor” (LIMA, 2003, p.200).

Em relação à inversão do ônus da prova quando o critério de concessão for à hipossuficiência do consumidor ocorre porque o legislador enxergou a necessidade de tutelar os direitos do consumidor nos casos em que exista a impossibilidade de prova ou de esclarecimento da relação de causalidade.

O Código de Defesa do Consumidor representa uma atualização do direito vigente e procura amenizar a diferença de forças existentes entre polos processuais onde se tem num ponto, o consumidor, como figura vulnerável e noutra, o fornecedor, como detentor dos meios de prova que são muitas vezes buscados pelo primeiro, e às quais este não possui acesso, adotou teoria moderna onde se admite a inversão do ônus da prova justamente em face desta problemática. Vejamos o que versa a Jurisprudência sobre o assunto.

TJ-PE - Agravo AGV 2985402 PE (TJ-PE)

Data de publicação: 08/04/2013

Ementa: PROCESSUAL CIVIL. RECURSO DE AGRAVO TIRADO EM FACE DE DECISÃO TERMINATIVA PROLATADA EM SEDE DE AGRAVO DE INSTRUMENTO QUE MANTEVE A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA DETERMINADA PELO JUÍZO DE PRIMEIRO GRAU. RECURSO IMPROVIDO. - O presente caso se trata de hipótese de relação de consumo a preencher os requisitos estabelecidos na Lei nº 8.078 /90 - CDC , inclusive quanto à aplicação da inversão do ônus da prova, nos termos do art. 6º , inciso VIII do CDC , que determina a tal inversão em favor da parte hipossuficiente na relação. - Contendem na presente demanda de um lado a CELPE, uma grande empresa de energia elétrica, e de outro, uma pessoa física economicamente desfavorecida, que é consumidora de um produto essencial para uma vida digna. A vulnerabilidade técnica e econômica faz incidir a aplicação das normas do CDC, nomeadamente a inversão do ônus da prova. - Sendo a inversão do ônus da prova uma faculdade conferida à autoridade judicial, entendo que andou bem o juízo a quo quando de sua concessão no caso em tela, posto que restou clara a hipossuficiência da parte agravada. - Ausência de argumento novo capaz de ensejar a modificação da decisão terminativa agravada. - Recurso conhecido e não provido.

Em regra, o ônus da prova incumbe a quem alega o fato gerador do direito mencionado ou a quem o nega fazendo nascer um fato modificativo, conforme disciplina o Novo Código de Processo Civil.

Ressalte-se que se considera relação de consumo a relação jurídica havida entre fornecedor (artigo 3º da LF 8.078-90), tendo por objeto produto ou serviço, sendo que nesta esfera cabe a inversão do ônus da prova quando:

O CDC permite a inversão do ônus da prova em favor do consumidor, sempre que foi hipossuficiente ou verossímil sua alegação. Trata-se de aplicação do princípio constitucional da isonomia, pois o consumidor, como parte reconhecidamente mais fraca e vulnerável na relação de consumo (CDC 4º,I), tem de ser tratado de forma diferente, a fim de que seja alcançada a igualdade real entre os participantes da relação de consumo. O inciso comentado amolda-se perfeitamente ao princípio constitucional

da isonomia, na medida em que trata desigualmente os desiguais, desigualdade essa reconhecida pela própria Lei. (NERY, 1999, p.1985).

O STJ em reiterados julgamentos entende que para garantia do exercício do direito de ampla defesa do consumidor, estabelece-se a possibilidade a inversão do ônus da prova em seu benefício quando a alegação por ele apresentada seja verossímil ou, alternativamente, quando for constatada a sua hipossuficiência. Ainda, quanto a hipossuficiência referida pela Lei 8.078/1990 na parte em que trata da possibilidade de inversão do ônus da prova está relacionada, precisamente, com o exercício dessa atividade probatória, devendo ser compreendida como a dificuldade, seja de ordem técnica seja de ordem econômica, para se demonstrar em juízo a causa ou a extensão do dano”.

4. A Distribuição do Ônus da Prova no Novo Código de Processo Civil de 2015

Depois de observado todo o processo de amadurecimento do instituto da inversão do ônus da prova desde o CPC/73 até o Código de Defesa do Consumidor, chega-se, por conseguinte, ao período mais importante de toda sua história. Trata-se da nova forma em que o Novo Código de Processo Civil disciplinou a distribuição do ônus da prova que agora poderá ser de uma dinâmica, e não mais apenas na forma estática.

É bem verdade que o CDC não traz a distribuição dinâmica propriamente dita. O NCPC disciplina a matéria de uma maneira mais técnica ao permitir que o juiz fixe a ônus de acordo com quem tem melhor condição de produzir a prova. No entanto, acontece que o NCPC não tratou especificamente do CDC. A regra que determina a aplicação da legislação processual aos mais diversos ramos do direito não faz menção à legislação consumerista. Assim, a previsão de aplicação do novo CPC é mais técnica que a do CDC e até mais benéfica já que determina como critério orientador quem tem melhor oportunidade de atuação.

Verifica-se do texto do NCPC que a distribuição do ônus probatório é atribuída ao réu quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, e ao autor quanto ao fato constitutivo de seu próprio direito (art. 373, I e II).

Art. 373. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

§ 1o Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o

ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

Por meio desta teoria pode o Juiz, desde que de forma justificada, (re)distribuir o ônus da prova entre os integrantes da relação processual caso entenda existir dificuldade excessiva para determinada parte (aquela que possui originalmente o encargo de produzir a prova), e, de outro lado, verifique maior facilidade da parte adversa em fazê-lo. O Juiz aplicará a distribuição dinâmica do ônus probatório buscando obter a prova ao menor custo (ônus) e visando a melhor solução para o processo.

Cabe visto anteriormente, a possibilidade de redistribuição da prova já é prevista no ordenamento brasileiro para as ações consumeristas, aplicada principalmente na hipótese de hipossuficiência da parte autora. Agora, entretanto, a matéria é prevista no Código de Processo Civil com contornos melhor definidos e com alcance muito mais amplo do instrumento, uma vez que o diploma processual não impõe as restrições de aplicação existentes no CDC.

É de se relevar a importância de tal inovação, pois, além de proporcionar uma diretriz no momento de sua aplicação, torna mais fácil corrigir eventuais injustiças em matéria de distribuição do ônus probatório.

Portanto, a redistribuição poderá ser autorizada, em decisão devidamente fundamentada, quando verificada uma singularidade na causa que não permite o cumprimento da distribuição tradicional do ônus probatório, ou seja, nada menos do que uma situação em que uma parte se mostra vulnerável em relação à comprovação daquele fato perante a outra. Além disso, como mencionado acima, também poderá ser redistribuído o ônus da prova quando há maior facilidade de uma parte produzir tal prova em relação à outra.

É entendimento pacífico da jurisprudência pátria:

(TJ-RJ - AI: 00263344720158190000 RJ 0026334-47.2015.8.19.0000, Relator: DES. MARCOS ALCINO DE AZEVEDO TORRES, Data de Julgamento: 15/07/2015, VIGÉSIMA SÉTIMA CAMARA CIVEL/ CONSUMIDOR, Data de Publicação: 20/07/2015 00:00).

AGRAVO INOMINADO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER CUMULADA COM INDENIZATÓRIA. SUPOSTOS DANOS DECORRENTES DE ACIDENTE EM TRANSPORTE COLETIVO. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. REQUISITOS PREENCHIDOS. DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS PROBATÓRIO. APLICAÇÃO EM FASE DE INSTRUÇÃO PROBATÓRIA. MOMENTO ADEQUADO, SOB PENA DE CERCEAMENTO DE DEFESA. A técnica de distribuição do ônus da prova opera-se ope iudicis (a critério do juiz), ou seja, não se trata de inversão automática por força de lei (ope legis), podendo ser concedida de ofício ou a requerimento da parte. O magistrado tem o poder de redistribuir (inverter) o ônus da prova, caso verifique a verossimilhança da alegação ou a hipossuficiência do consumidor. Qualquer

circunstância de fato que faça com que, para a parte autora, seja consideravelmente mais difícil produzir a prova do que para a parte ré produzir a contraprova, configura a hipótese de se conceder a prerrogativa legal que visa a facilitar a defesa do consumidor. Impositiva, portanto, a aplicação das normas previstas no Código de Defesa do Consumidor, inclusive a prevista no art. 6º, inciso VIII do referido diploma, tendo o juiz atuação discricionária no exame do elemento de convicção para o deferimento da inversão do ônus da prova. Pacificou-se o entendimento na jurisprudência no sentido de que a inversão deve ser decretada preferencialmente por ocasião do saneamento do processo, para que o fornecedor não seja surpreendido com tal decisão apenas no momento da prolação da sentença, entendimento corroborado por esta Corte de Justiça, a saber: Nº. 91 "A inversão do ônus da prova, prevista na legislação consumerista, não pode ser determinada na sentença". Recurso desprovido.

Entre os fundamentos para a utilização da distribuição do ônus da prova de forma dinâmica está o direito a decisões justas e o acesso à justiça em sua vertente material. Ora, se a parte não tem a possibilidade de produzir a prova, não se pode falar em justiça. A noção atual de acesso à justiça, como é cediço, não se limita à mera possibilidade de acesso ao Poder Judiciário, abarcando também o direito à obtenção de um provimento judicial justo. Neste sentido, possuir um direito material sem ter a possibilidade de comprová-lo em juízo equivale a não tê-lo.

A distribuição meramente estática do ônus da prova pode desencorajar ou mesmo inibir uma parte mais fraca de postular em juízo seus direitos, já que esta sabe, previamente, que em certas circunstâncias dificilmente terá condições de comprovar os fatos que fundamentam sua pretensão (FLUMIGNAN, 2017, p. 3).

O fundamento era que, ao se analisar o processo sob o prisma constitucional, não se poderia admitir que uma decisão fosse injusta apenas porque deveria ser observada a distribuição de provas prevista em lei:

Isto porque a acepção atual do processo civil, assim como a dos demais ramos do Direito, encontra-se sujeita aos influxos da Constituição da República. Logo, desponta a conclusão no sentido de que a obrigatoriedade de decidir exclusivamente com base nas regras do ônus da prova, ainda que tal conduta conduza à prolação de decisão injusta, não pode mais se sustentar (RODRIGUES, 2011, p.44).

O novo CPC disciplina a matéria no art. 373. Existe atribuição de um maior poder ao magistrado para determinar quem deverá produzir a prova. Todavia, o julgador não deverá atuar de maneira discricionária. Ele deverá, por força de lei, atribuir o ônus a quem tiver maior facilidade na produção da prova.

A inversão do ônus da prova, portanto, no que diz respeito à impossibilidade de prova a quem, pela regra geral, deveria produzir a prova, é uma regra que visa essencialmente garantir a viabilidade do acesso à justiça já que previsão contrária inviabilizaria a concretização do

direito material. Quanto ao caráter excessivo, esta levará em conta a dificuldade inerente à prova como também restrições particulares referentes às partes, como condição econômica, escolaridade, idade, sexo, personalidade etc.

A outra previsão é a que concede maior liberdade ao magistrado ao permitir a alteração da regra a quem melhor tenha oportunidade de produzir a prova. Essa última hipótese exige fundamentação extremamente consistente e deve ser adotada sob pena de levar a um efeito inverso do pretendido pela dinamização da prova.

Esta última hipótese, por se tratar da maior excepcionalidade da regra, deverá ocorrer somente em hipóteses extremas e deverá ser precedida de decisão judicial com elevado grau de fundamentação, sob pena de desequilibrar as partes, colocando-se o réu da ação em posição demasiadamente fragilizada (RODRIGUES, 2011, p.6).

A impossibilidade de produção da prova por quem detém o ônus originário e a excessiva dificuldade já eram empregados no direito brasileiro quando da atribuição do ônus dinâmico como aplicação da Constituição, mas a previsão expressa na legislação codificada consolidou o entendimento.

Conclusão.

O art. 333 do CPC previa a distribuição estática da prova, mas tal visão não refletia os aspectos concretos de justiça na pacificação dos conflitos por impor eventualmente ônus excessivo a uma das partes. Durante a vigência do Código de 1973, existia uma tendência de interpretação conforme a Constituição para alterar tal distribuição de acordo com as exigências concretas.

O artigo 373 do CPC/15 permite a alteração da distribuição tradicional do ônus probatório diante das peculiaridades do caso concreto. A alteração será possível diante da impossibilidade ou excessiva dificuldade de cumprir o encargo por quem tinha a incumbência original ou pela maior facilidade por outra parte. Assim, o juiz poderá atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que fundamente sua decisão. A técnica de distribuição do ônus da prova opera-se *ope iudicis*, ou seja, não se trata de inversão automática *ope legis*.

O ônus dinâmico permite a alteração da distribuição tradicional da prova para quem tenha melhor condição de produzi-la. Por esta visão, o magistrado pode valorar de ofício a relação jurídica por afetar o próprio direito material discutido.

Essa concepção influencia até mesmo as relações consumeristas, pois a inversão estabelecida no CDC não pode ser confundida com distribuição dinâmica. Neste caso, a previsão do novo CPC pode ser ainda mais favorável ao consumidor ao permitir o estabelecimento do ônus a quem tenha a melhor oportunidade de produção, além de ser considerada como mais técnica e precisa.

Referências

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Curso de Direito Processual Civil: vol. 2, p. 220 - 269. Editora Juspodium, Salvador/BA, 2015.

FLUMIGNAN, Silvano José Gomes, O PANORAMA DA DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA COM O NOVO CPC. Revista dos Tribunais; Vol. 981/2017; p. 257 – 272. Acesso em: 09/09/2017.

HARTMANN, Rodolfo Kronemberg. Novo Código de Processo Civil: Comparado e Anotado. Vol. 2, p. 238. Editora Impetus. Niterói/RJ. 2015.

LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. A inversão do ônus da prova no código de defesa do consumidor. Revista de Direito do Consumidor, v. 47, p. 200-231 (acesso online p. 1-23), jul.-set./2003.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Curso de Processo Civil: vol. 2, p. 269 - 310. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo/SP, 2015.

MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos. 2 Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

NERY JR, Nelson. Código de Processo Civil Comentado. Ed. Revista dos Tribunais, 4ª ed.1999, pág. 1805).

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil. P. 421 - 453. Editora Método, São Paulo/SP, 2013.

RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. A dinamização do ônus da prova. Revista de Processo, v. 240, p. 41-58 (acesso online p. 1-16), fev./2015.

O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO E A RESERVA DO POSSÍVEL: UMA ANÁLISE DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 979.742

Ana Beatriz de Lima Borba¹

Resumo

Os direitos sociais, autênticos direitos fundamentais, carecem de concretização efetiva e, principalmente de preservação, ao menos no que tange ao seu núcleo essencial, para que não sofram uma aniquilação legislativa completa. O presente trabalho objetiva fazer uma análise teórica e processual-empírica acerca da aplicabilidade dos direitos sociais sobre a ótica do Princípio da Proibição do Retrocesso e a tentativa do Estado de restringi-los usando como artifício a Reserva do Possível, elencando argumentos e teses dos polos processuais discutidos. Através do método indutivo-comparativo, foi estabelecida uma discussão a respeito do Princípio da Proibição do Retrocesso partindo da perspectiva de jurisprudências e doutrinas estrangeiras (Alemanha e Portugal) e sua influência direta no direito pátrio. Por fim, será feita uma análise discursivo-jurídica do Recurso Extraordinário 979.742, que aguarda decisão do SFT, e trata do caso de uma testemunha de Jeová que, em razão de convicção religiosa, busca ter seu direito à saúde efetivado, através de um tratamento diferenciado que dispensa a transfusão de sangue, às custas do Estado. Demonstraremos a relevância que o Princípio da Proibição do Retrocesso tem na efetivação e concretização dos direitos sociais, bem como os óbices causados pelo uso desordenado da Reserva do Possível pelos entes administrativos e pela própria administração pública são os pontos principais do estudo. Nessa linha de raciocínio, a aplicabilidade fática do Princípio da Proibição do Retrocesso, a partir da previsão da Constituição Federal de 1988, depara-se com a Reserva do Possível, utilizada indiscriminadamente no âmbito dos Tribunais brasileiros. Contudo, constata-se que o debate existente entre o Princípio da Proibição do Retrocesso e a Reserva do Possível deve ser enfrentado na esfera jurídica, tendo como parâmetro obrigatório a garantia do mínimo existencial dos direitos sociais, posto que a proteção e conservação do núcleo essencial dos direitos fundamentais é um componente primordial de todo Estado Democrático de Direito.

Palavras-chaves: Direitos Fundamentais Sociais. Dignidade da Pessoa Humana. Proibição do Retrocesso. Mínimo Existencial. Reserva do Possível.

Introdução

Este artigo objetiva desenvolver uma análise teórica e processual-empírica adequada acerca da aplicação do Princípio da Proibição do Retrocesso no contexto fático, analisando sua possibilidade de incidência do Direito brasileiro, bem como a limitação decorrente da reserva do possível aos direitos fundamentais. Nesse ínterim, tem como intuito examinar cada um desses instrumentos de maneira individualizada e, posteriormente, analisar a aplicabilidade dos dois conjuntamente.

Através do método indutivo-comparativo, será estabelecido um debate entre o Princípio da Proibição do Retrocesso e a reserva do possível, partindo da ótica doutrinária e jurisprudencial e resultando na aplicação desses dois instrumentos jurídicos no direito pátrio.

¹Graduada em História pela Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras – FAFICA. Acadêmica do curso de Direito pelo Centro Universitário Tabosa de Almeida – ASCES/UNITA

No primeiro momento será feita uma explanação sobre o Princípio da Proibição do Retrocesso Social, observando-se seus principais objetivos, as justificativas em prol do princípio mencionado e sua função no ordenamento jurídico brasileiro. Debates envolvendo a Proibição do Retrocesso são extremamente importantes, posto que diante das inúmeras reformas legislativas que ocorrem no país, os direitos fundamentais sociais devem ser protegidos para não serem suprimidos ou aniquilados, o que impediria a manutenção e desenvolvimento de uma vida digna a todos os cidadãos. Com a nova ordem jurídica instituída pela Constituição Federal de 1988, os direitos sociais ganharam destaque e para se garantir um Estado democrático de direito, pautado na isonomia, é vital se impedir qualquer tipo de regressão aos direitos já adquiridos e garantidos pela Magna Carta.

Posteriormente, tratar-se-á da reserva do possível, a contextualização do seu surgimento, sua função inibidora e sua inserção nos Tribunais brasileiros. Nesse ponto, faz-se mister observar o uso irrestrito desse dado da realidade por parte dos governantes e dos entes administrativos como forma de se eximir de suas obrigações prestacionais e materiais para com a população.

Por fim, será feita uma análise do Recurso Extraordinário 979.732, que aguarda decisão do STF. No julgamento será decidido se o exercício da liberdade religiosa pode justificar o custeio de um tratamento de saúde pelo Estado. Nesse panorama, será estabelecida uma discussão sobre a reserva do possível frente ao mínimo existencial e ao Princípio da Proibição do Retrocesso, a fim de se demonstrar a relação antagônica existente entre esses dois meios constitucionais, que juntos formam a base desse estudo.

1. Princípio da Proibição do Retrocesso

O Princípio da Proibição do Retrocesso decorre do ordenamento constitucional, contudo não está explícito na Magna Carta. A inserção do referido princípio ao ordenamento jurídico brasileiro impede que direitos já incorporados ao patrimônio legal sofram supressões ou restrições de qualquer natureza.

O Brasil adotou a utilização do Princípio da Proibição do Retrocesso tomando como exemplo Portugal e Alemanha, países pioneiros no que tange a aplicação fática do referido princípio em decisões judiciais.

O Princípio da Proibição do Retrocesso possui estreita relação com os direitos sociais previstos na Constituição Federal de 1988, que impõe ao Estado o dever de progredir, de ofertar melhores condições de vida a população e nesse contexto, toda ação que tenha por objetivo aniquilar garantias e direitos já implementados não pode ser aceita.

Sobre isso, afirma Canotilho (2003, p .338-339):

A “proibição do retrocesso” nada pode fazer contra as recessões econômicas (reversibilidade fática), mas o princípio em análise limita a reversibilidade dos direitos adquiridos, em clara violação do princípio da confiança e da segurança dos cidadãos no âmbito econômico, social e cultural, e do núcleo essencial da existência mínima inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana.

Assim sendo, o Princípio da Proibição do Retrocesso tem o propósito de impossibilitar a violação do núcleo essencial dos direitos fundamentais, uma vez que garantir a proteção desse núcleo essencial consiste na proteção a dignidade da pessoa humana.

Um verdadeiro Estado democrático de direito deve buscar constantemente meios para garantir e efetivar os direitos fundamentais, visando dar estabilidade a estes direitos e as políticas públicas elaboradas pela Constituição. Portanto, não se deve admitir atuações por parte do poder legiferante que resultem no retrocesso dos avanços já alcançados. Vale salientar que o Princípio da Proibição do Retrocesso tem um caráter excepcional, ou seja, só deve ser utilizado como última alternativa e de forma transitória.

Joaquim José Gomes Canotilho (2003, p.347) denomina o Princípio da Proibição do Retrocesso como princípio da “evolução reacionária”, aduzindo que este, impõe que o núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais já realizados e efetivados por medidas legislativas devem ser constitucionalmente garantidos, sendo inconstitucionais quaisquer medidas legislativas que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, o anulem ou aniquilem.

Partindo desse pressuposto, entende-se que o Estado tem a obrigação de potencializar o mínimo existencial dos direitos sociais, vedando medidas retrocessivas e inadmitindo ações restritivas.

A eficácia do Princípio da Proibição do Retrocesso no ordenamento jurídico brasileiro advém da sua intrínseca relação com outros princípios constitucionais, tais quais: dignidade da pessoa humana, Estado democrático de direito, segurança jurídica, máxima eficácia e efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais, etc. Princípios que visam proteger os direitos adquiridos.

No âmbito jurisprudencial, o Princípio da Proibição do Retrocesso ainda se apresenta de modo tímido; contudo, vem ganhando cada vez mais espaço nas decisões dos magistrados.

Cabe ressaltar que o Princípio da Proibição do Retrocesso não é absoluto, pois se assim fosse haveria uma violação ao princípio da separação dos poderes disposto na Lei Maior, uma vez que a absolutização da proibição do retrocesso transformaria a Administração Pública e o Poder Legislativo em meros agentes de execução.

No entanto, não reconhecer a existência do Princípio da Proibição do Retrocesso é admitir que o Poder Legislativo tenha liberdade incondicional para tomar decisões acerca dos direitos fundamentais, decisões estas que podem, inclusive, afrontar a Constituição Federal. Desse modo, o principal objetivo do Princípio da Proibição do Retrocesso é minimizar o poder dado aos órgãos legislativos, pretendendo impedir que os direitos sociais conquistados a duras penas venham a ser abolidos de forma inaceitável.

Não reconhecer o princípio tratado resultaria numa intervenção direta à dignidade da pessoa humana, haja vista que suprimir o núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais afetaria diretamente as condições mínimas para a existência digna de qualquer cidadão.

Partindo de uma análise fática, é nítida a necessidade de se consolidar o Princípio da Proibição do Retrocesso, o Estado deve entender que tal princípio precisa ser desenvolvido, a fim de fornecer aos seus cidadãos um nível razoável de segurança jurídica aliado ao princípio da dignidade da pessoa humana, ofertando assim, uma proteção real ao núcleo essencial dos direitos fundamentais. Outrossim, o artigo 5º, § 1º, CRFB/88 impõe o desenvolvimento constante dos direitos sociais, bem como a potencialização da proteção desses mesmos direitos, com o intuito de obstruir qualquer postura retroativa do legislador em relação a tais direitos.

2. A reserva do possível no ordenamento jurídico brasileiro

A reserva do possível é um dado da realidade que representa um limite à aplicação prática do Direito, tendo forte influência sobre os direitos fundamentais. Para Ana Carolina Lopes Olsen (2006, p. 225), “a reserva do possível é uma condição de realidade que determina a submissão dos direitos fundamentais prestacionais aos recursos existentes.”

A reserva do possível é capaz de reduzir ou eliminar o campo de abrangência dos direitos fundamentais sociais, interferindo assim, nas obrigações prestacionais do Estado para com os cidadãos, visto que é comum o Estado fazer uso da insuficiência de recursos para justificar o descumprimento de seus deveres.

Ao invocar a reserva do possível o Estado deve examinar prudentemente qual o motivo da escassez de recursos e se essa escassez está pautada no princípio da razoabilidade e da proporcionalidade. Assim sendo, pode-se dizer que a reserva do possível é uma ponte entre o bem jurídico que se busca obter e a disponibilidade de recursos para este fim.

Esse dado da realidade surgiu no Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, no caso *numerus clausus*, caso este que foi julgado em consonância com o princípio da razoabilidade e da proporcionalidade. Ao ser incorporado pelo Brasil, a reserva do possível passou por algumas modificações e a razoabilidade e a proporcionalidade deram lugar à disponibilidade de recursos.

Constantemente o Estado faz uso da reserva do possível buscando esquivar-se do seu dever de prover determinado direito. Por esta razão, a reserva do possível não deve ser usada corriqueiramente ou de modo desmedido com o intuito de burlar o que dispõe a Constituição Federal, mas apenas em casos excepcionais. Ademais, a reserva do possível não pode ser utilizada pelo Poder Público como forma de legitimar erros de gestão.

Em relação ao dever prestacional e a disponibilidade de recursos materiais do Estado, vale observar o disposto por Ana Carolina Lopes Olsen (2008, p. 217):

O aspecto que assume maior relevância na discussão da efetividade dos direitos fundamentais prestacionais diz respeito à existência de recursos materiais. Esta existência de recursos materiais está relacionada a dois aspectos: a disponibilidade fática do meio necessário do direito, e a disponibilidade jurídica deste meio. O objeto previsto na norma deve estar disponível para o agente público destinatário da obrigação, ou seja, os meios necessários à realização da prestação normativamente prevista devem estar disponíveis, tanto fática quanto juridicamente. Não basta a existência de recursos, o Estado deve ter capacidade jurídica para deles dispor.

É imprescindível a existência de recursos financeiros nos cofres públicos para que as prestações sociais sejam executadas. No que concerne à escassez de recursos, deve haver uma análise detalhada do fato gerador da insuficiência e inexistência de recursos, pois geralmente a escassez de recursos se dá pela má administração das verbas e pela alocação, por parte do Poder Público, desses recursos para outros fins.

O fato de alocar recursos deve ser visto com bastante cautela pelos entes administrativos, visto que na maioria dos casos, faltam recursos porque os mesmo foram alocados para outros fins, dispensando a ordem de prioridades e os mínimos elencados na Constituição.

Segundo Flávio Galdino (2002, p. 214):

O que verdadeiramente frustra a efetivação de tal ou qual direito reconhecido como fundamental não é a exaustão de um determinado orçamento, é a opção política de não se gastar dinheiro com aquele mesmo 'direito'. (...) O argumento da 'exaustão orçamentária' presta-se unicamente a encobrir as trágicas escolhas que deixam de fora do universo do possível a tutela de um determinado 'direito'."

