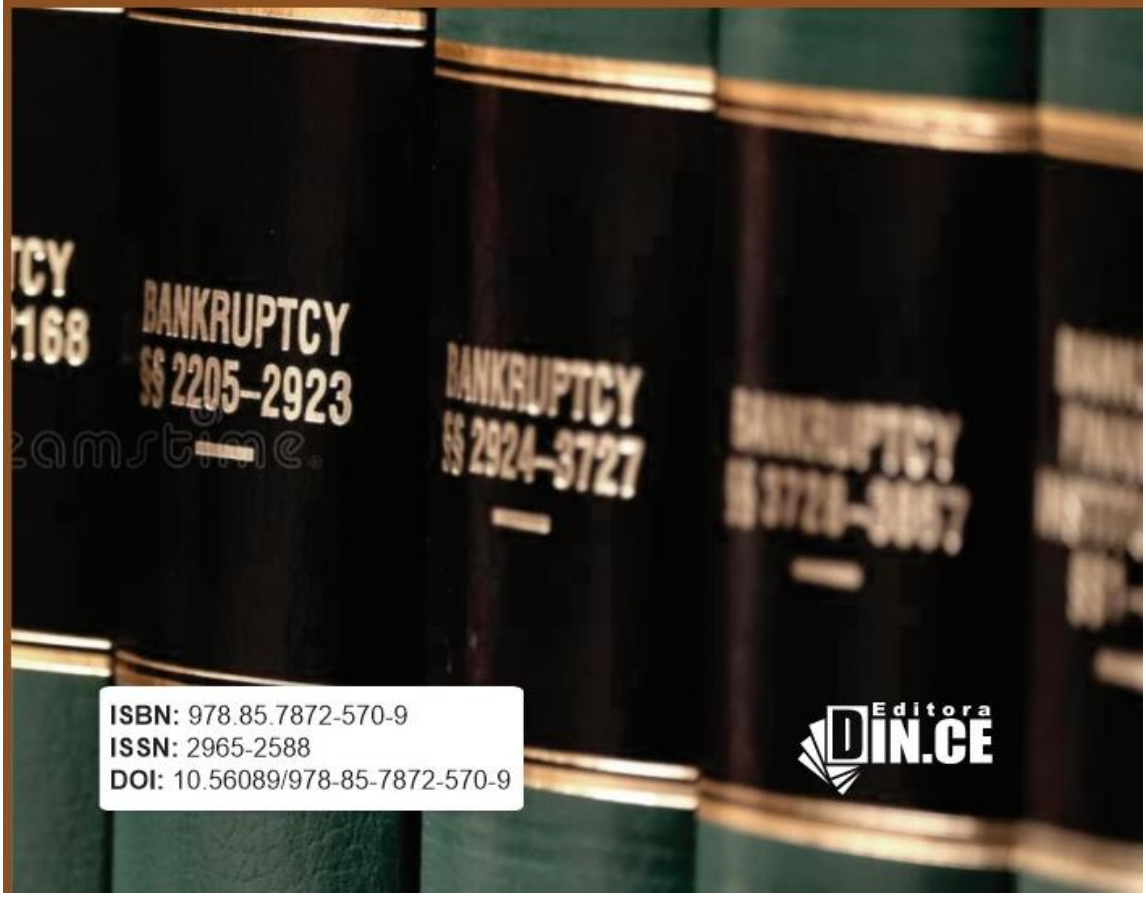
REVISTA DIGITAL DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

Vol. 2. Nº 1 (Jan. / Mar. 2023)



ISBN: 978.85.7872-570-9
ISSN: 2965-2588
DOI: 10.56089/978-85-7872-570-9

Editora DIN.CE

AUTORES:

Andreia Marques Tarachuk
Antonio Araújo da Silva
Antônio Rogério de Almeida Crispim
Bianca Monteiro de Souza
Cristina Saldanha Grott
Eduardo Lopes de Faria
Gabriel Pereira Saraiva Nunes Carvalho
Isis Stephani Borges Garcia Nunes
Jeanderson da Silva Bispo
Machidovel Trigueiro Filho
Vanessa Cristina Santiago Rivero
Yasmin Duarte

COORDENADORES:

Prof.° Valdeci Cunha
Prof.° Me. Dr. Francisco Odécio Sales
Prof.ª Ma. Dra. Karine Moreira Gomes Sales
Ma. Roberta Araújo Formighieri
Machidovel Trigueiro Filho

RDCJ

REVISTA DIGITAL DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

VOL. 2

Ano II. nº 2. Jan. / Mar. 2023

Fortaleza-CE
2023

Esta obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição 4.0 Internacional.

CONSELHO EDITORIAL:
Dr. Felipe Lima Gomes (Mestre e doutor pela UFC)
Prof. e Ma. Karine Moreira Gomes Sales (Mestra pela UECE)
Francisco Odécio Sales (Mestre pela UECE)
Mestranda Roberta Araújo Formighieri
Dr. Francisco Dirceu Barro
Prof. Raimundo Carneiro Leite
Eduardo Porto Soares
Alice Maria Pinto Soares
Prof. Valdeci Cunha

FICHA TÉCNICA:
Editor-chefe: Vanques de Melo
Diagramação: Vanques Emanoel
Capa: Vanderson Xavier
Produção Editorial: Editora DINCE
Revisão: Os Autores

DADOS INTERNACIONAIS DE CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO (CIP)

Revista Digital de Ciências Jurídicas. Vol. 2. Jan. / Mar. 2023.
Fortaleza – Ceará. Editora DINCE, 2023 – 260p. Digital

DOI: 10.56089/978-85-7872-570-9

ISBN 978-85-7872-570-9

ISSN: 2965-2588
O ISSN poderá ser consultado diretamente no portal internacional do ISSN <https://portal.issn.org/

1. Direito – Periódico. 2. Artigos jurídicos. I. Temas diversos

NOTA DA EDITORA

As informações e opiniões apresentadas nesta obra são de **AUTORIA EXCLUSIVA DOS AUTORES** e de sua inteira responsabilidade.

A DIN.CE se responsabiliza apenas pelos vícios do produto no que se refere à sua edição, considerando a impressão e apresentação. Vícios de atualização, opiniões, revisão, citações, referências ou textos compilados são de responsabilidade de seu(s) idealizador (es).

Impresso no Brasil
Impressão gráfica: **DIN.CE**

CENTRAL DE ATENDIMENTO:
Tel.: (85) 3231.6298 / 9.8632.4802 (WhatsApp)
Av. 2, 644, Itaperi / Parque Dois Irmãos – Fortaleza/CE

COORDENADORES

Roberta Araújo de Souza

Bacharel em Direito pela Universidade de Fortaleza - UNIFOR (2003). Especialista em Direito Constitucional e Processo Constitucional pela Universidade de Fortaleza - UNIFOR (2006). Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela Faculdade de Ciências e Tecnologia de Teresina - FACET (2021). Mestre em Direito Constitucional com ênfase em Direito Público pela Universidade de Fortaleza - PPGD UNIFOR (2022). Promotora de Justiça Substituta do Estado do Amapá (2022). Exerceu os cargos de Procuradora-Geral do Município de Bela Cruz/CE (2009-2010), Subprocuradora do Município de Acaraú/CE (2015), Procuradora-Geral do Município de Tamboril/CE (2010- 2015), Coordenadora Jurídica da Secretaria de Esportes do Estado do Ceará (2015-2017), Assessora Jurídica Parlamentar da Assembleia Legislativa do Estado do Ceará (2017-2022). Integrou, como sócia-administradora, o Escritório Freitas e Araújo Advocacia e Consultoria Municipal, onde atuou como advogada especialista em Direito Público por 16 anos (2006-2022), prestando assessoria a Prefeituras Municipais, Câmaras Legislativas e outros órgãos públicos no Estado do Ceará. Foi Tesoureira da Comissão de Estudos Municipais da OAB/CE (2007-2008), Conselheira Estadual da OAB/CE (2019-2022) e Presidente da Comissão de Assuntos Legislativos da OAB/CE (2019-2022). É membro do Grupo de Estudos e Pesquisas em Direitos Culturais - GEPDC/PPGD/UNIFOR. Membro do corpo editorial da Editora DINCE. Autora de livros na área do Direito. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Público, Administração Pública, e atuação nos temas que lhes são correlatos, principalmente, no Direito Administrativo, Direito Constitucional, Direitos Difusos e Coletivos, Processo Coletivo e Direito Eleitoral.