Nesse contexto, ratificando o exposto anteriormente, o Estado tem a obrigação de suprir os direitos essenciais dos cidadãos antes de dispor desses recursos para alocação ou outros fins e nesse cenário a atuação do Poder Judiciário é de suma importância com o propósito de se garantir a efetividade das prestações sociais.

Para Canotilho e Vital Moreira (1991, p.133), essa restrição aos direitos fundamentais prestacionais guarda íntima relação com o princípio da proibição do retrocesso, que veda o comprometimento dos bens jurídicos já conquistados por parte do Estado, sem que haja um meio compensatório para não prejudicar os titulares de tais direitos. Neste diapasão, os direitos

prestacionais não podem ser alvo de simples omissão estatal, por se tratar de direitos com proteção já definida pela Constituição.

O entendimento neoliberal é de que os direitos sociais custam muito caro para os cofres estatais, além de atrapalhar o desenvolvimento econômico do país e, com base nesse pensamento, apoiam a desregulamentação dos direitos sociais que, a seu turno, causaria a inefetividade dos direitos sociais fundamentais, ou seja, um verdadeiro retrocesso. Partindo deste raciocínio, observa-se que as questões econômicas se tornaram mais importantes do que as sociais e, para o Estado, isso seria bem mais rentável.

E neste cenário a reserva do possível ganha força, sendo utilizada cada vez mais na esfera jurídica como fundamento de processos que versam sobre cobranças de direitos sociais prestacionais. A escassez de recursos públicos não pode virar argumento constante para a omissão estatal, posto que normalizar esse tipo de conduta causaria sérios danos aos direitos humanos, lesando os princípios da dignidade da pessoa humana, da segurança jurídica, dentre outros.

Entretanto, é perceptível que a insuficiência de recursos se dá pelas más decisões políticas e pela administração de verbas. Para cobrir os rombos causados pelos entes administrativos, os governantes buscam respaldo na reserva do possível para satisfazer os direitos que lhes parecem prioritários. A reserva do possível não pode estipular os conteúdos dos direitos fundamentais, mas pode prejudicar sua eficácia.

Na esfera dos Tribunais brasileiros, quase todos os casos que envolvem a reserva do possível versam sobre o direito à saúde (medicamentos, autorização para cirurgias ou tratamentos, etc.). Acerca dos custos destes direitos, a maioria das decisões tratam os direitos fundamentais como absolutos, principalmente o direito à saúde, desconsiderando assim, a a escassez de recursos.

A partir da análise jurisprudencial, constata-se que a realização dos direitos fundamentais sociais depende da reserva orçamentária dos cofres públicos e mesmo com a atuação direta do Poder Judiciário em certos casos a população fica à mercê das escolhas dos governantes.

3. Análise do Recurso Extraordinário 979.732

Um cidadão, testemunha de Jeová, sofre há mais de dez anos com dores do lado esquerdo do quadril e tem dificuldade de se locomover, buscando um meio de solucionar seu problema de saúde aciona a justiça objetivando que a União, o Estado do Amazonas e o Município de Manaus custeiem, de maneira solidária, uma cirurgia de artroplastia total primária

cerâmica sem transfusão de sangue (o tratamento deve dispensar a transfusão de sangue em razão das convicções religiosas do paciente), em hospital público ou particular. O procedimento não está disponível na rede do Estado e por isso deverá se dar pela forma de Tratamento Fora de Domicílio (TFD).

Ao analisar o caso, o Juizado Especial Federal do Amazonas julgou procedente o pedido do autor, determinando ainda que os três entes federativos financiassem os gastos com hospedagem, transporte e alimentação para demandante e um acompanhante. A Justiça Federal do Amazonas atendeu o pedido baseado no artigo 196, da CRFB/88, que versa sobre o dever do Estado de garantir ao cidadão o direito à saúde, além disso, não basta apenas garantir a sobrevivência do indivíduo, é obrigação estatal ofertar ao cidadão uma existência digna, segundo dispõe o artigo 1^a, III, da CRFB/88.

Em sede de Recurso Extraordinário contra o acórdão da Turma Recursal do Juizado Especial Federal do Amazonas, a União alega que o acolhimento do pedido violará o princípio da isonomia, pois criará uma preferência em relação aos demais pacientes e também o princípio da razoabilidade e proporcionalidade, já que todo procedimento cirúrgico pode ter complicações e, eventualmente, necessitar da transfusão de sangue.

A Procuradoria-Geral da República opinou pelo desprovimento do recurso, afirmando não haver violação ao princípio da isonomia, posto que nem o Estado do Amazonas, nem a União apresentaram uma lista de pacientes com idêntico quadro médico, o que caracterizaria uma transgressão à ordem de preferência, além disto, também não demonstraram nos autos à impossibilidade do referido procedimento se realizar sem transfusão de sangue.

A repercussão geral do recurso foi reconhecida e ministro Luís Roberto Barroso apresentou o recurso ao chamado plenário virtual, pois entendeu estar em jogo “definir se a liberdade de crença e consciência, prevista no artigo 5º, inciso VI, da CRFB/88, pode justificar o custeio de tratamento médico indisponível na rede pública”. (RE 979.732, p. 5)

O caso em tela traz, na prática, a aplicação do Princípio da Proibição do Retrocesso e a reserva do possível. O Estado (União, Estado do Amazonas e Município de Manaus) alega não poder custear o procedimento cirúrgico do referido cidadão, que por sua vez tem seu direito à saúde e à liberdade de crença garantidos constitucionalmente.

Impor ao indivíduo passar por um procedimento com transfusão de sangue seria aniquilar seu direito à liberdade religiosa, um país não pode se dizer laico se não oferece a seus cidadãos políticas públicas que considerem todas as concepções religiosas. Limitar o direito à saúde a comunidades específicas, com concepções religiosas, filosóficas e sociais majoritárias

é uma forma de discriminação, é uma forma de limitar o direito do indivíduo de decidir os rumos de sua vida.

A reserva do possível atua como obstáculo à satisfação dos direitos sociais prestacionais, pois a escassez de recursos econômicos se tornou um argumento estatal constante e mesmo nos casos em que as demandas cabem no orçamento do governo, estas são negadas, impedindo inúmeros indivíduos de terem suas necessidades correspondidas. No entanto, se o direito perseguido for considerado basilar, a impossibilidade orçamentária não poderá se levantar como obstáculo à eficácia. É dever do Estado corporificar o disposto na Constituição e em seus princípios, a fim de fornecer uma condição de vida digna à todos os indivíduos.

É perturbante a situação dos titulares dos direitos fundamentais na conjuntura atual do Brasil. É nítido que a preocupação dos órgãos estatais gira em torno de suas reservas orçamentárias, deixando os cidadãos e seus direitos fundamentais à parte. Mais lastimável ainda, é saber que o mínimo existencial continua somente no papel, enquanto a população é obrigada a pagar o preço de uma dívida que não é sua.

Além disso, é sabido que as políticas públicas são financiadas pela sociedade, então, nada mais justo do que esta mesma sociedade ver o dinheiro do seu trabalho revertido em ações capazes de potencializar suas prioridades básicas. O Estado deve laborar para que todos os seus cidadãos tenham suas necessidades básicas atendidas e efetivadas.

Nessa perspectiva, Ana Paula Barcellos (2008, p.266-268) afirma:

A limitação de recursos existe, dessa forma, os recursos disponíveis deverão ser aplicados prioritariamente no atendimento dos fins considerados essenciais pela Constituição, até que sejam realizados. Se houver algum recurso remanescente, poderá ser empregado de acordo com as opções políticas que a deliberação democrática apurar em cada caso.

Resta comprovado que os recursos devem ser destinados, inicialmente, para maximizar os direitos prestacionais sociais e, num segundo momento, para atender as demandas superficiais. Por fim, o Estado deve ofertar o mínimo existencial através de políticas públicas eficientes e não se eximir de seus deveres atrás da reserva do possível, isso é inadmissível e se acatado sem restrições, pode acarretar num retrocesso sem precedentes para um Estado que se diz “democrático de direito.”

Conclusão

Este trabalho teve como objetivo exteriorizar a relevância da aplicação prática do Princípio da Proibição do Retrocesso respaldado na Constituição Federal de 1988, com a finalidade de garantir a efetivação e concretização dos direitos fundamentais sociais. Este

princípio possui extrema importância no âmbito jurídico, pois busca evitar atos excessivos por parte dos legisladores ordinários, bem como do Poder Público em geral, tendo assim, como função primordial, a obrigação de salvaguardar os direitos fundamentais sociais de possíveis restrições ou limitações.

A Constituição Federal de 1988 impôs ao Estado uma obrigação de fazer no concernente aos direitos sociais, uma vez que o Poder Público deve ofertar condições de vida dignas a seus cidadãos através de prestações sociais, políticas públicas e ações diretas e concretas. No entanto, a população brasileira sofre com a deficiência na efetivação desses direitos e garantias fundamentais, seja pelo desinteresse dos governantes ou pela má aplicação dos recursos por parte dos entes administrativos.

O que se sabe é que os direitos fundamentais não podem ser suprimidos ou deslocados sem nenhuma forma de compensação, daí surge a necessidade de concretizar e proteger esses direitos por meio de ações públicas realmente eficazes e capazes de assegurar o mínimo existencial a cada cidadão. Nesse diapasão, a aplicação do Princípio da Proibição do Retrocesso é indispensável, pois a partir dele é possível vedar, direta ou implicitamente, formas de regressão nos direitos fundamentais sociais. Toda e qualquer forma de restrição aos direitos sociais deve ser repudiada e nessa conjuntura a Proibição do Retrocesso é um instrumento de grande valia na defesa desses direitos.

Perante o exposto, observa-se que um dos principais obstáculos à concretização desses direitos fundamentais sociais está na reserva do possível, usada indiscriminadamente pela Administração Pública como forma de escusar-se das prestações sociais. Por se tratar de um dado da realidade, a reserva do possível tem forma de restrição extrajurídica, contudo, vem sendo amplamente utilizada nos Tribunais brasileiros, agindo como elemento apto à impossibilitar o dever de prestacional do Estado, além de eximi-lo de seus deveres constitucionais sob o argumento da escassez de recursos.

Partindo da análise do Recurso Extraordinário 979.732, verifica-se o embate fático desses dois instrumentos jurídicos (Proibição do Retrocesso e Reserva do Possível), onde o direito à saúde e à liberdade religiosa encontra na ausência de recursos públicos umas das barreiras para sua efetivação e concretização.

Assim sendo, as dificuldades à concretização dos direitos fundamentais sociais ficam claras, principalmente quando se leva em conta os problemas relacionados a limitação orçamentária. Entretanto, faz-se necessário contornar as adversidades para se garantir a efetivação e a progressão dos direitos sociais, proporcionando aos cidadãos o direito ao mínimo existencial e, conseqüentemente, a uma condição digna de vida.

Referências

AMARAL, Gustavo. **Interpretação dos Direitos Fundamentais e o Conflito entre Poderes**. In: Paulo Lobo Torres (Org.) Teoria dos Direitos Fundamentais. 2 ed. Revista Atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra. Almedina. 1994.

BARCELLOS, Ana Paula. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. **O Mínimo Existencial e Algumas Fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy**. In: Ricardo Lobo Torre (Org.) Legitimação dos Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Renovar. 2002.

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**. 3 ed. Rio de Janeiro. Ed. Renovar, 1996.

BORBA, Ana Beatriz de Lima. **O Debate entre o Princípio da Proibição do Retrocesso e a Reserva do Possível**. Monografia (Bacharelado em Direito) – Centro Universitário Tabosa de Almeida. Caruaru. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **RE nº 979.732 RG/AM**. Relator Ministro Luís Roberto Barroso. Brasília. 14 de junho de 2017. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25342128/recurso-extraordinario-re-680089-se-stf/inteiro-teor-159437345>. Acesso em: 10 de outubro de 2017.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra. Almedina. 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes, e MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra, 1991.

CARVALHO, Osvaldo Ferreira de; COSTA, Eliane Romeiro. **Segurança Jurídica e o Princípio da Proibição do Retrocesso Social na Ordem Jurídico-constitucional Brasileira**. Inter Science Place – Revista Científica Internacional. Ano 2, n. 06, Março 2009.

GALDINO, Flávio. **O Custo dos Direitos**. In: Pulo Lobo Torres (Org.) Legitimação dos Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

GAZETA DO POVO. **Poder público foi condenado custear cirurgia não coberta pelo SUS para evitar transfusão de sangue em Testemunha de Jeová**. Disponível em: <http://www.gazetadopovo.com.br/justica/o-estado-deve-pagar-cirurgia-fora-do-sus-por-conviccao-religiosa-d8ftg9f4wkf1lupcbx6n69gy1>. Acesso em: 10 de outubro de 2017.

HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass. **The Cost of Rights**. Why Liberty Depends on Taxes. New York: W. W. Norton & Company, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Os direitos individuais e suas limitações: breves reflexões**. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

MENDONÇA, José Vicente dos Santos. **Vedação do Retrocesso: O que é e como perder o medo?**. In: Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro, vol. XII. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

NARBAL, Antônio Mendonça Fileti. **O Princípio da Proibição do Retrocesso Social**. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/12359/o-principio-da-proibicao-do-retrocesso-social>. Acesso em: 01 de novembro de 2016.

NOVAIS, José Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra, 2003.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível**. Curitiba: Juruá, 2008.

POTRICH, Felipe Bittencourt. **Efetividade dos Direitos Sociais, Reserva do Possível e seus Limites**. Disponível em: file:///C:/Users/Beatriz/Downloads/Efetividade_dos_direitos_sociais_reserva.pdf. Acesso em: 01 de Março de 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang e FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações**. In: SARLET, I. W. e TIMM, L.B. Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 10ª ed. Porto Alegre. Ed. Livraria do Advogado. 2009.

STF. **Testemunha de Jeová – Supremo vai decidir se liberdade religiosa justifica custeio de tratamento de saúde pelo Estado**. Disponível em: <https://kleberruddy.jusbrasil.com.br/noticias/485835309/stf-vai-decidir-se-liberdade-religiosa-justifica-custeio-de-tratamento-de-saude-pelo-estado-a-testemunhas-de-jeova>. Acesso em: 10 de outubro de 2017.

SIQUEIRA, Julio Pinheiro Faro Homem de. **Da reserva do possível e da proibição do retrocesso social**. Disponível em: <http://revista.tce.mg.gov.br/Content/Upload/Materia/1017.pdf>. Acesso em: 17 de novembro de 2016.

STUMM, Raquel Denize. **Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

TAVEIRA, Christiano de Oliveira; MARÇAL, Tais Boia. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro. 2013.

RECORRIBILIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS NO ÂMBITO DOS PROCESSOS DE RECUPERAÇÃO E FALÊNCIA DA EMPRESA

Anna Carolina Sobral de Brito Nadler Lins¹

Raphael Alcantara Ruas²

Roney José Lemos Rodrigues de Souza³

Resumo

O presente estudo visa analisar os efeitos decorrentes das modificações introduzidas no sistema recursal brasileiro a partir da vigência da Lei 13.105/15 (Código de Processo Civil), especialmente no tocante ao cabimento dos recursos de agravo de instrumento e de apelação no âmbito dos processos de recuperação judicial, extrajudicial e falência do empresário e da sociedade empresária, regulados pela Lei 11.101/2005. O tema reveste-se de atualidade e relevância, diante da nova dinâmica recursal inaugurada em 2015 com o Código de Processo Civil. Portanto, ficará claro, no decorrer da presente pesquisa, que o novo sistema recursal implantado pelo Código de Processo Civil de 2015, ao restringir o cabimento do uso do recurso de agravo de instrumento, trouxe dificuldades para o desenvolvimento da pretensão recursal tendente à reforma de decisões proferidas no curso dos processos de recuperação judicial, extrajudicial e de falência. Será demonstrado que as repercussões decorrentes da nova sistemática recursal configuraram uma lacuna no sistema, dando ensejo a dúvidas e inquietações doutrinárias e jurisprudenciais, uma vez que o emprego exclusivo do recurso de apelação não tem a necessária efetividade diante dos desafios próprios dos processos de recuperação judicial, extrajudicial e de falência empresarial. Para fins de desenvolvimento do presente trabalho será realizada a pesquisa por meio de leitura específica, tanto em livros nacionais, artigos e periódicos.

Palavras - chave: Código De Processo Civil – recorribilidade – Lei de Recuperação de Empresas e Falências.

Introdução

A legislação processual civil expressamente prevê as espécies de recursos cabíveis para cada tipo de decisão judicial proferida num processo. Dentre estas espécies estão previstos o recurso de apelação e o recurso de agravo de instrumento. O recurso de apelação, regra geral, é interposto contra as sentenças proferidas no processo, segundo dispõe o caput do artigo 1.009

¹ Graduanda em Direito na Universidade Católica de Pernambuco. Aluna integrante do Projeto de Pesquisa denominado Livre iniciativa e crise econômica: problemas e soluções dos regimes de insolvência empresarial.

² Graduando em Direito na Universidade Católica de Pernambuco. Aluno integrante do Projeto de Pesquisa denominado Livre iniciativa e crise econômica: problemas e soluções dos regimes de insolvência empresarial. Estagiário no Escritório de Advocacia Martorelli Advogados.

³ Doutor em Direito pela UCLM - Universidad de Castilla - La Mancha (Espanha) (Diploma reconhecido pela UFPE - Universidade Federal de Pernambuco). Mestre pela UFPE - Universidade Federal de Pernambuco. Professor de Direito Empresarial da Universidade Católica de Pernambuco - UNICAP em cuja instituição integra, na qualidade de pesquisador, o Grupo de Pesquisa Direito Civil e Ação, exercendo a coordenação do Projeto de Pesquisa denominado Livre iniciativa e crise econômica: problemas e soluções dos regimes de insolvência empresarial. Advogado.

do Código de Processo Civil. Já o agravo de instrumento sofreu grande alteração no que se refere às suas hipóteses de cabimento. É que o artigo 1.015 do Código de Processo Civil restringiu as hipóteses de decisões que podem ser impugnadas por meio do agravo de instrumento, trazendo um rol taxativo das situações que autorizam o respectivo cabimento.

Ocorre que essa alteração, ou seja, a restrição das hipóteses nas quais é possível o manejo do agravo de instrumento, ocasionou, por conseguinte, uma preocupante repercussão nos processos de insolvência empresarial, tendo em vista que a legislação especial já autorizava, antes da novel legislação processual civil, o cabimento amplo do recurso de agravo nos processos de recuperação judicial, extrajudicial e falência em face das decisões interlocutórias. Em virtude do Código de Processo Civil ter aplicação subsidiária aos procedimentos relativos aos sistemas recuperacional e falimentar, gerou-se, a partir de então, uma efetiva problemática quanto ao devido cabimento recursal.

Desta forma, busca o presente trabalho elucidar e demonstrar algumas das repercussões trazidas pelo novo Código de Processo Civil, referentemente, sobretudo, à recorribilidade das decisões e as mudanças ocasionadas a partir de então. Diante da relevância que tem o âmbito do Direito Empresarial no contexto processual, devem ser analisadas estas repercussões, para que se possa aprimorar a aplicabilidade das novas regras processuais, bem como extinguir as problemáticas causadas nos referidos institutos.

1.Recorribilidade das decisões judiciais no âmbito dos processos de recuperação e falência da empresa

Não há dúvida que o Brasil foi alcançado pelos efeitos da crise econômica mundial. Tanto é assim que os últimos anos têm sido marcados por um forte ajuste fiscal levado a efeito pelo governo federal, caracterizado pelo fim de vários incentivos fiscais, forte redução do crédito para financiamento da produção e do consumo por intermédio das instituições financeiras, notadamente as de caráter Público, elevação da taxa básica de juros e, por conseguinte, dos juros de mercado, aumentos dos preços administradores (energia elétrica e combustível) e cortes orçamentários em programas sociais, tudo isso com vistas ao equilíbrio das contas públicas atingidas por um déficit nominal (quando as despesas com juros e correção monetária são consideradas no cálculo do déficit) ⁴.

⁴ Segundo dados do Banco Central do Brasil, no ano de 2015 o *deficit* nominal (quando as despesas com juros e correção monetária são consideradas no cálculo do déficit) soma R\$113,6 bilhões, comparativamente ao *deficit* de

Isso significa que uma parcela significativa empresas, de inúmeros setores e variadas dimensões econômicas, têm sido submetidas aos regimes previstos na Lei 11.101/2005, quais sejam, recuperação judicial, recuperação extrajudicial e falência.

É nesse ponto, em particular, que o presente artigo centra as suas bases, uma vez que a aplicação dos regimes previstos na lei 11.101/2005, quais sejam, recuperação judicial, recuperação extrajudicial e falência, têm trazido uma série de consequências para o mercado, lastreado em grande medida na concessão de crédito sob as mais diversas modalidades.

Dado o caráter processual dos institutos regulados pela Lei 11.101/2005, é incontroverso, portanto, que a nova sistemática recursal, abarcada no novo código de processo civil, trouxe consigo mudanças significativas para a aplicabilidade da modalidade recursal a ser utilizada. Imagina-se que o legislador, no momento da elaboração da Lei nº 13.105/15, visava conferir maior celeridade aos processos, por meio da simplificação do sistema de recorribilidade de decisões, em especial no tocante ao uso restritivo do recurso de agravo de instrumento. Todavia, à luz da temática posta em foco, é certo que, diferentemente do esperado, isso não ocorreu.

De acordo com o artigo 1.015 do Código de Processo Civil, cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre: I - tutelas provisórias; II - mérito do processo; III - rejeição da alegação de convenção de arbitragem; IV - incidente de desconsideração da personalidade jurídica; V - rejeição do pedido de gratuidade da justiça ou acolhimento do pedido de sua revogação; VI - exibição ou posse de documento ou coisa; VII - exclusão de litisconsorte; VIII - rejeição do pedido de limitação do litisconsórcio; IX - admissão ou inadmissão de intervenção de terceiros; X - concessão, modificação ou revogação do efeito suspensivo aos embargos à execução; XI - redistribuição do ônus da prova nos termos do art. 373, § 1º; e XII - outros casos expressamente referidos em lei.

Já a Lei 11.101/2005 admite, expressamente, o cabimento do agravo de instrumento nas seguintes hipóteses: (a) Da decisão judicial sobre a impugnação de crédito (artigo 17); (b) Da

R\$37,6 bilhões no mesmo período de 2014. No acumulado em doze meses, o resultado nominal deficitário alcançou R\$ 419,9 bilhões (7,47% do PIB), 0,33 pontos percentuais do PIB inferior ao registrado no mês anterior. Disponível em: <http://www.bcb.gov.br/?ECOIMPOLFISC>. Consulta em: 04/06/2015.

decisão judicial que conceder a recuperação (artigo 59); e Da decisão que decreta a falência (artigo 100).

Logo, em tais hipóteses, o uso do agravo de instrumento é admitido em razão do permissivo contido no artigo 1.015, inciso XIII, do Código de Processo Civil.

Porém, a questão ganha relevância e produz repercussão jurídica, no tocante as várias outras situações próprias dos regimes de recuperação da empresa e falência que não possuem expressa previsão quanto ao cabimento do recurso de agravo de instrumento.

Vale dizer que estas decisões, conforme destacaram (ROQUE e BAPTISTA: 2015), passaram a submeter às partes a uma verdadeira lacuna quanto a sua forma de impugnação, repercutindo nas fases subsequentes do processo recuperacional ou falimentar, tais como: i) a decisão do juiz que aprecia a competência para a recuperação judicial; ii) a que determina que os planos de recuperação devem ou não ser unificados no caso de pedido de recuperação apresentado por mais de uma empresa; iii) a que determina a unificação das assembleias gerais de credores no caso de pedido de recuperação apresentado por mais de uma empresa; iv) a que defere o processamento da recuperação judicial; v) a que aprecia, no curso do processo falimentar, o pedido de continuação provisória das atividades do falido; e vi) a que indefere, também na falência, o pedido de venda antecipada dos bens arrecadados perecíveis, deterioráveis, sujeitos a considerável desvalorização ou, ainda, que sejam de conservação arriscada ou dispendiosa.

Assim, não se pode deixar de examinar criticamente à inovação legislativa, sobretudo nos processos de recuperação judicial, extrajudicial e falência, quando se coloca em evidência a manutenção da empresa e o atendimento da sua função social, com repercussões no emprego, na renda, na arrecadação tributária e no atendimento das necessidades da coletividade.

É inerente aos processos de recuperação da empresa e falência a presença de múltiplos credores e, conseqüentemente, um estado de litigiosidade exacerbada, de maneira que o feito é marcado por incidentes e manifestações variadas. Logo, revela-se fundamental possibilitar que as questões processuais relevantes, decididas em decisões interlocutórias, possam ser eventualmente revisadas por instância recursal competente e, portanto, sejam superadas ao longo da marcha processual, evitando postergações ou preclusões prejudiciais ao interesse da coletividade de credores e, também, ao próprio devedor.

Alternativamente, existem defensores (ALVES) do cabimento do mandado de segurança contra decisões interlocutórias não agraváveis, mas somente quando a impugnação da decisão em sede de preliminar de apelação se demonstrar inútil ou ineficaz à decisão de mérito justa e efetiva, ou seja, quando se verificar um motivo fortemente relevante que autorize o conhecimento do mandado de segurança.

Também restou consolidado o entendimento do fórum permanente de processualistas civis de que “cabe mandado de segurança contra decisão interlocutória irrecorrível por agravo de instrumento, quando sua impugnação em sede de recurso de apelação se demonstrar inútil ou ineficaz. (Grupo: Recursos (menos os repetitivos) e reclamação).”.

É bem verdade que o novo Código de Processo Civil oferece como alternativa à ausência de recurso adequado para o enfrentamento das decisões interlocutórias, submetendo a parte inconformada arguição da matéria em preliminar de apelação, eventualmente interposta contra a decisão final, ou nas contrarrazões (Art. 1.009, § 1º).

Em comentários ao tema, Daniel Amorim (NEVES: 2016, p. 2.762) afirma que:

As decisões interlocutórias que não puderem ser impugnadas pelo recurso de agravo de instrumento não se tornam irrecorríveis, o que representaria nítida ofensa ao devido processo legal. Essas decisões não precluem imediatamente, devendo ser impugnadas em preliminar de apelação ou nas contrarrazões desse recurso, nos termos do art. 1.009, § 1º, do Novo CPC.).

Tal reflexão é especialmente relevante nas decisões interlocutórias proferidas no curso dos processos de recuperação de empresa ou de falência, quando, por exemplo, o juízo decide acerca da essencialidade ou não dos bens alienados fiduciariamente, da proteção dos bens da recuperanda quando atingidos por juízo executivo fiscal, trata da remuneração devida ao administrador judicial ou acerca da prorrogação do prazo de suspensão das ações e execuções em face da empresa em recuperação judicial, entre outras, as quais, em face da nova sistemática recursal, são desprovidas de meio adequado para obter a respectiva revisão, pois não configuram nenhuma das hipóteses taxativas do art. 1.015 do novo CPC, restando, diante de situações como tais, utilizar o disposto no artigo 1.009, § 1º do Código de Processo Civil, suscitando a matéria em preliminar de apelação, eventualmente interposta contra a decisão final, ou nas contrarrazões.