Machidovel Trigueiro Filho

Atualmente é pesquisador na área de Direito Econômico com ênfase em Agências Reguladoras, CADE, Direito Regulatório e Direito Digital. Pós Doutor na área de Direito Econômico Regulatório pela USP-São Paulo, com trabalho final premiado. Professor Associado 3 da Universidade Federal do Ceará (UFC). Foi Chefe do Departamento de Direito Público na Faculdade de Direito-FADIR durante os últimos 4 anos, havendo encerrado seu mandado em 2023, quando foi eleito pelos seus pares VICE-DIRETOR da Faculdade de Direito da UFC, cargo que exerce atualmente. Atua profissionalmente nas seguintes áreas: Direito da Econômico e de Regulação, Direito Digital (IA), Direito do Petróleo e Direito Empresarial. Professor da UFC há 26 anos, hoje titular da disciplina das Direito Econômico, Direito do Petróleo e Direito Digital. Ingressou na vida profissional aos

15 anos, como menor aprendiz (estagiário) no Banco do Brasil. Graduou-se em Direito em 1999 pela Universidade Federal do Ceará (UFC) com a distinção acadêmica "Magna Cun Laude". Possui Mestrado e Doutorado em Direito no exterior. Sua Tese foi premiada e obteve nota máxima, sendo ainda agraciada com a honraria "Sobresaliente Cum Laude", por unanimidade da banca avaliadora, no ano de 2010, na área de Direito Regulatório. Antes desse Mestrado e Doutorado em Direito realizados no exterior, concluiu na UFC (CAEN), o Mestrado em Economia e na UECE (CESA), o Mestrado em Administração de Empresas, cursos que também possui graduação. Em seu período no exterior, foi bolsista e pesquisador do CNPQ. Foi aprovado em diversos concursos públicos no Brasil. Também é Procurador do Município de Aquiraz licenciado. Tem também especialização em Finanças Internacionais pelo IBMEC - Rio de Janeiro. Já ensinou nos Programas de Pós-Graduações da UECE, Universidade de Fortaleza (UNIFOR), Universidade do Distrito Federal- Brasília (AEUDF), Escola Superior da Magistratura (ESMEC) e Escola Superior do Ministério Público (EMP), entre outras, além de ter ministrado palestras em diversos órgãos públicos e inúmeras instituições de ensino pelo Brasil, com participação ainda em diversos simpósios e seminários pelo Brasil e exterior em temas relacionados ao Direito Econômico, Economia da Regulação, Agências Reguladoras, Direito do Petróleo e Direito Digital. Participa como membro vários institutos ligados a Regulação Econômica e ao Direito Digital. Integra também a Comissão Especial de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito da OAB de São Paulo e o Conselho Editorial de diversas Revistas acadêmicas, como membro efetivo. É consultor externo da Comissão de Direito da Tecnologia da Informação (CDTI) da OAB-Ordem dos Advogados do Brasil. Com vasta produção intelectual e acadêmica, escreveu inúmeros artigos científicos e 11 (onze) livros, sendo os quatro últimos sobre Direito Econômico, Agências Reguladoras, Direito das Startups e Direito Digital, área que dedicou suas pesquisas nos últimos anos nos Estados Unidos, como Pós Doutor, nas Universidades da Florida (FIU) e em Stanford (Califórnia). Possui marcas e patentes registradas no Brasil, no Instituto Nacional de Propriedade Intelectual - INPI havendo sido (maio/2020) registrado um invento (aplicativo/programa APP) vinculado a Startup MEMEMORIA (mememoria.com). Pelo invento, foi agraciado no Brasil com o Prêmio Empreendedor Digital do ano de 2020, pela Associação Nacional das Startups - ANS e pela STARTUP BRASIL, na categoria INOVAÇÃO, numa área inédita que está aliada ao conjunto de tecnologias de memórias aplicado na Startup. É apreciador das plantas e dos animais e encontra-se envolvido em atividades de filantropia, na manutenção de um orfanato de crianças e ajuda aos asilos de idosos em seu Estado (Ceará-Brasil).

Brenda Albuquerque de Souza

Bacharela em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco. Pós-graduada em Direito Público pela Universidade Estácio de Sá. Delegada de Polícia Civil do Estado de Sergipe

Jacqueson Ferreira Alves dos Santos

Graduado em direito pela Universidade Federal do Maranhão. Pós-graduado em Processo Penal pelo instituto DAMÁSIO/SP. Delegado de Polícia Civil do Estado do MA. aprovado em concurso público para o cargo de Promotor de Justiça do Ministério público do estado do Ceará.

Karine Moreira Gomes Sales

Professora efetiva da Rede Estadual de Ensino (SEDUC-CE). Doutoranda do Programa de Pós-Graduação em Sociologia (UECE). Mestra em Planejamento e Políticas Públicas pela Universidade Estadual do Ceará (UECE); especialista em Gestão Educacional e Práticas Pedagógicas pela Universidade Cândido Mendes (UCAM); Pós-graduanda em Intervenção ABA para autismo e deficiência intelectual pelo CBI of MIAMI-Estados Unidos; Bacharel e Licenciada em Ciências Sociais pela Universidade Estadual do Ceará (UECE). Tem experiência na área de Políticas Públicas em Educação, com ênfase em Avaliação Educacional, atuando principalmente nos seguintes temas: Avaliação Institucional, Avaliação Ensino-aprendizagem, Sociologia, Antropologia, Gestão Escolar e Análise do Comportamento Aplicado (ABA) para autismo e deficiência intelectual. Membro do corpo editorial das editoras Atena, DINCE e InVivo. Autora de livros na área de Ciências Sociais, Políticas Públicas e Educação. (Texto informado pelo autor).

APRESENTAÇÃO

REVISTA DIGITAL DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – RDCJ – nasceu objetivamente com uma proposta radical: apresentar assuntos demasiadamente significativos para o mundo jurídico, para os operadores do Direito e para todas as correntes que se ocupam das ciências jurídicas e sociais, cuja comunicação se expresse em uma linguagem do dia a dia, sejam através de artigos, entrevistas, leis e jurisprudências comentadas; sejam por meio de opiniões, enfoques ou mesmo de diversas outras publicações nessa área, reservada, sobretudo, aos que estudam, pesquisam e debatem as informações do Direito e da Justiça, sob o ponto de vista legal, legítimo e lícito que preconizam o ordenamento jurídico da vida em sociedade.

Tudo isto é motivo de imensa satisfação, podermos apresentar a todos os leitores, escritores e ao público em geral o lançamento desta oportuna e enriquecedora *REVISTA DIGITAL DE CIÊNCIAS JURÍDICAS* que, para além das abordagens variadas, pluralistas e ecléticas no campo digital da filosofia e da ciência do Direito, promovem reflexões profundas aos que enxergam, vivem e sonham com uma sociedade constitucionalmente desenvolvida, livre, sem preconceitos e sem discriminações.

Trata-se de uma REVISTA no formato digital, publicada trimestralmente, que aborda assuntos técnicos e científicos, dos mais variados tópicos, relacionados com a narrativa e com o debate nacional e internacional sobre os modernos paradigmas que orientam os princípios normativos das ciências jurídicas e sociais, bem como de sua filosofia aplicada especialmente ao direito brasileiro.

Sob a coordenação do **Prof.° Valdeci Cunha, Prof.° Me. Dr. Francisco Odécio Sales, Prof.ª Ma. Dra. Karine Moreira Gomes Sales e Ma. Roberta Araújo Formighieri**, entre outros renomados autores, a REVISTA busca suprir uma lacuna existente atualmente no mercado editorial do estado do Ceará e do Brasil no sentido de atender às necessidades de alunos, professores, escritórios jurídicos, magistrados, membros do ministério público e demais profissionais do Direito, diante do

qual nas atuais circunstâncias, não dispõem de uma publicação periódica que viabilize disponibilizar seus trabalhos em forma de artigos, teses, monografias e demais estudos relacionados com a proposta vocacional da já mencionada RDCJ -*REVISTA DIGITAL DE CIÊNCIAS JURÍDICAS.*

A revista também se propõe a atender aos candidatos que se preparam para concursos públicos e muitas vezes precisam apresentar seus trabalhos jurídicos, de provas e títulos, para efeito de avaliações e/ou aprovações.

Importante também se faz ressaltar que a RDCJ será produzida no formato digital e disponibilizada ao público interessado para baixá-la gratuitamente nas plataformas https://dince2editora.com/revistas/ e http://www.revistadigitaldeciencias.com.br/

Finalizamos, portanto, expressando nossas razões que justificam esse imenso esforço pessoal e profissional de servir a todos, na tarefa de realizar esta missão com o sincero propósito de contribuir para o crescimento integral de todos que percorrem e peregrinam nessas estradas em busca de um novo debate e de novas informações, cujo produto fundamental é o firme desejo de ser útil nas ações, juridicamente orientadas, como meio de avanços significativos na ciência jurídica, na filosofia e no exercício prático do Direito.

SUMÁRIO

Antonio Araújo da Silva

O NOVO PAPEL DOS TRIBUNAIS DE CONTAS NO JULGAMENTO DAS CONTAS DE GOVERNO – CONSIDERAÇÕES SOBRE O MUNICÍPIO DE FORTALEZA DE 2005 A 2009 ..... **13**

Cristina Saldanha Grott

A PERSPECTIVA AMBIENTAL DO DIREITO SOCIAL À ALIMENTAÇÃO **49**

Antônio Rogério de Almeida Crispim

REMIÇÃO DE PENA AO REEDUCANDO APROVADO NO ENEM QUE JÁ HAVIA CONCLUÍDO O ENSINO MÉDIO ANTES DE INGRESSAR NO SISTEMA PRISIONAL **81**

Bianca Monteiro de Souza

A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA: “ESCOLA SEM PARTIDO” E A CONCEPÇÃO CRÍTICA DA EDUCAÇÃO **97**

Isis Stephani Borges Garcia Nunes

INCLUSÕES DE PESSOAS EM SITUAÇÃO DE RUA E O ACESSO DIGNO À JUSTIÇA **109**

Eduardo Lopes de Faria

O DANO EXISTENCIAL NO DIREITO DO TRABALHO **125**

Isis Stephani Borges Garcia Nunes

FALSAS MEMÓRIAS E RECONHECIMENTO PESSOAL **137**

Gabriel Pereira Saraiva Nunes Carvalho

A GARANTIA DO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO **151**

Bianca Monteiro de Souza

RELIGIÃO E POLÍTICA NA DITADURA CIVIL-MILITAR NO BRASIL: NOTAS SOBRE A RESISTÊNCIA DE CATÓLICOS E PROTESTANTES NA REDEMOCRATIZAÇÃO E INFLUÊNCIA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL **165**

Jeanderson da Silva Bispo

A INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO PARA A CONTRATAÇÃO DE EDITORA PARA PUBLICAÇÃO DE OBRA SOBRE A HISTORICIDADE DO MUNICÍPIO COM AUTORES LOCAIS .. **187**

Vanessa Cristina Santiago Rivero

A REDUÇÃO DAS POSSIBILIDADES RESTRITIVAS DE ADMISSIBILIDADE DO RECURSO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO **197**

Andreia Marques Tarachuk

ANÁLISE SOBRE OS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO NO CONTEXTO DA EXPANSÃO DOS RISCOS SOCIAIS..... **217**

Machidovel Trigueiro Filho

CONCEITOS DE INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E SUAS APLICAÇÕES NO SETOR PÚBLICO: INTERSEÇÕES COM O DIREITO DIGITAL **257**

Yasmin Duarte

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÃO NA JURISPRUDÊNCIA DO STF: ANÁLISE DO RE 608.880 ..... **245**

O NOVO PAPEL DOS TRIBUNAIS DE CONTAS NO JULGAMENTO DAS CONTAS DE GOVERNO – CONSIDERAÇÕES SOBRE O MUNICÍPIO DE FORTALEZA DE 2005 A 2009[1]

THE NEW ROLE OF THE COURTS OF ACCOUNTS IN JUDGING GOVERNMENT ACCOUNTS – CONSIDERATIONS ON THE MUNICIPALITY OF FORTALEZA FROM 2005 TO 2009

Antonio Araújo da Silva[2]

Sumário: 1 - Introdução; 2 - O princípio da prestação de contas na Constituição de 1988 e na LRF; 2.1 – As contas anuais do chefe do executivo municipal e a figura do recurso; 2.2 – As contas de gestão e de convênio; 3 – Responsável pela gestão fiscal; 3.1 – A atividade jurisdicional dos Tribunais de Contas; 4 – Análise da prestação de contas de governo do Município de Fortaleza de 2005 a 2009; 5 – Conclusão - Referências

RESUMO

Trata o presente artigo sobre o novo papel dos Tribunais de Contas no julgamento das Contas de Governo, mais especificamente do município de Fortaleza, do Estado do Ceará, no período de 2005 a 2009. De início, trata-se do parecer prévio emitido

[1] Artigo de autoria exclusiva do autor

[2] Auditor Federal de Controle Externo (aposentado).

pelos tribunais de contas nas referidas contas. Logo a seguir, comenta-se sobre o princípio da prestação de contas na Constituição cidadã e na Lei de Responsabilidade Fiscal. Em seguida, aborda-se os diversos tipos de contas e o responsável pela gestão fiscal. No tópico 4, faz-se análise da prestação de contas de governo do município de Fortaleza, no período citado. No último tópico, apresenta-se o resultado do presente estudo.

Palavras chaves: Tribunais de Contas, Contas de Governo, Parecer Prévio e Município de Fortaleza.

Abstract

This article deals with the new role of the Courts of Accounts in the judgment of Government Accounts, more specifically in the municipality of Fortaleza, in the State of Ceará, in the period from 2005 to 2009. Initially, it deals with the prior opinion issued by the courts of accounts in said accounts. Soon after, comments are made on the principle of accountability in the citizen's Constitution and in the Fiscal Responsibility Law. Next, the various types of accounts and the person responsible for tax management are discussed. In topic 4, an analysis is made of the rendering of accounts by the government of the municipality of Fortaleza, in the mentioned period. In the last topic, the result of the present study is presented.

1 INTRODUÇÃO

Os Tribunais de Contas desempenham atribuição constitucional de apreciar e emitir Parecer prévio conclusivo sobre as Contas que o Chefe do Poder Executivo deve prestar anualmente às Casas Legislativas.

A emissão do referido Parecer prévio pelos tribunais de contas constitui etapa fundamental no processo de controle externo

da gestão pública, pois subsidia o Poder Legislativo com os elementos técnicos de que necessita para emitir o seu julgamento acerca das contas do gestor.

No âmbito federal, o TCU emite Parecer prévio apenas sobre as Contas prestadas pelo Presidente da República, pois as Contas atinentes aos Poderes Legislativo, Judiciário e Ministério Público, ao contrário, em vez de serem objeto de pareceres prévios individuais, são efetivamente julgadas por esta Corte de Contas, em consonância com a Decisão do Supremo Tribunal Federal, publicada no Diário da Justiça de 21/8/2007, ao deferir Medida Cautelar no âmbito da Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI nº 2.238-5/DF.

Integram tais contas, prestadas pelo Presidente da República, os Balanços Gerais do Ente (União, Estados e Municípios), o Relatório do Órgão Central do Sistema de Controle Interno do Poder Executivo sobre a execução orçamentária e os demais demonstrativos e relatórios exigidos pela legislação.

Nesse sentido, o Parecer prévio deverá ser acompanhado de Relatório contendo informações sobre o desempenho dos programas previstos na Lei Orçamentária Anual, bem como sobre o reflexo da administração financeira e orçamentária do ente federal, Estadual ou Municipal no desenvolvimento econômico e social do País.

Na esfera federal, o Tribunal de Contas da União – TCU emitiu, pela 75ª vez, em Sessão de 9 de junho de 2010, dentro do prazo constitucional, o Relatório e o Projeto de Parecer Prévio sobre as Contas prestadas pelo Chefe do Poder Executivo, com ressalvas em 15 itens e em observância aos princípios da legalidade, legitimidade, economicidade, eficiência, eficácia e efetividade na gestão pública, foram formuladas recomendações a diversos órgãos e entidades.

Por outro lado, o Tribunal de Contas dos Municípios do Estado do Ceará – TCM/CE ainda não emitiu parecer prévio sobre as Contas do Município de Fortaleza, dos exercícios de 2006, 2008 e 2009.

É sobre o importante instituto do parecer prévio emitido pelos Tribunais de contas que se pautará a abordagem do presente estudo, mormente quanto ao município de Fortaleza, no período de 2005 a 2009.

O objetivo deste trabalho é produzir um estudo sobre a regulamentação legal efetuada sobre o tema, com intenção de trazer à baila alguns aspectos relativos à emissão de parecer prévio nas contas de governo pelos tribunais de contas.

O estudo está ancorado em pesquisas bibliográficas e documentais sobre o assunto, tendo sido os dados do parecer prévio de Fortaleza extraídos do portal do TCM/CE na internet, www.tcm.ce.gov.br.

2 O PRINCÍPIO DA PRESTAÇÃO DE CONTAS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988 E NA LRF

O parágrafo único do artigo 70 da Constituição Federal estabelece que prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária.

Ressalta Furtado (2007) que o texto da Constituição Federal se refere à administração de recursos da União, mas o modelo é extensivo aos demais entes da Federação (CF, art. 75, *caput*), razão pela qual as Constituições Estaduais e as Leis Orgânicas dos Municípios reproduzem o texto acima apresentado.

Quanto à fiscalização dos municípios, reza o art. 31 da CF, *verbis*:

> **Art. 31.** A fiscalização do Município será exercida pelo Poder Legislativo municipal, mediante controle externo, e

> pelos sistemas de controle interno do Poder Executivo municipal, na forma da lei.
>
> § 1º O controle externo da Câmara Municipal será exercido com o auxílio dos Tribunais de Contas dos Estados ou do Município ou dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios, onde houver.
>
> § 2o O parecer prévio, emitido pelo órgão competente, sobre as contas que o Prefeito deve anualmente prestar, só deixará de prevalecer por decisão de dois terços dos membros da Câmara Municipal.
>
> § 3o As contas dos Municípios ficarão, durante sessenta dias, anualmente, à disposição de qualquer contribuinte, para exame e apreciação, o qual poderá questionar-lhes a legitimidade, nos termos da lei.
>
> § 4o É vedada a criação de tribunais, Conselhos ou órgãos de contas municipais.

Estabeleceu o constituinte original que a violação do princípio constitucional da prestação de contas poderá acarretar a intervenção estadual no município a teor da redação do art. 35, II, no caso em que não forem prestadas contas devidas, na forma da lei.

Sobre o dever de prestar contas anuais, diz o artigo 84, XXIV, da Constituição Federal que compete privativamente ao Presidente da República prestar, anualmente, ao Congresso Nacional, dentro de sessenta dias após a abertura da sessão legislativa, as contas referentes ao exercício anterior; por simetria, tal obrigação estende-se aos Governadores de Estado e do Distrito Federal e aos Prefeitos Municipais.

Desse modo, no âmbito municipal, o dever de prestar contas anuais é da pessoa física do Prefeito.

A Seção V da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/2000), nos artigos 56 aos 58, trata da prestação de contas dos entes governamentais. No essencial, o *caput*, do artigo

56, prevê a sistemática da prestação de contas e a obrigatoriedade do parecer prévio do respectivo Tribunal de Contas.

No pertinente, será dada ampla divulgação dos resultados da apreciação das contas, julgadas ou tomadas.