Em relação ao recurso de apelação, sabe-se que a regra é que da sentença cabe apelação. O que se deve atentar é que tanto no regime recuperacional, quanto no falimentar há um momento certo para que a sentença seja proferida. Na recuperação judicial, apenas será

proferida sentença de encerramento do processo após o cumprimento de todas as obrigações previstas no plano de recuperação judicial aprovado e que se vencerem em até dois anos depois da concessão da recuperação (art. 63, Lei 11.101/05), quando já superadas todas as discussões sobre o deferimento e o processamento da recuperação, os critérios para a deliberação em Assembleia de Credores e os credores habilitados para votar, assim como a votação propriamente dita do plano de recuperação judicial apresentado e sua homologação. Do mesmo modo, sendo decretada a falência, somente será proferida sentença de encerramento depois de ultimada a arrecadação dos ativos, com a distribuição do produto aos credores habilitados e a apresentação do relatório final pelo administrador judicial (art. 156, lei 11.101/05).

A recuperação judicial se processa mediante uma sistemática própria, partindo de um procedimento complexo, de diversas etapas, que envolve desde o pedido de processamento, passando pela apresentação do plano de recuperação de empresa até que se chegue à decisão concessiva da recuperação judicial, e seu respectivo cumprimento. Isso tudo, visando o cumprimento de um único objetivo, qual seja, o acordo mútuo entre os polos ativos e passivos, o qual proporcionará, conforme dizeres de Sergio Campinho “a superação da crise da empresa pelo devedor” (2015).

Neste toar, constata-se a lacuna que paira sobre a recorribilidade de algumas decisões no curso do processo de recuperação e falência de empresas, de modo que não se tem a clareza desejada quanto à possibilidade de envio da matéria ao segundo grau de jurisdição. Isso leva à conclusão lógica de que os princípios da ampla defesa, contraditório, duplo grau de jurisdição, todos previsto constitucionalmente, seriam mitigados, resultando em uma prejudicialidade categórica ao legitimado recursal.

Impulsionando esse raciocínio, é sabido que a relação processual é triangular e cooperativa, isto é, as três partes envolvidas no processo devem adotar postura colaborativa à resolução da lide e a justa aplicação do direito, a qual corroborará para a efetividade jurisdicional. Neste diapasão, uma das alternativas encontradas, seria a aplicação do parágrafo único do artigo 1.015 do CPC/15 aos processos submetidos ao regime da LRF, vez que “os procedimentos concursais se aproximam de um procedimento de execução coletiva e, por assimilação, aplica-se o parágrafo único do artigo 1.015 do CPC de 2015”, à luz do acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo.

Tal fato, inclusive, foi tema de acórdão, no AI nº 70073891772, proferido pelo Tribunal de Justiça do Rio grande do Sul, em que o desembargador afirmou que:

Considerando a nova sistemática processual do agravo de instrumento, a qual limitou a interposição do recurso às hipóteses previstas no artigo 1.015 do Código de Processo Civil, consigno ser entendimento deste Relator a inexistência de óbice à recorribilidade das decisões interlocutórias proferidas durante o procedimento de recuperação judicial através de agravo de instrumento, hipótese de reconhecimento da aplicabilidade extensiva do disposto no parágrafo único.

Complementou, ainda, nesse sentido que:

Evidenciado o mesmo quadro no tocante às decisões proferidas durante o procedimento de recuperação judicial, o qual desenrola-se por decisões interlocutórias, inexistindo oportunidade para impugnar questões não abarcadas pelo rol taxativo do artigo 1.015 do Código de Processo Civil em preliminar de apelação, plenamente viável a interposição de agravo de instrumento no caso em comento, sob pena ofensa ao Princípio do Duplo Grau de Jurisdição.

Em vista disso, incontroverso que, mesmo ante a limitação taxativa do cabimento do agravo, tais precedentes confirmam a aplicação, por analogia, do parágrafo único do artigo 1.015 do novo CPC, viabilizando a interposição de tal ato processual. Todavia, não será raro se, possivelmente, depararmos com a falta de sensibilidade dos julgadores, a qual culminará na violação à Carta Magna, ao novo CPC, e, por conseguinte, ao direito de defesa do interessado.

Sabe-se que um dos princípios basilares da prestação jurisdicional estatal, inexoravelmente consolidado no CPC/15, é não alcançar pura e simplesmente o efeito punitivo das demandas, mas sim a sua justa resolução, garantindo a efetividade do princípio da primazia da resolução de mérito, de tal modo que a negativa de conhecimento do recurso de agravo de instrumento configura cerceamento de defesa, culminando em uma indesejável violação do ordenamento jurídico brasileiro.

Frisa-se, ainda, que a falta de admissibilidade centrada unicamente na interpretação normativa terminará provocando o distorcido uso do mandado de segurança contra as mais diversas decisões, as quais produzirão um efeito negativo indesejado, pois demandarão, de toda sorte, uma resposta do Poder Judiciário, prologando, por conseguinte, o tempo do processo.

Infelizmente, os maiores prejudicados, por óbvio, serão as partes, credores e devedores, as quais irão sucumbir, não só a má redação do legislador, como a falta de bom senso na aplicabilidade da norma ao caso concreto.

Desta forma, sustenta-se, a necessidade de uma adequada interpretação no parágrafo único do artigo 1.015 do CPC/2015, que admite agravo de instrumento contra decisões interlocutórias proferidas na fase de liquidação de sentença ou de cumprimento de sentença, no

processo de execução e no processo de inventário, reconhecendo-se a natureza em razão do caráter especial dos processos submetidos a lei 11.101/2015.

Em decisão proferida pelo Desembargador Fabio Tabosa, do TJ/SP ao apreciar o mandado de segurança 2084028-08.2016.8.26.0000, asseverou ser perfeitamente cabível o recurso de agravo de instrumento contra decisões proferidas em processos de recuperação judicial da empresa (SACRAMENTO):

A recuperanda justifica a impetração do *writ* argumentando com a irrecorribilidade das decisões proferidas em processo de recuperação judicial, visto que excluídas do rol de hipóteses autorizadoras de agravo de instrumento do art. 1.015 do CPC/15. É todavia entendimento deste Relator, e ao que consta também das duas Câmaras Reservadas de Direito Empresarial deste E. Tribunal, que não há óbice à impugnabilidade das decisões em processo de recuperação por meio de agravo de instrumento, no âmbito do novo CPC, isso por força da aplicação extensiva da regra do parágrafo único do referido dispositivo legal. Os casos ali mencionados fase de liquidação ou de cumprimento de sentença, processo de execução e processo de inventário tratam de hipóteses em que não há a possibilidade de posterior interposição de recurso de apelação, para que a questão decidida pela decisão interlocutória possa ser suscitada em preliminar para a apreciação da matéria pelo E. Tribunal (art. 1.009, § 1º); e é justamente o que se verifica no tocante às decisões proferidas em processo de recuperação judicial. Perfeitamente cabível, pois, a via recursal do agravo de instrumento, considerando a lógica da ausência de veículo idôneo para a impugnabilidade diferida instituída pelo novo Código quanto às hipóteses de agravo de instrumento excluídas do alcance do art. 1.015.(...)

Diante do exposto, enquanto não houver alteração legislativa tendente à corrigir tão distorção, resta defender ao cabimento do recurso de agravo de instrumentos nos processo de recuperação da empresa e falência, a partir da adequada flexibilização do parágrafo único do artigo 1.015 do CPC/2015.

Conclusão

Nos moldes da realidade prática forense, as inovações alcançadas pela nova redação da lei 13.105/2015, no que tange ao uso do artigo 1.015 do Código de Processo Civil, não se mostram convenientes para boa processualística, pois não abarcam as inúmeras situações que surgem em todas as fases dentro do um processo, seja ele de rito especial como é na Lei de Recuperação Judicial e Falência. Seu emprego tem impactado de forma altamente prejudicial, em face ao princípio da ampla defesa, e contraditório, que, diga-se de passagem, é uma garantia constitucional do jurisdicionado.

Seria adequada a manutenção da interpretação da disposição geral permissiva do manejo do agravo de instrumento, nos moldes do artigo 522 do CPC/73, uma vez que a Lei de Recuperação Judicial e Falência foi estruturada, sob o ponto de vista recursal, no antigo CPC, ou seja, no que tange a utilização do agravo, tanto que, em seu artigo 189, reportou-se expressamente, quando determinou a aplicação “da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, no que couber, aos procedimentos previstos nesta Lei.”.

É evidente que, na elaboração da nova lei processual o legislador não se debruçou sobre os processos que correm em face de legislação especial, como a Lei 11.101/2005.

Objetivando que tal situação não persista, verifica-se adequada, enquanto não houver eventual mudança legislativa, admitir o emprego do parágrafo único do artigo 1.015 do Código de Processo Civil, para o fim de admitir o manejo do recurso de agravo de instrumento no âmbito dos processos de recuperação de empresas e falência, dada sua característica colaborativa e coletiva. Desta forma, prestigiando a função social da empresa, a preservação da atividade produtiva e o interesse dos credores, de forma equilibrada e associada à capacidade da empresa recuperanda, bem como ao acervo da massa falida.

Pelos fundamentos já mencionados ao longo deste trabalho, conclui-se que o preceito trazido pelo código de processo civil de 2015, deve ser interpretado de forma teológica diante do procedimento especial, tendo em vista os princípios constitucionais do devido processo legal, acesso à justiça e da efetividade das decisões judiciais, tornando viável a recorribilidade das interlocutórias de forma imediata por meio do manuseio do agravo de instrumento, não sucedendo a configuração restrita aos casos previstos em seu rol, fazendo uso em seu bojo do parágrafo único do artigo 1.015 do Código Processual Civil, utilizando-se nos processos de recuperação judicial e de falência, incorrendo em circunstâncias em que não se viabilize a interposição de recurso adequado para as situações praticas.

Referências

ALVES, Ronildo. **A possibilidade do manejo de mandado de segurança contra decisões interlocutórias não agraváveis.** Disponível em:

<https://alvesronildo.jusbrasil.com.br/noticias/449356223/a-possibilidade-do-manejo-de-mandado-de-seguranca-contradecisoes-interlocutorias-nao-agravaveis>. Acesso em: 15 de outubro de 2017.

CAMPINHO, Sérgio. **O novo regime jurídico do recurso de agravo e os processos disciplinados na Lei nº 11.101/05.** In: CERZETTI, Sheila C. Neder; MAFFIOLETTI, Emanuelle Urbano (coord.). *Dez anos da Lei nº 11.101/2005: estudos sobre a lei de recuperação e falência.* São Paulo: Almedina, 2015.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de (coord.). **Novo Código de Processo Civil:** Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

CHWARTZMANN, Alexandre Elman; DUTRA, Erika Donin. **Cabe recurso da maioria das decisões interlocutórias da Lei de Falências.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-abr-17/cabe-recurso-decisoes-interlocutorias-lei-falencias>.

COELHO, Fábio Ulhôa. Curso de direito comercial. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, v.3.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil: **Meios de Impugnação às Decisões Judiciais e Processo nos Tribunais.** 13. Ed. Salvador: JusPODIVM, 2016.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Lei de Falência e Recuperação de Empresas.** 6ª. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012.

LOBO, Jorge. Comentários ao artigo 47 da Lei 11.101/2005. “in” TOLEDO, Paulo F. C. Salles de; ABRÃO Carlos Henrique (coords.). **Comentários à Lei de Recuperações de Empresas e Falência.** 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil.** 8ª.. Ed. Salvador: JusPODIVM, 2016.

ROMÃO, Pablo Freire. **Taxatividade do rol do artigo 1.015, do novo código de processo civil: Mandado de segurança como sucedâneo do agravo de instrumento?** “in” Revista

THEMIS: Revista da ESMEC / Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará. Fortaleza: 2015. Disponível em: <http://esmec.tjce.jus.br/wp-content/uploads/2016/09/Themis-13.pdf>

ROQUE, Andre Vasconcelos; BAPTISTA, Bernardo Barreto. **O novo CPC e o agravo de instrumento na recuperação judicial e falência: por uma interpretação funcional.** Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI224424,81042-O+novo+CPC+e+o+agravo+de+instrumento+na+recuperacao+judicial+e>. Consulta em: 10 de novembro de 2017.

SACRAMENTO, André da Silva. **Aplicação do novo sistema recursal do CPC no âmbito das recuperações judiciais.** Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI243042,51045-Aplicacao+do+novo+sistema+recursal+do+CPC+no+ambito+das+recuperacoes>. Acesso em 12 de novembro de 2017.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil.** 47^a. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

TUTELAS PROVISÓRIAS: ESTABILIZAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA ANTECIPADA REQUERIDA EM CARÁTER ANTECEDENTE FRENTE ÀS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS

Tamires Cristina Jacinto de Lima¹
Prof. Doutor Luiz Gustavo Simões Valença de Melo²

Resumo

O Direito Processual Civil deve se moldar às necessidades da prestação jurisdicional de uma tutela que atenda às peculiaridades do direito material, sem descuidar de se nortear pelos princípios constitucionais, que são a base do Ordenamento Jurídico. Nesse desiderato, o novo Código de Processo Civil prevê a estabilização dos efeitos da tutela antecipada antecedente, quando não haja a interposição do respectivo recurso, qual seja: o agravo de instrumento. Visa a limitação do processo, mediante somente a aplicação da tutela provisória. A tutela estabilizada só não fará coisa julgada se houver pedido de desarquivamento, fundado no aparecimento de novas circunstâncias, por uma das partes, para rever a decisão, após o trâmite processual da demanda, baseado em cognição exauriente e a concessão ou não da tutela definitiva. Contudo, não fará coisa julgada durante sua estabilização, pois tal decisão pode ser modificada pelo juiz a requerimento das partes, principalmente por se tratar de cognição sumária. Diante desse fenômeno faz-se necessária a discussão acerca de sua compatibilização com as garantias constitucionais, visando observar se ocorrerá violação dos princípios norteadores: devido processo legal, contraditório, razoável duração do processo e segurança jurídica, ou seja, quais as consequências da estabilização para o direito constitucional, tendo em vista a importância desses princípios e que nenhuma norma pode violar a Constituição. O principal objetivo é analisar a possibilidade de estabilização da tutela antecipada, verificando sua compatibilização com as garantias constitucionais do nosso ordenamento. Utilizar-se-á o método hipotético-dedutivo, a partir da análise do instituto da estabilização da tutela como medida eficiente para as garantias previstas na Lei Maior. O Direito Processual Civil é intrínseco aos princípios constitucionais, a fim de criar condições para que a tutela seja prestada de forma justa e efetiva, não violando suas garantias. É imprescindível a valorização dos preceitos constitucionais na solução de conflitos. As tutelas provisórias auxiliam consideravelmente para a celeridade da prestação jurisdicional, vez que é instrumento com resultado eficiente para a lide pleiteada, mediante efeito prático provisório. As tutelas provisórias são métodos eficazes para a obtenção célere do direito, desde que cumpridos os seus requisitos legais, uma vez que evita o trâmite processual de ações desnecessárias, não deixando autor e réu de terem seus direitos salvaguardados.