Os Tribunais de Contas emitirão parecer prévio conclusivo sobre as contas no prazo de 60 dias do recebimento, se outro não estiver estabelecido nas constituições estaduais ou nas leis orgânicas municipais (art. 57).

No caso de Municípios que não sejam capitais e que tenham menos de duzentos mil habitantes o prazo será de 180 dias.

Os Tribunais de Contas não entrarão em recesso enquanto existirem contas de Poder, ou órgão pendentes de parecer prévio.

Na esfera federal, a Lei nº 11.768/2008, no art. 99, estabelece que as contas de que trata o art. 56 da LRF deverão ser encaminhadas ao Congresso Nacional dentro do prazo de 60 (sessenta) dias após a abertura da sessão legislativa, o que vem ao encontro do teor do inciso XXIV do artigo 84 da CF.

Cabe frisar que a sessão legislativa no Congresso Nacional começa no dia 2 de fevereiro de cada ano, nos termos do *caput* do art. 57 da Carta Magna vigente.

Em síntese, todo aquele que recebe, arrecada dinheiro público deve prestar contas, afinal se o patrimônio é público, a gestão desse patrimônio merece ser controlada por órgãos diversos.

2.1 – As contas anuais do chefe do executivo municipal e a figura do recurso

No tocante ao Estado do Ceará, a Constituição Estadual: arts. 76, incisos I e II e 78 incisos I e II, a Lei nº 12.160/93 – Lei

Orgânica do Tribunal de Contas dos Municípios do Estado do Ceará - LO/TCM, arts. 1º e incisos,115 e 122, art. 5º e incisos da Resolução nº 08/1998 (Regimento Interno do TCM/CE), fixam as regras das Contas de Governo.

De Acordo com as regras constitucionais em vigor, as Contas de Governo, (aquelas Prestações de Contas da responsabilidade dos Chefes de Poder Executivo) deverão ser apreciadas pelos Tribunais de Contas, através de emissão de PARECER PRÉVIO, e julgadas pelo respectivo Poder Legislativo.

Quanto à análise das Contas de Governo o Regimento Interno do TCM, em seu artigo 118, assim preceitua, *verbis:*

> Art. 118 – As contas consistirão do balanço geral do município e do relatório de controle interno do Chefe do Executivo Municipal sobre a execução do orçamento e demais matéria.
>
> § 1º - O balanço geral abrangerá os registros de todos os órgãos e unidades orçamentárias, inclusive os da câmara municipal, fundos especiais e demais entidades da administração indireta inclusive fundações instituídas ou mantidas pelo município.
>
> § 2º - A documentação das Contas de Governo do município será estabelecida e disciplinada através de Instrução Normativa.

Na esteira do regramento federal, a Constituição Estadual, em seu art. 42, §2º, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 47, de 13 de dezembro de 2001 – D. O. de 26/12/2001, afirma que o parecer prévio do Tribunal de Contas dos Municípios sobre as contas que o Prefeito deve prestar anualmente, só deixará de prevalecer por decisão de dois terços dos membros da Câmara Municipal, a qual, no prazo máximo de dez dias após o julgamento, comunicará o resultado ao TCM.

Em linhas gerais, sintetiza o art. 6º da LOTCM que a emissão do parecer prévio ocorrerá no prazo de doze meses a contar

do seu recebimento, com a consequência prevista no § 2º do art. 31 da Constituição Federal.

Após a informação inicial sobre contas apresentadas, é assegurado ao Prefeito Municipal o prazo de 15 (quinze) dias para oferecimento de justificativa.

Na sessão que apreciar as contas, é facultado ao Prefeito Municipal, ou Procurador devidamente habilitado, promover a sustentação oral de sua justificativa, desde que o requeira ao Presidente até o início dos trabalhos.

Do Parecer Prévio não caberá recurso.

Saliente-se que a Instrução Normativa nº 01/2003, do TCM, dispõe sobre a Prestação de Contas de Governo e dá outras providências.

Em que pese não caber recurso do ato de emissão de parecer prévio por parte do TCM/CE, na mesma linha adotada na Lei Orgânica do TCU (Lei nº 8.443/92), no Estado de Santa Catarina, aqui usado como contraponto no presente estudo, a Lei Orgânica do Tribunal de Contas (LO/TCSC) daquele estado prevê a adoção como recurso, na apreciação de contas municipais, do Pedido de Reapreciação em substituição ao Pedido de Reexame para não confundir essa figura com o Recurso de Reexame de decisões prolatadas em processos de atos e contratos, interposto por responsável ou interessado e por iniciativa de qualquer Conselheiro, contra decisão do Tribunal em qualquer processo (art. 55).

Neste caso, a deliberação em Pedido de Reapreciação formulado pela Câmara de Vereadores constitui a última e definitiva manifestação do Tribunal sobre a prestação de contas anual do Município (Art. 56 da LO/TCSC).

É controverso o instituto do recurso em face da emissão de parecer prévio por parte dos tribunais de contas. Gambogi (2002), a propósito, ao tratar desse assunto sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, afirmou “de minha parte, *data maxima venia*, penso que o entendimento esposado pela Corte de

Contas contraria a lógica insculpida nos textos normativos que regem a matéria".

Adiante arremata o citado autor:

> Ademais, é de se lembrar que nos termos do parecer prévio sempre estará estampado um juízo sobre a honra e a dignidade do prestador. Ora, um parecer recomendando à Câmara Municipal a rejeição das contas do prefeito, emitido pela mais alta Corte de Contas do Estado, é um instrumento que contém, em si mesmo, um fortíssimo conteúdo moral e jurídico. Não à toa as correntes adversárias de um homem público, ao recortarem do Diário Oficial uma decisão desfavorável ao prestador, fazem dela milhares de cópias e as espalham pela cidade. Sabem os adversários que naquele pequeno recorte do Diário Oficial está uma ferina, senão mortal, arma política. Todos os Conselheiros que passaram pela vida pública sabem que tal fato acontece. Não enxergá-lo é tentar esconder o sol com a peneira. É negar o óbvio, o evidente, o que não exige demonstração.

No mesmo sentido, é a síntese de Mileski (2002), ao comentar as consequências da responsabilidade fiscal:

> Dessa forma, tratando-se de um controle de acompanhamento, e tendo em conta a natureza jurídica do parecer prévio, pode-se dizer que o parecer prévio conclusivo sobre as contas de gestão fiscal emitido pelo Tribunal de Contas não encerra uma decisão propriamente dita, tendo em vista o seu caráter meramente constatativo de cumprimento das normas legais, sem aplicar qualquer espécie de sanção. Por isso, nem mesmo a aplicação da multa prevista na Lei nº 10.028/2000 deve ser analisada no parecer prévio conclusivo, na medida em que, envolvendo penalidade que constitui infração administrativa contra as leis de finanças públicas, deve ser processada e julgada pelo Tribunal de Contas em procedimento próprio, onde seja assegurado ao agente público o mais amplo direito de defesa.

Adicione-se que no processo de julgamento político feito pelo Parlamento, é necessária a observância ao princípio do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV).

2.2 – As contas de gestão e de convênio

Diferentemente das Contas de Governo, as Contas de Gestão provém do comando do artigo 71, II, da Constituição Federal, segundo o qual compete ao Tribunal de Contas da União 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. Por simetria, essa competência se estende aos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, bem como aos Tribunais de Contas dos Municípios (CF, art. 75, *caput*).

Sobre as contas de gestão, assim se manifestou Furtado (2007):

> As contas de gestão, que conforme as normas de regência podem ser anuais ou não, evidenciam os atos de administração e gerência de recursos públicos praticados pelos chefes, e demais responsáveis, de órgãos e entidades da administração direta e indireta, inclusive das fundações públicas, de todos os Poderes da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, tais como: arrecadação de receitas e ordenamento de despesas, admissão de pessoal, concessão de aposentadoria, realização de licitações, contratações, empenho, liquidação e pagamento de despesas. As contas podem ser prestadas ou tomadas, conforme sejam apresentadas pelo responsável ou constituídas em procedimentos efetivados pela própria Administração ou pelo Tribunal de Contas.

Mencionadas contas serão julgadas pelos Tribunais de Contas. E conforme a Lei Orgânica do TCU podem ser:

a) *regulares*, quando expressarem, de forma clara e objetiva, a exatidão dos demonstrativos contábeis, a legalidade, a legitimidade e a economicidade dos atos de gestão do responsável;

b) *regulares com ressalva*, quando evidenciarem impropriedade ou qualquer outra falta de natureza formal de que não resulte dano ao erário;

c) *irregulares*, quando comprovada qualquer das seguintes ocorrências: I) omissão no dever de prestar contas; II) prática de ato de gestão ilegal, ilegítimo, antieconômico, ou infração à norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional ou patrimonial; III) dano ao erário decorrente de ato de gestão ilegítimo ao antieconômico; IV) desfalque ou desvio de dinheiro, bens ou valores públicos.

As contas serão consideradas iliquidáveis quando caso fortuito ou de força maior, comprovadamente alheio à vontade do responsável, tornar materialmente impossível o julgamento de mérito. Nesse caso, ocorrerá o trancamento das contas que forem consideradas iliquidáveis e o consequente arquivamento do processo. Dentro do prazo de cinco anos contados da publicação da decisão terminativa, poderá haver, à vista de novos elementos, o desarquivamento do processo e a conclusão da respectiva tomada ou prestação de contas. Transcorrido esse prazo sem que tenham surgidos novos elementos, as contas serão consideradas encerradas, com baixa na responsabilidade do administrador.

Registre-se que o julgamento das contas, por parte dos Tribunais de Contas, prestadas ou tomadas, dos ordenadores de despesa é essencialmente técnico e obedece a parâmetros de ordem técnico-jurídica, isto é, parâmetros de subsunção de fatos e pessoas à objetividade das normas constitucionais e legais, são promovidos com o concurso do Ministério Público Especial (CF, art. 130) e tem, substancialmente, o objetivo de efetivar a reparação de dano ao patrimônio público, por meio da imputação de débito ao responsável,

consubstanciado em acórdão, que terá força de título executivo (CF, art. 71, § 3º), consoante Brito (2002).

E como ficam as contas de convênios celebrados entre os entes da federação?

De acordo com a Portaria Interministerial nº 127, de 29 de maio de 2008, que estabelece normas para execução do disposto no Decreto nº 6.170, de 25 de julho de 2007, que dispõe sobre as normas relativas às transferências de recursos da União mediante convênios e contratos de repasse, convênio é acordo ou ajuste que discipline a transferência de recursos financeiros de dotações consignadas nos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social da União e tenha como partícipe, de um lado, órgão ou entidade da administração pública federal, direta ou indireta, e, de outro lado, órgão ou entidade da administração pública estadual, distrital ou municipal, direta ou indireta, ou ainda, entidades privadas sem fins lucrativos, visando à execução de programa de governo, envolvendo a realização de projeto, atividade, serviço, aquisição de bens ou evento de interesse recíproco, em regime de mútua cooperação.

Mencionada portaria é a norma federal vigente que regulamenta os convênios, a qual sucedeu a Instrução Normativa nº 01/97 da Secretaria do Tesouro Nacional, essa última ainda em vigor para os convênios assinados sob a sua égide.

Consoante o regramento do art. 56 da citada portaria, o órgão ou entidade que receber recursos na forma estabelecida nesta Portaria estará sujeito a prestar contas da sua boa e regular aplicação no prazo máximo de trinta dias contados do término da vigência do convênio ou contrato ou do último pagamento efetuado, quando este ocorrer em data anterior à do encerramento da vigência. E neste caso, a prestação de contas do convênio deve ser encaminhada ao concedente, a quem cabe examinar a regularidade da mesma (art. 59).

Quando a prestação de contas não for encaminhada no prazo estabelecido no caput, o concedente ou contratante estabelecerá o prazo máximo de trinta dias para sua apresentação, ou recolhimento dos recursos, incluídos os rendimentos da aplicação no mercado financeiro, atualizados monetariamente e acrescido de juros de mora, na forma da lei.

Se, ao término do prazo estabelecido, o convenente ou contratado não apresentar a prestação de contas nem devolver os recursos nos termos do § 1º, o concedente registrará a inadimplência no SICONV por omissão do dever de prestar contas e comunicará o fato ao órgão de contabilidade analítica a que estiver vinculado, para fins de instauração de tomada de contas especial sob aquele argumento e adoção de outras medidas para reparação do dano ao erário, sob pena de responsabilização solidária.

A Lei nº 12.017, de 12 de agosto de 2009 (LDO 2010), define SICONV como Sistema de Gestão de Convênios e Contratos de Repasse (art. 102, XII).

Mencionado dispositivo legal aduz que os órgãos e entidades integrantes dos Orçamentos Fiscal, da Seguridade Social e de Investimento deverão disponibilizar no Sistema Integrado de Administração de Serviços Gerais – SIASG e no Sistema de Gestão de Convênios e Contratos de Repasse – SICONV, no que couber, informações referentes aos contratos e aos convênios ou instrumentos congêneres firmados, com a identificação das respectivas categorias de programação e fontes de recursos quando se tratar de convênios ou instrumentos congêneres, observadas as normas estabelecidas pelo Poder Executivo (Art. 19).

Em suma, tais contas de convênio não serão encaminhadas isoladamente para o Tribunal, mas repercutirão nas contas globais originárias do órgão/entidade repassador submetidas à fiscalização e julgamento da Casa de Contas federal. Na hipótese de omissão no dever de prestar contas, ou irregularidades na gestão do convênio - esgotadas as medidas cabíveis no âmbito administrativo interno para resolver o problema -, será instaurada, diretamente ou através do convenente, a respectiva tomada de contas especial, que será remetida para julgamento do Tribunal de Contas da União. Como se depreende, em qualquer hipótese, a Corte de Contas federal não processará, como prestação de contas, a que foi remetida pelo Município ao órgão/entidade repassador.

Da mesma forma, tal procedimento se sucede no âmbito dos convênios firmados entre Estados e Municípios.

E nos convênios e contratos de repasse celebrados com entes, órgãos ou entidades públicas, as exigências para celebração serão atendidas por meio de consulta ao Cadastro Único de Convênio - CAUC, observadas as normas específicas que o disciplinam.

A consulta da situação dos municípios, quanto ao CAUC, está disponível no sítio da Secretaria do Tesouro Nacional (www.tesouro.gov.br).

Enfim, quanto aos convênios, conclui-se que, diferentemente das Contas de Governo e de Gestão, incumbe ao órgão ou entidade concedente ou contratante decidir sobre a regularidade da aplicação dos recursos transferidos e, se extinto, ao seu sucessor.

3 RESPONSÁVEL PELA GESTÃO FISCAL

A Lei Complementar nº 101/2000 introduziu uma regulamentação inovadora sobre a conduta gerencial nas finanças públicas, trazendo novos conceitos e procedimentos fiscais que, via de consequência, produzem modificações na rotina administrativo-financeira do Estado.

É necessária uma perfeita identificação do responsável pela gestão fiscal, porque dessa gerência resultam sérias e contundentes consequências legais, inclusive de natureza penal.

A LRF, no tocante à apuração de responsabilidades, visando ao acompanhamento da gestão fiscal para averiguação do cumprimento dos limites, metas e procedimentos, determinou para os gestores fiscais a obrigatoriedade de elaboração de relatórios quadrimestrais durante a execução orçamentária e de prestação de contas ao final do exercício financeiro.

Nessa toada, consoante as responsabilidades específicas determinadas para os titulares de Poder, do Ministério Público e do Tribunal de Contas, constata-se que a responsabilidade pela gestão fiscal ficou concentrada na pessoa do dirigente máximo daqueles

Poderes e órgãos, sem possibilitar a delegação de poderes a subordinados, nem a consequente transferência de responsabilidade.

Com efeito, sobre o tema, aduz com propriedade Mileski (2002):

> Com esta providência legal, é evitada a pulverização da responsabilidade que, lamentavelmente, não raro, tem se transformado em fator de irresponsabilidade. Quando a responsabilidade gestora é muito fracionada, a responsabilização fica diluída, proporcionando a isenção de responsabilidade.

Desse modo, o responsável pela gestão fiscal fica obrigado a prestar contas do gerenciamento fiscal efetuado, com a Lei de Responsabilidade Fiscal estipulando como instrumento próprio para esse ato (art. 56) o processo que denomina de prestação de contas, devendo o mesmo evidenciar o desempenho da arrecadação em relação à previsão, destacando as providências adotadas no âmbito da fiscalização das receitas e combate à sonegação, as ações de recuperação de créditos nas instâncias administrativa e judicial, bem como as demais medidas para incremento das receitas tributárias (art. 58), que, somados aos elementos obtidos pelo sistema de fiscalização, serão apreciados, mediante parecer prévio conclusivo sobre o cumprimento ou não da Lei de Responsabilidade Fiscal, pelo Tribunal de Contas, no prazo de 60 dias a contar do recebimento, se outro não estiver estabelecido nas Constituições estaduais ou nas leis orgânicas municipais (arts. 56 e 57).

A Instrução Normativa nº 01/2003, de 22 de dezembro de 2003, do TCM/CE, que regula a apresentação das Contas de Governo, assinala em seu art. 1º que as contas de governo serão prestadas anualmente pelo prefeito, com relação a todos os poderes, órgãos, entidades e fundos da administração municipal, com a mesma abrangência da Lei Orçamentária Anual (LOA) a que se refere o art. 165, §5º, da Constituição Federal de 1988.

Logo a seguir, em seu art. 3º, deixa claro que prestação de contas de governo do município deverá ser entregue pelo Prefeito à

Câmara Municipal até 31 de janeiro do ano subsequente, que a encaminhará ao Tribunal de Contas dos Municípios até o dia 10 de abril do mesmo ano.

Na mesma linha, segue a Decisão Normativa nº TC-06/08 do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina, que estabelece critério para emissão de parecer prévio e julgamento de Contas, ao assegurar que a partir de 2009, além de emitir o parecer prévio pela aprovação ou rejeição das contas prestadas pelos prefeitos das 293 cidades catarinenses, o Tribunal de Contas de Santa Catarina irá julgar os atos de gestão dos chefes dos executivos municipais, podendo considerá-los regulares ou irregulares.

Assim, a análise dos balanços anuais dos municípios pelo TCE daquele Estado vai gerar dois processos distintos: um tratará da prestação de contas do prefeito (PCP), para fins de emissão do parecer prévio, que dá sustentação ao julgamento das contas anuais pela câmara de vereadores e o outro de prestação de contas do administrador (PCA), que vai analisar os atos de gestão do prefeito como ordenador de despesa, sob o ponto de vista orçamentário, patrimonial, financeiro e fiscal do exercício.