Palavras-chave: tutelas provisórias; estabilização; princípios constitucionais; violação; compatibilização.

¹ Graduanda do curso de Direito pelo Centro Universitário Tabosa de Almeida (ASCES – UNITA). E-mail: tamires_jacinto@hotmail.com

² Doutor em Direito pela Universidad de Castilla - La Mancha – Espanha (UCLM), mestre em Direito pela Universidad de Salamanca – Espanha (USAL). Promotor de Justiça do Ministério Público de Pernambuco. Professor de Teoria Geral do Processo e Direito Processual Civil do Centro Universitário Tabosa de Almeida (ASCES – UNITA). E-mail: lgustavo22@hotmail.com

Introdução

O direito de ação surge com o monopólio da jurisdição, ou seja, com a formação do Estado moderno. Através desse direito pode-se exigir o exercício da atividade jurisdicional, isto é, pede-se ao Estado que exerça sua função pelo Poder Judiciário no caso concreto, no intuito de intermediar o conflito a partir da aplicação da lei. Contudo, o exercício do direito de ação implica na relação triangular processual (juiz, autor e réu), fator este que interfere na eficácia imediata da decisão, devido aos recursos interpostos, morosidade do Judiciário e aspectos formais do processo.

É notória a necessidade do Estado em priorizar a celeridade processual, bem como a efetivação justa da tutela jurisdicional como método de solução de conflitos. Partindo desse pressuposto, percebeu-se a necessidade da criação de medidas cabíveis que visassem a eficácia imediata dos direitos pleiteados com premência, surgindo, então, as tutelas de urgência, consideradas até hoje um avanço para o direito processual civil.

O Código de Processo Civil vigente prevê a estabilização dos efeitos da tutela antecipada requerida em caráter antecedente. Tal medida foi baseada no direito italiano e no direito francês, objetivando a limitação do processo, mediante a aplicação da tutela provisória, fundada em cognição sumária.

É cediço que há muito o Poder Judiciário vem utilizando técnicas com o intuito de dar celeridade aos processos e viabilizar decisões justas e efetivas, combatendo a morosidade e equilibrando rapidez e eficiência, sendo ambos instrumentos necessários para garantia de entrega da prestação da tutela jurisdicional, mediante o Estado Democrático de Direito.

O presente trabalho tem por escopo estudar a técnica de estabilização da tutela antecipada antecedente e analisar suas implicações quanto aos princípios constitucionais.

A escolha do tema abordado justifica-se em virtude da impossibilidade de violação às garantias constitucionais. Ademais, atentando-se para amplas discussões sobre o tema e suas implicações para o direito processual civil.

Para elaboração deste trabalho utilizou-se como fonte de pesquisa, a doutrina, a fim de apresentar definições sobre os princípios fundamentais, bem como esclarecer o procedimento da estabilização dos efeitos da tutela antecipada, mediante obras de doutrinadores que tratam de tal instituto, sendo a legislação fonte crucial, no intuito de traçar os caminhos e nortear este trabalho.

Quanto à abordagem do problema, explorou-se o método de pesquisa hipotético-dedutivo, ou seja, o método de conjecturas e refutações, uma vez que o tema originou-se

primeiramente do fato e, em seguida, discutiu-se a teoria, implicando na hipótese do trabalho em questão.

1. Do conceito de estabilização da tutela jurisdicional

A técnica de estabilização da tutela antecipada requerida em caráter antecedente foi baseada no direito italiano, nos “*provvedimenti d’urgenza*” com “*strumentalità attenuata*”, bem como no direito francês, pelo instituto do “*référé provision*”, o qual objetiva a limitação do processo, mediante somente a aplicação da tutela provisória. Este último possui como principais características: autonomia do procedimento de urgência, provisoriedade da decisão e ausência de coisa julgada.

Estabilizar é fazer com que uma decisão proferida em cognição sumária, em juízo de probabilidade, gere efeitos de forma permanente, ainda que não tenha transitado em julgado, visto que o trânsito em julgado ocorre em cognição exauriente, gerando, portanto, coisa julgada e, conseqüentemente, a imutabilidade da decisão.

A estabilização diferencia-se do julgamento antecipado da lide, porque nesta o procedimento é abreviado, tendo em vista a inércia do réu em se defender; já aquela ocorre porque o réu manteve-se inerte em recorrer da decisão antecipada. Nada obsta que o réu apresente defesa, mas permaneça inerte quanto ao pedido de estabilização.

Ademais, o julgamento antecipado da lide diferencia-se da referida técnica, vez que ocorre com base em cognição exauriente, quando não há matéria de fato a ser provada, tratando de questões de mérito somente de direito.

O conceito de estabilização “outra coisa não significa senão irrevogabilidade e imodificabilidade desse elemento [elemento sentencial mandamental ou executivo antecipado]. Estabilizar é imunizar contra revogação ou modificação. Enfim, estabilizar é imutabilizar” (COSTA, 2016, p. 428).

A impossibilidade de revogação e modificação a que o autor se refere é a alteração da decisão que concedeu a tutela dentro do mesmo procedimento, só sendo possível mediante ação autônoma.

Uma tutela antecipada, em princípio, não deveria durar por tempo indefinido, pois decorre de uma decisão proferida em caráter liminar, porém deve-se lembrar o conceito de provisoriedade, isto é, substituir uma decisão pela outra, troca-se a decisão provisória, que terá eficácia e efeitos, por uma decisão definitiva que a substitua.

A estabilização foge a essa regra, porque não haverá a troca de decisões, quando estabilizada, a decisão torna-se permanente.

Essa técnica somente poderá ser aplicada em tutela de urgência, antecipada e antecedente. Não é aplicada na tutela de evidência, posto que esta não possui caráter emergencial, podendo o autor aguardar os trâmites processuais. Não se aplica a tutela cautelar devido a sua incompatibilidade com a técnica. Por fim, não será utilizada em caráter incidental, haja vista inicia-se mediante peça vestibular, em momento anterior ao pedido principal.

2. Do procedimento

O procedimento inicia-se mediante petição inicial com requerimento limitado à tutela antecipada antecedente e pedido expresso de estabilização, bem como deverá o autor informar os demais requisitos necessários à estabilização, tais como: exposição dos fatos e da lide, probabilidade do direito, perigo da demora, causa de pedir, pedido e valor da causa.

Se a medida liminar for negada por falta de elementos, o autor será intimado para emendar a inicial, acostando novos documentos, argumentação e confirmação do que se requer em tutela definitiva, no prazo de cinco dias, sob pena de extinção do processo sem resolução do mérito.

Sendo ela concedida, intimar-se-á o réu para efetuar seu cumprimento ou interpor o respectivo recurso, caso não deseje a técnica de estabilização.

O recurso cabível será o agravo de instrumento, vez que impugna decisão interlocutória proferida pelo magistrado. Entretanto, há divergências na doutrina quanto ao meio de impugnação utilizado.

Assim, se o réu apresentar o meio de impugnação, já não se permitirá o uso da técnica. Deve-se, portanto, dar continuidade ao procedimento em cognição exauriente para apreciação da tutela definitiva. Também não haverá estabilização quando o litisconsorte passivo simples ou assistente simples apresentar meio de impugnação, com argumentos capazes de beneficiar o réu que permaneceu inerte (DIDIER JÚNIOR, 2016, p. 622). Isto é, havendo impugnação, por quaisquer destes, da decisão que deferiu a tutela antecipada antecedente, esta não ficará estável, devendo o autor aditar a petição inicial, no prazo de quinze dias, contados após o término do prazo da impugnação, a fim de converter o procedimento provisório em definitivo. Caso o demandante não realize o aditamento ou este seja feito de modo intempestivo, o processo será extinto sem análise de mérito.

Realizando o aditamento, o réu será intimado, junto do autor, para comparecer à audiência de conciliação ou mediação. Celebrado o acordo pelas partes, haverá sua homologação e o processo será extinto com julgamento de mérito. Caso não haja autocomposição do litígio, o réu terá o prazo de quinze dias para oferecer contestação e os

demais atos processuais seguirão pelo rito comum, até que haja sentença com resolução de mérito.

Por outro lado, se, após a concessão da tutela antecipada e citação do réu para seu cumprimento, este não interpuser meio de impugnação, a tutela antecipada requerida em caráter antecedente ficará estável. Esta estabilidade implica em extinção do processo. O legislador não esclarece o tipo de extinção, porém entende-se que ocorrerá sem resolução de mérito, pois a pretensão foi satisfeita em caráter liminar, trata-se de uma decisão terminativa, mas que continua a gerar efeitos pela sua estabilização, conforme demonstra (COSTA, 2016, pp. 428 – 429):

Isso ocorre porque a estabilização da tutela antecipada faz um corte, interrompendo o complemento da cognição. Logo, a sentença que alude o §1º do art. 304 só terá uma função: dissolver a relação processual civil pendente, tendo em vista que a relação jurídica material controvertida já foi resolvida interinamente pela decisão antecipatória estabilizada.

Nesse sentido, a sentença será terminativa, sem qualquer carga eficaz de mérito. Não será de todo oca, porém: declarará a estabilização.

Com a extinção do processo, a medida permanece estável durante o período de dois anos, entretanto sem fazer coisa julgada. Dentro desse prazo, qualquer das partes poderá propor ação autônoma, não sendo possível o requerimento no mesmo procedimento, objetivando revisar, reformar ou invalidar a decisão que concedeu a tutela antecipada. A competência funcional/absoluta para analisar a ação proposta será do mesmo juízo que concedeu a liminar (DIDIER JÚNIOR, 2016, p. 625).

Na estabilização não há cognição exauriente, não há juízo de certeza, a decisão será permanente até que uma das partes venha questioná-la em ação autônoma. Esta ação não possui nome específico e possui natureza jurídica constitutiva, visto que modifica ou desconstitui a estabilização da tutela.

Com o término do prazo de estabilização, as partes perdem o direito de reanalisar a decisão que concedeu a tutela, ficando então imutável.

3. Da supremacia da Constituição Federal

A Constituição Federal é o pilar do Ordenamento Jurídico brasileiro, ela é a fonte principal e encontra-se no ápice da pirâmide de hierarquia das normas, diante da qual as demais normas estruturam-se e tornam-se válidas. A função primordial da Lei Maior é coordenar e amoldar o Estado, de modo a estabelecer as obrigações e garantias dos indivíduos.

De acordo com Hans Kelsen:

Entre uma norma de escalão superior e uma norma de escalão inferior, quer dizer, entre uma norma que determina a criação de uma outra e essa outra, não pode existir qualquer conflito, pois a norma do escalão inferior tem o seu fundamento de validade na norma do escalão superior. Se uma norma do escalão inferior é considerada como válida, tem de considerar-se como estando de harmonia com a norma do escalão superior. (KELSEN, 1998, p. 233)

A norma de escalão superior sempre vai prevalecer diante da norma de escalão inferior, haja vista sua hierarquia. Isso decorre do princípio da supremacia da Constituição, o qual dispõe que todas as normas devem estar de acordo com a Carta Magna.

Esse princípio decorre da rigidez da Constituição, a qual disponibiliza um maior nível de dificuldade para modificar seu conteúdo.

A dicotomia entre Constituição rígida e Constituição flexível, por sua vez, não se confunde, mas se superpõe em larga medida, com a distinção entre Constituição escrita e não escrita. Diz-se flexível a Constituição cujo processo de reforma coincide com o modo de produção da legislação ordinária, inexistindo diferença formal entre norma constitucional e norma infraconstitucional (...). Já a rigidez constitucional traduz a necessidade de um processo especial para a reforma da Constituição, distinto e mais complexo do que o necessário para a edição das leis infraconstitucionais, e que no caso brasileiro incluem quórum e procedimento diversos, além de limitações materiais e circunstanciais. (BARROSO, 1998, p. 152.)

Uma Constituição flexível pode ser alterada por outras normas, de modo simples, razão pela qual recebe esta denominação. Já uma Constituição rígida passa por um processo complexo até ter seu texto alterado, diferente do processo de modificação de leis ordinárias. Essa discrepância acarreta em uma hierarquia formal, presente somente nas Constituições rígidas.

É cediço que a Constituição Federal brasileira é rígida, sendo assim, todas as demais normas devem obedecer aos parâmetros da Lei Máxima. Não há que se falar em hierarquia das normas nas Constituições flexíveis, em virtude de todas encontrarem-se no mesmo padrão de alteração e criação. “Nossa Constituição é rígida. Em consequência, é a lei fundamental e suprema do Estado brasileiro” (SILVA, 2011, p. 46).