Em síntese, no âmbito da Prefeitura Municipal de Fortaleza, a responsabilização pelas Contas de Governo será atribuída à prefeita Luizianne de Oliveira Lins, no período ora estudado de 2005 a 2009.

3.1 – A atividade jurisdicional dos Tribunais de Contas

O Tribunal de Contas da União - TCU, criado em 1890 por iniciativa de Rui Barbosa, na época Ministro da Fazenda, norteia-se, desde então, pelos princípios da ética, da efetividade, da independência, da justiça e do profissionalismo, e pela fiscalização, julgamento e vigilância da coisa pública. A Constituição de 1891, a primeira republicana, institucionalizou definitivamente o TCU. A partir de então, as competências do Tribunal têm sido estabelecidas no

texto constitucional. Esse privilégio, se por um lado o distingue de forma singular, por outro, aumenta a sua responsabilidade e compromisso com a sociedade.

A atual Constituição estabelece que a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta é exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder. Estabelece, também, que o controle externo, a cargo do Congresso Nacional, é exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual incumbe uma série de competências exclusivas.

Segundo Relatório Anual de Atividades do TCU de 2009:

> A sociedade, por sua vez, clama por moralidade, profissionalismo e excelência da administração pública, bem como por melhor qualidade de vida e redução das desigualdades sociais. O cidadão vem deixando, gradualmente, de ser sujeito passivo em relação ao Estado, passando a exigir, em níveis progressivos, melhores serviços, respeito à cidadania e mais transparência, honestidade, economicidade e efetividade no uso dos recursos públicos. Nesse aspecto, o Tribunal assume papel fundamental na medida em que atua na prevenção, detecção, correção e punição da fraude, do desvio, da corrupção e do desperdício e contribui, assim, para a transparência e melhoria do desempenho da administração pública e da alocação de recursos federais.

Leis diversas têm ampliado o rol de atribuições do TCU, a exemplo das seguintes: Lei de Licitações e Contratos (Lei nº 8.666/93); Lei de Desestatização (Lei nº 9.491/1997); Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/2000); Lei que regulamenta a partilha dos recursos da Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico incidente sobre a importação e a comercialização de petróleo e seus derivados, gás natural e seus derivados, e álcool etílico combustível – Cide (Lei nº 10.866/2004); edições anuais da Lei de Diretrizes Orçamentárias e da Lei Orçamentária; Lei de Parceria Público- Privada (Lei nº 11.079/2004); e Lei de Contratação de Consórcios Públicos (Lei nº 11.107/2005).

Além disso, o Congresso Nacional edita decretos legislativos com demandas para realização de fiscalização em obras custeadas com recursos públicos federais, com determinação expressa de acompanhamento físico e financeiro, por parte do TCU, da execução de contratos referentes a obras que constam do orçamento da União.

O TCU tem jurisdição própria e privativa em todo o território nacional, a qual abrange, entre outros: toda pessoa física ou jurídica, que utilize, arrecade, guarde, gerencie bens e valores públicos federais; aqueles que causarem perda, extravio ou outra irregularidade que resulte em dano ao Erário; e responsáveis pela aplicação de recursos repassados pela União mediante convênio ou instrumento congênere.

A Constituição Federal de 1988, nos artigos 71 a 74 e 161, conferiu ao TCU as inúmeras competências privativas.

Entre as funções do TCU, destaca-se a apreciação das Contas do Governo da República, encaminhada para julgamento ao Congresso Nacional. Nesse exame, o papel do Tribunal vai além da mera verificação da conformidade formal dos balanços apresentados, da execução orçamentária, da situação patrimonial e das questões contábeis. O TCU elabora verdadeiro instrumento voltado ao aperfeiçoamento da Administração Pública, cuja análise e conhecimento são essenciais ao exercício da gestão pública.

No que concerne à organização das competências, os Tribunais de Contas – TC´s no Brasil seguem o modelo federativo de forma parcial. Existem, no total, 34 TC´s no país.

O TCU tem a atribuição de fiscalizar os recursos arrecadados pela união, incluindo sua aplicação na administração pública direta e indireta, e os repasses de recursos a estados, municípios e entidades não governamentais.

Os 27 tribunais de contas estaduais (TCE´s), por sua vez, são incumbidos da fiscalização e da aplicação dos recursos estaduais. A fiscalização dos recursos dos municípios também está a cargo dos TCE´s, sendo que os estados do Ceará, da Bahia, do Pará

e de Goiás criaram, no âmbito estadual, tribunais de contas dos municípios (TCM´s). Somente dois municípios brasileiros (Rio de Janeiro e São Paulo) tem TC´s próprios, escolhidos e financiados no âmbito municipal. Todos os outros municípios estão sujeitos ao controle dos TCE´s ou TCM´s no âmbito municipal. O município de Fortaleza, assim, está sujeito ao crivo do Tribunal de Contas dos Municípios do Estado do Ceará – TCM/CE.

Na lição de Speck (2008), os tribunais de contas são instituições semi-autônomas, compostas por um corpo técnico concursado e dirigido por em colegiado (nove ministros, no caso do TCU, sete conselheiros nos TCE´s/TCM´s e cinco conselheiros nos TC´s municipais).

Esse colegiado dirige os trabalhos de cada TC de forma autônoma, incluindo a eleição do seu presidente, a elaboração do orçamento, a programação da fiscalização e a tomada de decisões conclusivas sobre as fiscalizações.

Um ponto a ser aqui registrado é que o Supremo Tribunal Federal há muito tempo registra firme jurisprudência no sentido de que o julgamento das contas de responsáveis por haveres públicos é de competência exclusiva das Cortes de Contas, salvo nulidade por irregularidade formal grave (MS nº 6.960/1959), ou manifesta ilegalidade (MS nº 7.280/1960).

Furtado (2007) registra que nesses casos, o Poder Judiciário pode declarar a nulidade das decisões das Cortes de Contas, cabendo aos Tribunais de Contas refazerem os julgamentos.

O certo é que os processos de contas que tramitam nos Tribunais de Contas obedecem aos trâmites e princípios próprios da atividade jurisdicional - tais como o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, com prazos para contestações, recursos, etc. - e são julgados sob critérios objetivos, com aplicação da técnica jurídica, submetendo-se condutas de pessoas à incidência das normas jurídicas, aplicando-se a lei mediante a subsunção de casos concretos aos tipos legais. Tais julgamentos são irretratáveis, definitivos, tanto no âmbito administrativo quanto no judiciário, salvo

vício de procedimento ou manifesta ilegalidade, produzindo, portanto, coisa julgada.

Nesse período pré-eleitoral, registre-se a divulgação por parte dos Tribunais de Contas da lista de gestores com contas julgadas irregulares. A declaração de inelegibilidade desses gestores é competência exclusiva da Justiça Eleitoral. E segundo a lei das inelegibilidades, tornam-se inelegíveis os agentes públicos que apresentarem em suas contas irregularidades consideradas impropriedades administrativas.

Sobre o tema, ao fazer um paralelo entre a Lei do Ficha Limpa (Lei Complementar nº 135/2009) e a LRF, o presidente do TCU, Ubiratan Aguiar, considera a Lei do Ficha Limpa tão importante para a administração pública quanto a Lei de Responsabilidade Fiscal. Ele ressaltou que a lei de inelegibilidade tornará mais rígidos os princípios éticos presentes na administração, conforme matéria veiculada no Jornal o Povo, de 23 de junho de 2010, caderno de política.

Saliente-se que a Articulação Brasileira contra a Corrupção e a Impunidade (ABRACCI), com apoio do Movimento de Combate à Corrupção Eleitoral (MCCE), lançou, em julho de 2010, o sítio eletrônico "Ficha Limpa – A Lei que o Brasil faz Pegar" - um instrumento de controle social da Lei Ficha Limpa e uma ação de valorização do voto (www.fichalimpa.org.br**).**

Trata-se de um instrumento suprapartidário da sociedade civil, que busca estimular o exercício da cidadania e do controle social. O sítio Ficha Limpa apresenta um cadastro voluntário e positivo de candidatos que atendem à Lei Ficha Limpa e se comprometem com a transparência de sua campanha eleitoral. Trata-se de uma referência de candidatos que, além de se posicionarem de acordo com a lei, mostram compromisso com a transparência através da prestação de contas semanal de sua campanha eleitoral, informando a origem dos recursos obtidos e os gastos.

Enfim, o que a população espera é que os Tribunais de Contas, em nome das Casas Legislativas, fiscalize os serviços públicos. O atual regime de controle externo vem contribuindo para o aumento da *accountability* governamental e para a melhoria na

prestação de serviços públicos, em benefício de toda a sociedade brasileira.

A propósito, a atuação do Tribunal de Contas da União gera expressivos benefícios financeiros ao erário, mensuráveis e não mensuráveis. No ano de 2009, os benefícios diretos ao Tesouro Nacional e aos cidadãos, decorrentes da atuação do TCU, superaram R$ 23 bilhões. Isso significa que para cada real investido no Tribunal o País economizou R$ 18,4. Isto sem contar a atuação prévia do TCU, por meio da adoção de medidas cautelares, com o objetivo de evitar grave lesão ao erário, ou a direito alheio, que envolveu a cifra de R$ 1 bilhão. Isso demonstra os méritos dessa visão proativa adotada pelo Tribunal em relação à despesa pública, no intuito de evitar a concretização de danos ao erário (Relatório Anual de Atividades de 2009).

Desse modo, espera-se que o controle exerça um papel pró-ativo, para consolidar a democracia por intermédio da maior transparência; para solidificar as instituições do Estado, por meio do aumento da eficiência; e para melhorar as intervenções estatais, tornando a excelência e a efetividade uma marca da administração pública brasileira.

4 ANÁLISE DA PRESTAÇÃO DE CONTAS DE GOVERNO DO MUNICÍPIO DE FORTALEZA DE 2005 A 2009

A pesquisa foi realizada com base nos dados constantes nos processos de Contas de Governo do Município de Fortaleza, disponíveis no sítio do Tribunal de Contas dos Municípios do Estado do Ceará – TCM/CE (www.tcm.ce.gov.br), alusivo ao período de 2005 a 2009, a seguir enumerados:

- Processo nº 9981/06, exercício de 2005, Parecer Prévio Inicial nº 123/2009, de 27/08/2009;

- Processo nº 10494/07, exercício de 2006, ainda sem Parecer Prévio;

- Processo nº 6888/08, exercício de 2007, Parecer Prévio Inicial nº 36/2010, de 29/04/2010;

- Processo nº 8106/09, exercício de 2008, ainda sem Parecer Prévio; e

- Processo nº 7839/10, exercício de 2009, ainda sem Parecer Prévio.

A seguir, examinam-se as principais falhas das Contas de Gestão acima, extraídas das últimas instruções dos citados processos.

- ✓ Contas de 2005

No que pertine às Contas de 2005, o representante do Ministério Público junto ao TCM-CE emitiu parecer pela emissão de parecer prévio pela desaprovação das contas**,** na forma do art.1.°, inc. I**,** e art. 6.°, ambos da Lei Estadual 12.160/93, considerando a existência das falhas contidas nos contas, em especial pela não aplicação do percentual mínimo em educação, pelo cancelamento de restos a pagar processados e pela não comprovação integral do saldo financeiro no final do exercício (Parecer nº 3909/09 mantido pelo Parecer nº 7208/2009).

Em relação às falhas elencadas acima, a última instrução levada a cabo pela 1ª. Inspetoria Técnica, na Informação Complementar nº 10645/2009, entendeu como sanadas as omissões quanto aos extratos bancários, mantendo-se, no entanto, as ressalvas quanto ao cancelamento de restos a pagar processados e a não aplicação do percentual mínimo em educação.

Sobre o último item acima, deixou registrado que:

> Por todo o exposto, esta Inspetoria persiste no entendimento já reiteradamente evidenciado quanto a não aplicação do percentual mínimo em Educação no exercício de 2005, com base na fundamentação já

> relatada, no entanto, submete referidas considerações ao Exmo. Relator do processo para fins de apreciação.

- ✓ Contas de 2006

No tocante às Contas de 2006, o Aditivo ao Parecer nº 108-2010, do MP de Contas – TCM-CE, consigna que houve o saneamento da grave questão anteriormente acusada, a saber: as omissões de repasses das consignações destinadas ao Instituto de Previdência do Município – IPM, e finalmente propõe:

> Assim, considerando os saneamentos acima referidos, quanto às consignações à previdência municipal (IPM) e oficial (INSS), cabe a modificação do parecer originário (fls. 4603/4609), para sugerir, agora, a APROVAÇÃO das presentes Contas de Governo, posto que dirimidas as questões mais graves, ensejadoras da sugestão de desaprovação anterior. Grifo do original.

Registre-se o teor conclusivo da informação Complementar nº 4005/2010, da 1ª. Inspetoria Técnica, de 22 de abril de 2010, ao afirmar:

> Outrossim, deve-se reiterar a caracterização da desorganização administrativa e descontrole financeiro, evidenciados pela realização de vários Termos de Confissão de Dívida e Acordos feitos e refeitos ao longo dos exercícios de 2005/2006/2007/2008, sem que a Administração da Sra. Prefeita efetivamente os cumprisse, causando prejuízo aos cofres públicos do Município e também do IPM.

Como dito anteriormente, não consta ainda no sítio do TCM/CE o parecer prévio das Contas de Gestão de 2006 (posição de 9/6/2010).

- ✓ Contas de 2007

Quanto às Contas de 2007, por meio de Relator Designado, em substituição ao Relator Originário, foi emitido o Parecer Prévio nº 36/2010, favorável à aprovação das referidas Contas.

Informe-se, por oportuno, que o representante do MP de Contas – TCM/CE, por meio do PARECER n.° 2428/2010 (Aditivo ao Parecer n.° 9469/2009), de 19 de abril de 2010, deixou consignado que:

> *Ex positis,* e por tudo que dos autos consta, este Representante do Ministério Público de Contas, junto a esta Colenda Corte, emite o presente parecer aditivo no sentido de que seja mantido o **NÃO CONHECIMENTO das peças de defesa não requisitadas** (fls. 4791/4797, 4805/4852, 4883, 4898/4932 e 4933/5522) **pelo I. Relator, determinando-se seus desentranhamentos,** bem como de seus anexos e das conseqüentes informações técnicas. Outrossim, quanto à única peça que resultou de diligência determinada pela D. Relatoria (fls. 5940/6591), somos pelo **conhecimento** e, **no mérito, pela inexistência de qualquer saneamento,** conforme análise técnica, cabendo unicamente ressaltar, agora a demonstração de **inexistência de crime de apropriação indébita previdenciária,** possibilidade referida no parecer ministerial originário. Grifos do original.

Inobstante, o parecer acima foi modificado, consoante Relatório de julgamento das citadas contas, por meio de entendimento esposado pela ilustre Procuradora Geral de Contas, Dra. Leilyanne Brandão Feitosa — ao retificar na Sessão do Pleno o último parecer do Ministério Público de Contas, opinando, desta feita, pela emissão de parecer prévio favorável à aprovação das Contas em tablado.

No caso, a procuradora entendeu que a responsável adotou todas as providências legais que estavam à disposição do Chefe do Poder Executivo, agindo de modo a sanar em 2009 o repasse a maior do duodécimo realizado em 2007, afastando qualquer hipótese de desídia perante o fato apurado pelo TCM.

As principais falhas evidenciadas constam do subitem 6.6 do citado Relatório, atinente ao Anexo XIV**,** as quais não foram sanadas na fase complementar, conforme fls. 4.714/4.715 dos autos, *verbis*:

> - o saldo da conta "Bancos" restou prejudicado em face do exposto no item 6.4, deste Parecer Prévio — Balanço Financeiro.
>
> - não foi possível atestar a veracidade do saldo da conta "Restos a Pagar", em razão das distorções verificadas nos restos a pagar cancelados/prescritos e pagos, em confronto com as respectivas relações, conforme comentado às fls. 3.362/3.363 e 4.704/4.705.
>
> - os saldos representativos da dívida junto ao INSS, IPM e valores a serem compensados junto à Seguridade Social não estão devidamente identificados, concluindo-se, portanto, pela irregularidade do Balanço sob exame, bem como, pela falta de transparência e evidenciação do resultado da gestão pública.
>
> - não foi comprovada a composição das contas "Diversos Devedores", "Outros Créditos", "Dep. Diversas Origens" e "Provisão Devedores Duvidosos".

Ressaltou a Inspetoria competente que não foram informadas e tampouco comprovadas as medidas adotadas pela Administração no intuito de recuperar os créditos alusivos às contas "Diversos Devedores" e "Outros Créditos", visto que representam direitos do município junto a terceiros.

Diante disso, concluiu aquele Órgão Técnico que foram descumpridos os princípios da evidenciação e oportunidade, de tal forma que esse Balanço não reflete o patrimônio da Entidade.

Em memorial efetuado pela Prefeita de Fortaleza, disponível na internet, no sítio do TCM-CE, os pontos relevantes ao exame das Contas em exame foram resumidos em três tópicos: cancelamentos de restos a pagar (R$ 6.858.110,92), repasse ao

poder legislativo superior ao limite máximo de 5% e do INSS e IPM – Prevfor.

Nas considerações finais do citado memorial, por meio de advogado constituído, ressalta que a prestação de contas em tablado apresenta indicadores positivos, dentre os quais se destacam, *verbis*:

> 1. Os créditos adicionais foram abertos em conformidade com a autorização concedida pelo Poder Legislativo;
>
> 2. As despesas com pessoal observaram o limite legal da LRF, tendo atingido o percentual de 43,89%;
>
> 3. As despesas com manutenção e desenvolvimento do ensino atingiram o percentual de 27,54% da receita resultante de impostos e transferências;
>
> 4. As despesas com ações e serviços públicos de saúde atingiram o percentual de 27,41% da receita resultante de impostos e transferências.

E ao final do memorial salienta o advogado que as Contas de Governo do Município de Fortaleza, exercício financeiro de 2007, apresentaram excelentes índices que recomendam a emissão de Parecer Prévio favorável à sua aprovação.

- ✓ Contas de 2008

No respeitante às Contas de 2008 (processo nº 8106/09), cumpre registrar a ausência de parecer prévio.

No sítio do TCM-CE, em relação ao citado processo, de Relatoria do Conselheiro Marcelo Feitosa, consta que a 1ª Inspetoria daquele Tribunal teria produzido a Informação Inicial nº 6328/2010, em 17/06/2010, no *link* sobre conteúdo digital, todavia tal mídia ainda não está disponível, conforme consulta efetuada em 26 de junho de 2010.