O Direito Constitucional não é uma espécie, mas o alicerce dos outros ramos do direito, tanto público quanto privado. Assim explica André Ramos Tavares:

Na realidade, portanto, o Direito Constitucional é a base que oferece sustentação a todos demais “direitos” disciplinados, no Brasil, por leis (leis complementares, ordinárias, delegadas), medidas provisórias e decretos. Portanto, tem-se o Direito Constitucional como a base, o fundamento dos demais “ramos” (melhor seria falar em “Direitos”), seja qual for a repartição que se queira (ou não) realizar esses “Direitos”. O Direito Constitucional não poderia estar contido, portanto, em um dos clássicos “ramos” do Direito, pois lhes é superior, englobante e serve de fundamento de validade a todos. Alocando-o no Direito privado, ter-se-ia a equivocadíssima impressão de que não guarda relação ou contato com o Direito privado, a não ser secundária e episodicamente, quando é justamente o oposto do que deve ocorrer. (TAVARES, 2010, p. 46)

Por ser considerada o cerne do Ordenamento Jurídico, a Constituição é díspar com relação aos demais ramos do direito (Direito Tributário, Direito do Trabalho, Direito Administrativo, Direito Civil, Direito Penal etc.). Todas as outras ramificações devem ser elaboradas e interpretadas à luz do Direito Constitucional. O Direito Processual Civil, não foge à regra e deve obedecer as suas normas, inclusive seus princípios.

Apesar de nem sempre estarem expressos na Lei Máxima, os princípios e garantias constitucionais são de extrema relevância para as relações jurídicas e desenvolvimento da sociedade, influenciando e norteando a interpretação das normas.

4. Coisa julgada, técnica de estabilização e o princípio da segurança jurídica

Atine-se, então, que o princípio da segurança jurídica está inteiramente concatenado com a formação da coisa julgada.

A coisa julgada formal ocorre quando a sentença não pode ser alterada no interior do mesmo processo, contudo pode ser discutida em outra ação a ser ajuizada depois. É o caso, por exemplo, da desistência ou renúncia da parte para interpor recurso, ou da prolação de sentença terminativa, tais atos geram coisa julgada formal.

Já a coisa julgada material ocorre quando a sentença não pode mais ser alterada em nenhum outro processo, é o mais alto grau de imutabilidade da decisão. Assim, entende-se que coisa julgada material engloba a coisa julgada formal, uma vez que se o objeto da ação não poderá mais ser discutido em nenhum outro processo, obviamente não poderá ser discutido especificamente naquele em que foi originado.

Este instituto serve para dar segurança jurídica às decisões judiciais, evitando que os conflitos se perpetuem no tempo.

A doutrina converge ao entender que durante a estabilização não há coisa julgada. Contudo, diverge quando se trata do período estabelecido após o decurso do prazo de dois anos para reanalisar a decisão, dividindo-se em duas correntes.

A primeira delas entende, conforme Luiz Eduardo Ribeiro Mourão:

Assim, esgotado o prazo para rediscussão da tutela antecipada antecedente, nos termos do parágrafo 2º do artigo 304 do novo CPC, concretiza-se a proibição de repetição/reprodução do exercício da mesma atividade jurisdicional, sobre o mesmo objeto, pelas mesmas partes (artigo 337, parágrafo 1º e 4º do novo CPC), tornando-a indiscutível e imutável (artigo 502 do novo CPC). Essa nova situação jurídica chama-se, indiscutivelmente, coisa julgada (MOURÃO, 2015).

No mesmo sentido leciona Bruno Garcia Redondo:

Se, dentro de 02 anos, não há coisa julgada, mas, após o esgotamento *in albis* do biênio, a estabilidade se torna imutável (e, por consequência, se torna vedado o debate sobre o direito material), é forçoso concluir que há formação de coisa julgada material. Afinal, a Teoria Geral do Direito Processual denomina *coisa julgada material* o fenômeno que impede a (re)propositura de demandas que busquem modificar anterior julgamento do mérito.(REDONDO, 2016, p. 297)

Tais autores, baseados no conceito do art. 502, do CPC/15³, entendem que após os dois anos a decisão será acobertada pela coisa julgada material, vez que ficará imutável e indiscutível, não sendo possível sua reanálise. Assim, ao criar o dispositivo previsto no art. 304, §6º, do CPC/15, expressando que “a decisão que concede a tutela não fará coisa julgada”, o legislador referiu-se ao período de estabilização, durante o prazo de dois anos, não após esse tempo. Do mesmo entendimento compartilham Leonardo Greco e Daniel Mitidiero.

Dicotômica é a interpretação da segunda corrente, conforme Fredie Didier Júnior:

Além disso, após os dois anos para a propositura da ação para reformar, rever ou invalidar a decisão que concedeu a tutela provisória, os efeitos se tornam estáveis. Esses efeitos são estabilizados, mas apenas eles – a coisa julgada, por sua vez, recai sobre o *conteúdo* da decisão, não sobre seus efeitos; é o *conteúdo*, não a eficácia, que se torna indiscutível com a coisa julgada. Não houve reconhecimento judicial do direito do autor. O autor não poderá, por exemplo, com base nessa decisão, pretender extrair dela uma espécie de efeito positivo da coisa julgada. (...) Exatamente por isso, não caberá ação rescisória da decisão que concede a tutela provisória, mesmo após os dois anos para ajuizamento da ação a que se refere o §5º do art. 304 (DIDIER JÚNIOR, 2016, pp. 625 – 626).

Na mesma linha, Eduardo José da Fonseca Costa leciona:

Afinal, o entendimento mais adequado parece ser o de que, mesmo após os dois anos, não haverá a formação da coisa julgada material. Além da dicção expressa do art. 304, §6º, é preciso perceber que o próprio procedimento não foi construído para a produção da coisa julgada. O seu objetivo não é este, mas tão somente o de satisfação fática da parte. Afinal, se o objetivo da parte é o de obter a coisa julgada material, tem-se o procedimento comum para tanto. Impor a formação da coisa julgada material no procedimento de antecipação de tutela antecedente é tentar encaixar antigos conceitos a fórceps no fenômeno da estabilização. Trata-se de uma forma de simplificar à força a estabilização, criada pelo CPC/2015 (COSTA, 2015).

Esta segunda corrente entende que a técnica de estabilização não produzirá coisa julgada material, continuando apenas estabilizada, mesmo após os dois anos, os efeitos da decisão tornam-se estáveis, mas não o seu conteúdo. Diferentemente de como acontece na coisa julgada, na estabilização não tem o reconhecimento judicial do direito do demandante. Por não haver coisa julgada, não se admite a utilização da ação rescisória. A estabilização traz uma nova técnica, com pressupostos e características inerentes a ela.

³ Art. 502, CPC/15: “Denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso.”

É imprescindível fazer uma distinção entre estabilização da tutela e a coisa julgada. A primeira ocorre com base em uma tutela provisória, fundada em cognição sumária, recai sobre os efeitos da decisão, não gera efeitos positivos, durante o período de estabilização será reavaliada por decisão autônoma de revisão, reforma ou invalidação, sendo esta de competência do juízo que concedeu a estabilização. Já a segunda ocorre mediante tutela definitiva, fundada em cognição exauriente, recai sobre o conteúdo da decisão, gera efeitos positivos para o autor, é combatida pela ação rescisória, esta de competência originária do tribunal.

A ação rescisória, com rol taxativo, prevista no art. 966, do CPC/2015, serve exatamente para impugnar a sentença transitada em julgado, possui caráter desconstitutivo, tendo em vista o desfazimento dessa decisão.

Percebe-se, finalmente, que a estabilização da tutela antecipada antecedente terá efeitos práticos de coisa julgada material. Todavia, não será acobertada por esta em virtude de suas distinções, primordialmente, por não ocorrer com base em cognição exauriente.

Pelos motivos acima elencados há grande discussão na doutrina acerca da possibilidade de insegurança jurídica na decisão que concede a estabilização. No que tange à segurança jurídica, versa sobre requisito fundamental para o processo, por tratar-se do caminho processual percorrido com riscos mínimos:

[...] concretiza-se a segurança jurídica no processo com o desenvolvimento do contraditório, possibilitando ampla participação dos demandantes na demonstração de suas pretensões e num contexto de informação e reação, em que as partes e o juiz promoverão um constante diálogo, com o fim de preparar o provimento final, possibilitando o controle da atividade jurisdicional por parte dos interessados. (HERNANDES, 2016, p. 121)

Verifica-se, então, que a segurança jurídica se consolida conforme o processo vai se formando por cognição exauriente, se distanciando, portanto, das decisões proferidas em caráter liminar, fundadas em cognição sumária.

Ocorre que em uma tutela de urgência deve prevalecer o direito do demandante, não podendo este ser prejudicado pelo decurso do tempo, tendo em vista que “é inevitável para a garantia plena à segurança jurídica, mas é, muitas vezes, incompatível com a efetividade da jurisdição, notadamente quando o risco de perecimento do direito reclama tutela urgente” (ZAVASCKI, 2007, p. 66).

Ainda que ocorra a estabilização e finde o decurso do prazo de dois anos para reanalisar a decisão, a referida técnica não é capaz de gerar insegurança, apesar de não formar coisa julgada material, haja vista possuir efeitos idênticos a esta imutabilidade, não sendo possível, portanto, desconstituir a decisão que concedeu a tutela após o seu prazo legal.

5. Compatibilização ou violação da estabilização com as principais garantias constitucionais?

Muitos acreditam que a tutela diferenciada realizada em cognição sumária é uma exceção ao rito comum do processo, vez que não garante efetivamente o princípio da segurança jurídica, para dar lugar à razoável duração do processo. Contudo o que ocorre é um equilíbrio entre os princípios processuais constitucionais para que a parte tenha seu direito garantido de forma mais célere.

Argumenta-se que para que a sumarização ocorra sem ferir os princípios processuais constitucionais deverá vir expressa em lei, porém isso implicaria na solução do conflito de maneira abstrata, sendo fundamental a flexibilização de decisão do juiz, ante o caso concreto.

O princípio primordial para o Estado Democrático de Direito é o princípio da isonomia, vez que estabelece a igualdade entre as partes no âmbito processual. Este princípio encontra-se inteiramente associado ao princípio da proporcionalidade, assim clarificado: “o critério da proporcionalidade está relacionado ao aspecto material do conceito de isonomia, como critério de justa medida de distribuição dos direitos e deveres sociais” (TAVARES, 2010, p. 769). Ambos os princípios buscam a efetivação e proteção dos direitos fundamentais, asseguram igualdade entre as partes durante a relação processual, não admitindo privilégios de um em detrimento de outro.

Por ser realizado sem a manifestação do réu, o processo de cognição sumária provoca a sensação de que o princípio da isonomia foi desrespeitado, visto que não há uma análise profunda da matéria pelo juiz e o autor pode ter seu direito concedido antes da manifestação da parte requerida em uma tutela provisória. Todavia, a mesma técnica de antecipação de tutela pode favorecer o réu, quando o juiz negar liminarmente a pretensão do autor, julgando seu pedido improcedente. Neste último caso, o réu nem saberá da existência do processo, posto que ainda não houve citação, sendo, portanto, favorecido liminarmente.

Na primeira situação o réu poderá se manifestar posteriormente, podendo o juiz, se for o caso, revogar ou modificar a tutela concedida em caráter liminar. Na segunda suposição, o autor economizará tempo e recursos financeiros, não precisando levar adiante uma ação fadada ao insucesso.

O princípio do devido processo legal assegura condições essenciais para o desenvolvimento regular do processo, uma consequência do princípio da isonomia. É fundamental permitir às partes a produção de provas, alegação dos fatos e manifestação do direito, para, então, buscar respostas e soluções para o conflito.

“O princípio do devido processo legal tem como um de seus fundamentos a consagração de um processo "justo", assim considerado aquele adequado às necessidades de definição e realização dos direitos lesados submetidos à apreciação judicial” (FUX, 2000, pp. 23; 43). As partes podem se utilizar dos meios jurídicos para provarem suas alegações. O processo transcorre de acordo com a previsão legal, ou seja, o magistrado deve seguir o procedimento, conforme previsto em lei.

Ainda sobre o devido processo legal: “no âmbito processual, significa a garantia concedida à parte processual para utilizar-se da plenitude dos meios jurídicos existentes” (TAVARES, 2010, p. 734). Quaisquer das partes envolvidas no processo poderão usufruir dos intermédios do direito, a fim de comprovar suas argumentações.

Vale ressaltar que o devido processo legal não implica dizer, necessariamente, demora processual, mas que o processo deve seguir todas as suas fases:

[...]normalmente, a postura do juiz que exige um grau muito elevado de certeza para julgar esconde uma tendência burocrática e comodista que deve ser evitada a todo custo. Devem prevalecer, no espírito do juiz, a relativização do ônus da prova e a redução de seu peso, ou seja, que o juiz aja como a pessoa comum ao formar sua convicção, concluindo pela existência do fato quando a sua consciência tiver por bem mais provável a existência do que a inexistência, sem chegar a extremos de exigência. (BONÍCIO, 2006, p. 83)

O magistrado deve atuar de modo a formar seu convencimento durante o processo, porém formulando e requerendo somente as exigências necessárias até o momento de proferir sua decisão, sempre com a cooperação das partes. Dessa forma, haverá a sumarização do procedimento sem haver violação ao princípio do devido processo legal.

As técnicas de cognição sumária não violam o supracitado princípio, visto que seu objeto será aprofundado em momento subsequente, no curso do processo.

O princípio do contraditório consiste na forma igualitária das partes se manifestarem nos autos. Ambas as partes interagem no processo, produzindo provas e tentando influenciar o juiz em suas alegações. Já a ampla defesa trata-se da permissão que as partes possuem para utilizar todos os meios de prova e recursos autorizados por lei.

Contudo, no que tange à antecipação da tutela, o contraditório é postecipado, devido à urgência que a ação requer, só ocorrendo após a análise do magistrado que irá conceder ou negar a medida liminar:

É bom que ressalte que não há violação da garantia do contraditório na concessão, justificada pelo perigo ou pela evidência de providências jurisdicionais antes da ouvida da outra parte (*inaudita altera parte*). O contraditório, neste caso, é deslocado para o momento posterior à concessão da providência de urgência ou de evidência,

em nome de outros bens jurídicos (como a efetividade). (DIDIER JÚNIOR, 2016, p. 594)

A alteração do momento do contraditório visa à celeridade processual e eficácia imediata do direito, baseando-se na cognição sumária, limitada, satisfazendo-se o juiz com a probabilidade de êxito do requerente, não sendo necessária uma cognição exauriente. Não é possível falar em violação do contraditório, pois ocorre somente sua postergação por se tratar de técnica processual de cognição sumária. Irrazoável seria prejudicar um direito com alto grau de probabilidade em face de formalismos exacerbados. Também não ocorre violação do contraditório na técnica de estabilização, vez que é dada ao réu a oportunidade de impugnar a concessão da medida, só podendo ela ocorrer com a inércia da parte demandada.

O princípio da razoável duração do processo busca evitar que o processo se prolongue ao ponto da garantia jurisdicional não ter mais efetividade. Não é razoável quando, por exemplo, aquele que reivindicou o direito não pode mais obtê-lo devido ao longo tempo de duração do processo, isto é, qualquer prejuízo o torna irrazoável:

As técnicas processuais de urgência, somadas às demais garantias constitucionais, integram a garantia do devido processo legal constitucional e, portanto, devem ser sopesadas a fim de que possa prevalecer aquela que protege o maior valor no caso concreto. O tempo necessário ao desenvolvimento completo do devido processo constitucional não pode ser empecilho para a tutela jurisdicional urgente, que visa garantir a utilidade da sentença justamente frente àquele. (HERNANDES, 2016, p. 115)

O princípio da razoável duração do processo está interligado com o princípio do devido processo legal, vez que este último só ocorre de forma justa se realizado em tempo hábil. Dele também decorre a eficiência, princípio previsto no art. 37, “*caput*”⁴, da Constituição Federal, aplicado no direito administrativo, bem como implantado no Poder Judiciário para obtenção de um melhor desempenho em suas atividades.

O princípio da celeridade, também derivado do princípio da razoável duração do processo, reconhece que o processo requer um tempo mínimo para que seja julgado de forma justa e tenha todos os princípios respeitados. Todavia, não admite a morosidade do judiciário em questões prescindíveis.

Ocorre que, apesar da ampla relação entre todos os princípios aqui abordados, constata-se a necessidade de aplicação do critério da proporcionalidade. Dessa forma, é mister

⁴ Art. 37, “*caput*”, CF: ”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**”. (Grifou-se).

perceber que o Direito Processual Civil está inteiramente ligado aos princípios constitucionais, no intuito de criar condições para que a tutela jurisdicional seja prestada de forma justa e efetiva.

6. Irreversibilidade da tutela antecipada e o princípio da proporcionalidade

A tutela de urgência antecipada, em regra, só poderá ser concedida quando houver a possibilidade de reversibilidade da decisão, conforme art. 300, §3º⁵, do CPC/15, devido à preservação dos princípios do contraditório e da ampla defesa, como meio de proteger a segurança jurídica do demandado. Trata-se da possibilidade de reversibilidade fática, isto é, de permitir que a decisão volte ao seu *status quo ante* mediante revogação da tutela anteriormente deferida. Entretanto, nem sempre será possível retornar à circunstância inicial.

A natureza reversível da tutela de urgência antecipada está consagrada no §3º do art. 300, segundo o qual esta não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão. No entanto, situações que requerem a concessão da tutela de urgência, em que pese a irreversibilidade dos efeitos práticos do provimento, v.g., na hipótese de emanação de tutela específica urgente, determinando que seja realizado um transplante de órgão, operação esta que o plano de saúde se recusava a custear. (HERNANDES, 2016, p. 133)

No exemplo acima, se observa o conflito entre os princípios da segurança jurídica e da efetividade da jurisdição. Diante disso, caberá ao juiz valorar cada um, averiguando suas implicações no processo. Não é justo para o requerente que pleiteia o transplante de órgão esperar todo o trâmite processual, para somente em sentença, obter a tutela definitiva. Constatase que os prejuízos para a segurança jurídica são menores, ante os danos causados ao autor no caso de indeferimento da tutela.

Nesse mesmo sentido:

Temos dois bens jurídicos a preservar: de um lado, o bem jurídico *vida*, que se sobrepõe a qualquer outro; do lado oposto, *interesse meramente patrimonial*, dizendo respeito à possibilidade de o réu sofrer perda material se a medida for posteriormente revogada (...).

Argumentos não faltam para subsidiar a tese de que a eventual irreversibilidade da tutela antecipada pode ser eliminada ou minimizada através da imposição de prestação da caução, em valor igual ao resultado econômico da medida judicial, providenciando-se a intimação do autor para que ofereça caução real ou fidejussória, como condição para o deferimento ou a manutenção dos efeitos da tutela antecipada já deferida.

Além disso, havendo alteração no panorama posteriormente, embora não seja mais possível a reversão da medida (desfazer a cirurgia, no exemplo apresentado), a questão é resolvida na conversão da obrigação em perdas e danos, devendo o autor pagar ao réu o valor correspondente ao benefício que usufruiu em face da decisão que lhe foi anteriormente favorável. (MONTENEGRO FILHO, 2015, pp. 32 – 33)

⁵ Art. 300, §3º, CPC/15: “A tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão.”

O principal bem jurídico protegido pelo Estado Democrático de Direito é a vida. Diante disso, não seria cabível negar a tutela antecipada, posto que o bem jurídico vida prevalece sobre o bem patrimonial, ainda que a medida seja irreversível.

Tendo em vista a impossibilidade de reversibilidade da decisão no exemplo anteriormente mencionado, o magistrado deverá exigir caução e conceder a tutela. Faz-se razoável, portanto, um equilíbrio entre os princípios diante do caso concreto, pois, às vezes, a decisão que concede a tutela poderá ser irreversível. Caso o juiz não tenha exigido caução real ou fidejussória antes de sua concessão, deverá o autor pagar ao réu a quantia correspondente pelos serviços prestados, em forma de indenização, e pelos prejuízos que a parte demandada tenha sofrido com a execução da medida.

Ademais, percebe-se aqui a aplicação do princípio da proporcionalidade, visto que apesar de tratar-se de medida irreversível, pode haver a concessão da tutela de urgência antecipada, em virtude do caráter emergencial presente no caso concreto. Não conceder a tutela com a justificativa de que esta é fundada em cognição sumária e pode acarretar um dano para a outra parte, bem como por ser analisado apenas o grau de probabilidade do direito seria incoerente, tendo em vista o direito à tutela jurisdicional que o autor possui e que “o juiz ciente da sua responsabilidade sabe que pouca coisa pode ser mais injusta do que uma vitória processual que signifique uma derrota no plano da realidade social” (MARINONI, 2008, p. 166).

Sobre a questão, Marcus Vinícius Rios Gonçalves esclarece que:

Quando o juiz concede a medida, ele o faz em caráter provisório, ciente de que a decisão poderá ser alterada ao final. Por isso, ao fazê-lo, deve medir as consequências negativas que resultarão do deferimento da antecipação, e as que decorrerão do indeferimento. Ou seja, deve sopesar as consequências que advirão de uma coisa ou outra. Se verificar que as consequências da concessão serão muito mais gravosas que as decorrentes do indeferimento, o juiz negará a medida. Do contrário, ele a concederá. (GONÇALVES, 2015, p. 355)

No mesmo sentido é o entendimento de Daniel Assumpção Amorim Neves:

Situação mais delicada para o juiz ocorre quando a não concessão de tutela antecipada pode gerar um sacrifício irreversível ao pretense direito daquele que requer a tutela de urgência e sua concessão gera um sacrifício irreversível ao réu. Claro, tudo conversível em perdas e danos, mas ainda assim o direito de alguma das partes terá de ser sacrificado. (...)

É uma situação-limite, que podemos chamar de “irreversibilidade de mão dupla”, ou como prefere a doutrina, “recíproca irreversibilidade”, na qual caberá ao juiz a ponderação do direito mais provável no momento de análise do pedido da tutela antecipada, aplicando-se o princípio da *razoabilidade*. Em lição de autorizado processualista, devem-se valorar comparativamente os riscos, balanceando os dois

males para escolher o menor. Típica hipótese é a tutela antecipada para atendimento médico quando o autor demonstra que sem ele sofrerá uma lesão irreparável. Nesse caso, ainda com mais razão, será interessante na hipótese de concessão da tutela antecipada a determinação de caução ao autor. (NEVES, 2016, pp. 856 – 857)

É crucial fazer um balizamento analisando as medidas e as consequências da concessão ou da negação da tutela. O magistrado examina os aspectos positivos e negativos de cada ponto para, só então, decidir liminarmente. Aqui consiste o princípio da proporcionalidade, haja vista o equilíbrio das medidas e análise de ambas para empregar a melhor delas.

As técnicas processuais devem ser empregadas de forma útil àqueles que demandam o direito, pois de nada adiantaria um processo em que fossem respeitados rigorosamente todos os trâmites processuais, mas não garantisse uma decisão justa em tempo necessário.

Conclusão

O direito à tutela jurisdicional é o direito a um subsídio do Estado, um amparo estatal, serve para que este empregue as normas dos procedimentos judiciais mediante órgãos jurisdicionais, a fim de efetivar o direito material afetado e reconhecido mediante as demais tutelas jurídicas.

Um dos cerne do Código de Processo Civil de 2015 foi o princípio da celeridade processual, vez que é visível a situação hodierna do Poder Judiciário com grande quantidade de demandas, as quais refletem o acesso à justiça adquirido pela população. Acesso este que interfere, por vezes, na entrega da prestação da tutela jurisdicional de maneira eficiente, porém que não pode ser negado à comunidade, devendo haver um equilíbrio deste com a celeridade processual.

A partir disso, o legislador pensou na técnica de estabilização, explorada no decorrer do presente trabalho, como uma forma de compatibilização dos dois princípios supramencionados.

É função do Estado solucionar os conflitos sociais em prazo razoável, a fim de garantir sua eficácia, primordialmente, nessas situações, não podendo este ignorar a situação fática pleiteada em juízo ou ser o responsável pela não efetivação do direito reivindicado, em virtude de seu formalismo processual.

O Direito Processual Civil deve se moldar de acordo com o que se faz necessário à prestação jurisdicional da tutela e pelo que é demonstrado diante das peculiaridades do direito

material pleiteado em juízo, ou seja, deve haver a necessidade de adequação da tutela jurisdicional ao processo e direito postulados.

Demais disso, é imprescindível a valorização dos preceitos constitucionais na solução de conflitos. Assim, restou demonstrado ao longo deste estudo que a técnica de estabilização dos efeitos da tutela não acarreta na violação de princípios constitucionais, os quais são a base do Ordenamento Jurídico brasileiro. O que pode ocorrer, por vezes, é o equilíbrio entre esses princípios, tendo em vista tratar-se de uma técnica que sintetiza os atos processuais sem violar direitos de autor e réu, tampouco o que se encontra previsto na Carta Magna.

Referências

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1998.

BONÍCIO, Marcelo José Magalhães. **Proporcionalidade e processo: a garantia constitucional da proporcionalidade, a legitimação do processo civil e o controle das decisões judiciais**. São Paulo: Atlas, 2006.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Art. 304**. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle;

CUNHA, Leonardo. (organizadores). **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2016.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Estabilização e a imutabilidade das eficácias antecipadas**. 16 de outubro de 2015. Disponível em: <<http://justificando.com/2015/10/16/a-estabilizacao-e-a-imutabilidade-das-eficacias-antecipadas/>>. Acessado em: 14 de outubro de 2017.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória**. 11 ed. Salvador: Juspodivm, 2016, vol.2.

FUX, Luiz. **A tutela dos direitos evidentes**. In: Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, Brasília, ano 2, número 16, p. 23-43, abril de 2000. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/894>>. Acessado em: 05 de outubro de 2017.

GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. **Novo curso de direito processual civil: teoria geral e processo de conhecimento (1ª parte)**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

HERNANDES, Luiz Eduardo Camargo Outeiro. **A sistemática da tutela de urgência no novo código de processo civil**. In: RODRIGUES, Geisa de Assis; ANJOS FILHO, Rogério Nunes dos. (organizadores) Reflexões sobre o novo Código de Processo Civil. Brasília: ESMPU, 2016, v.2, p. 115. Disponível em: <http://escola.mpu.mp.br/linha-editorial/outras-publicacoes/Pg%20Reflexoes%20sobre%20o%20novo%20final_Volume_2.pdf> Acessado em: 07 de outubro de 2017.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da tutela**. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de direito processual civil: medidas de urgência, tutela antecipada e ação cautelar, procedimentos especiais**. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2015, v.3.

MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro. **Com novo CPC, tutela antecipada antecedente faz coisa julgada**. 06 de julho de 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-jul-06/luiz-mourao-tutela-antecipada-cpc-faz-coisa-julgada>. Acessado em 11 de outubro de 2017.

NEVES, Daniel Assumpção Amorim. **Manual de direito processual civil**. 8 ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

REDONDO, Bruno Garcia. **Estabilização, modificação e negociação da tutela de urgência antecipada antecedente: principais controvérsias**. In: DIDIER JR. Fredie. (coordenador geral), *Grandes temas do novo CPC: tutela provisória*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 297.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 57 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, vol. 1.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 5ª ed. rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.