✓ Contas de 2009

Quanto às Contas de 2009 (Processo nº 7839/10), de Relatoria do Conselheiro Francisco Aguiar, também não há emissão de Parecer Prévio. No sítio daquela Corte de Contas verifica-se que o citado processo encontra-se em análise inicial.

Em síntese, o quadro a seguir apresenta um resumo do resultado conclusivo sobre o julgamento das Contas de Governo do Município de Fortaleza, no período de 2005 a 2009, pelo Tribunal de Contas dos Municípios do Estado do Ceará.

Ano	Processo	Parecer prévio nº	MP Contas	Resultado
2005	9981/06	123/2009	Pela desaprovação	Favorável à aprovação
2006	10494/07	3490/2010	Favorável à aprovação	Sem julgamento
2007	6888/08	36/2010	Favorável à aprovação	Favorável à aprovação
2008	8106/09	Sem parecer	Sem parecer	Sem julgamento
2009	7839/10	Sem parecer	Sem parecer	Sem julgamento

Quadro 1 – Resultado do julgamento do TCM/CE das Contas de Governo do Município de Fortaleza, no período de 2005 a 2009.

Fonte: Elaborado pelo próprio autor, com base nos dados do TCM/CE.

Da análise dos dados acima, verifica-se, de início, a excessiva demora de julgamento, por parte do TCM/CE, das Contas de Governo do Município de Fortaleza, no período de 2005 a 2009. As Contas de 2006, 2008 e 2009 ainda não foram julgadas.

Por outro lado, no âmbito federal, o egrégio Tribunal de Contas da União julgou, em Sessão de 9 de junho de 2010, dentro do prazo constitucional estabelecido, as Contas de Governo do Presidente da República.

A propósito, Costa (2009) já destacava a demora de julgamento de tais contas pelo TCM/CE, em estudo sobre o assunto ora tratado.

Saliente-se que essa demora acarreta um julgamento inócuo por parte da Casa legislativa, como ocorreu com o processo de Contas de 2004, do ex-prefeito Juraci Magalhães, no qual a Câmara Municipal votou, em junho de 2009, no sentido da extinção do processo sem apreciação de mérito e, consequente, arquivamento das contas de Governo do Município de Fortaleza, ante a impossibilidade de seu desenvolvimento válido e regular, em virtude do falecimento do responsável.

Além do mais, algumas falhas se destacam das referidas contas, como o cancelamento de restos a pagar processados. De acordo com a Lei nº 4320/64, entende-se, como Restos a Pagar Processados, as despesas legalmente empenhadas cujo objeto do empenho já foi recebido, ou seja, aquelas cujo segundo estágio da despesa (liquidação) já ocorreu, caracterizando-se como os compromisso do Poder Público de efetuar os pagamento aos fornecedores.

Apesar das explicações por parte do município de Fortaleza, como as ocorridas nas Contas de 2007, e justificadas como despesas com folha de pagamento e encargos sociais, tal fato tem gerado pareceres pela desaprovação das contas, principalmente

pelos representantes do Ministério Público junto aos Tribunais de Contas.

Toledo Júnior et Rossi (2008), inclusive advertem que a contabilização indevida do cancelamento de Restos a Pagar, sem a observância das regras do Manual de Receitas Públicas da Secretaria do Tesouro Nacional, aliada ao não atendimento à despesa constitucional mínima em educação, são as duas causas determinantes que levam à rejeição das contas do Prefeito.

Outro fato que deve ser visto com olho de lince pelos órgãos de controle, é o repasse ao Instituto de Previdência Municipal de dívida apontada em relatório técnico. O assunto já se arrasta algum tempo e tem prejudicado o julgamento das Contas do exercício de 2006.

Contudo, o ponto central para balizar o julgamento técnico por parte dos Tribunais de Contas seria, a nosso ver, sem o viés político, que ainda se observa, a institucionalização de indicadores de desempenho da administração municipal.

González (2009) destaca como benefícios da avaliação pública e da medição da eficiência os seguintes:

> • Hace que el desempeño sea tranparente y permite valorar si se cumplen los objetivos.
>
> • Ayuda a definir y clarificar el cumplimiento de objetivos.
>
> • Reporta a los contribuyentes el desempeño del sector público.
>
> • Anima a la continua mejora en el desempeño.
>
> • Anima a promover los valores de la eficiencia en el uso de los recursos.
>
> • Promueve la coordinación de las políticas entre las distintas agencias.

> • Facilita la comparación de resultados (*yardstick competition*) entre unidades lo que incentiva la mejora del desempeño.

Nessa toada, o egrégio Tribunal de Contas de Santa Catarina - TCE/SC deu um passo importante com a edição da Decisão Normativa nº TC-06/08, que estabelece critério para emissão de parecer prévio e julgamento de Contas, dos prefeitos das 293 cidades catarinenses.

De acordo com a regra fixada no citado normativo, 41 restrições vão orientar a análise do TCE nos processos de prestação de contas dos prefeitos (PCPs), que tratarão da análise do balanço consolidado, reúne as contas da prefeitura, da câmara dos vereadores, das autarquias, fundações e fundos municipais. Desse total, 12 tratam de irregularidades de ordem constitucional, 27 de ordem legal e duas de ordem regulamentar.

Entre as 15 restrições, em especial, o art. 9º destaca que podem ensejar um parecer negativo, a ocorrência de déficit de execução orçamentária, gasto maior que a arrecadação; a não aplicação de, no mínimo, 15% do produto da arrecadação de impostos em gastos com ações e serviços públicos de saúde e a realização de despesas nos dois últimos quadrimestres do mandato, sem disponibilidade de caixa. Esta última restrição, ou seja, o descumprimento do artigo 42 da Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF), poderá levar o Tribunal de Contas a comunicar o Ministério Público do Estado.

No que concerne à prestação de contas do prefeito, as restrições de ordem constitucional passam desde a aplicação de, no mínimo, 25% da receita de impostos na manutenção e desenvolvimento da educação básica ensinos infantil e fundamental; aplicação de, pelo menos, 60% dos recursos do Fundeb em remuneração dos profissionais do magistério que exercem atividades na educação básica e/ou não aplicação do restante em outras despesas próprias relativas à manutenção e ao desenvolvimento da educação básica, até ao não-empenhamento e não-recolhimento das cotas de contribuição patronal à instituição de previdência.

Desse modo, com critérios objetivos, previamente fixados, o julgamento das Cortes seria mais técnico e menos político.

O momento é oportuno para que os Tribunais de Contas exijam indicadores de desempenho nos Estados e nos Municípios, voltados para as diversas áreas, como: educação, saúde, segurança, transportes, entre outras, aproveitando o êxito da Lei da Ficha Limpa, que barrou várias candidaturas pelo Brasil afora, com base nos seus julgamentos. É hora de acabar com o enriquecimento de poucos gestores públicos e melhorar o desempenho financeiro do Estado brasileiro.

A propósito, quando do julgamento das Contas de 2009 do Presidente da República, o egrégio Tribunal de Contas da União fez 15 (quinze) ressalvas, que podem servir de referência para os tribunais de contas dos estados, nos seus julgamentos.

A ressalva inicial foi o baixo percentual de execução em 24% das ações relacionadas como prioritárias no Anexo I da Lei de Diretrizes Orçamentárias para 2009, e não inclusão de 101 ações constantes do mesmo anexo na Lei Orçamentária Anual.

Em suma, é necessário melhorar a qualidade do gasto público (“fazer mais com menos”) de forma consistente com o equilíbrio fiscal para abrir espaço para investimentos e gastos sociais, de forma a orientar toda a gestão pública, do planejamento ao controle, para resultados de eficiência, eficácia e efetividade (Peres, 2010).

6 CONCLUSÃO

A LRF intensificou o controle sobre as contas públicas municipais. Além dos Tribunais de Contas, outras instituições públicas como o Ministério da Fazenda e o Ministério Público dos Estados passaram a analisar mais detalhadamente a situação fiscal municipal no Brasil.

Em decorrência de mandamento constitucional, todo aquele que recebe, arrecada dinheiro público deve prestar contas, afinal se o patrimônio é público, a gestão desse patrimônio merece ser controlada por órgãos diversos.

A Lei Orgânica do Tribunal de Contas dos Municípios do Estado do Ceará prevê que a emissão do parecer prévio, sobre as contas que o Prefeito deve prestar anualmente, ocorrerá no prazo de doze meses a contar do seu recebimento.

No âmbito do TCM-CE, do Parecer Prévio não caberá recurso, diferentemente ocorre no Estado de Santa Catarina, em que a Lei Orgânica do Tribunal de Contas (LO-TCSC) daquele estado prevê a adoção como recurso, na apreciação de contas municipais, do Pedido de Reapreciação em substituição ao Pedido de Reexame.

Não cabe a aplicação de sanções, multas e/ou imputação de débito, por parte dos Tribunais de Contas, no processo das Contas Anuais de Governo.

A apresentação das contas anuais pelo Chefe do Executivo no Tribunal de Contas não prejudica o dever de prestar contas imediatamente na Casa Legislativa, dado que a Lei de Responsabilidade Fiscal, artigo 49, impõe que as contas apresentadas pelo Chefe do Poder Executivo ficarão disponíveis, durante todo o exercício, no respectivo Poder Legislativo e no órgão técnico responsável pela sua elaboração, para consulta e apreciação pelos cidadãos e instituições da sociedade.

No processo de julgamento político feito pelo Parlamento, é necessária a observância ao princípio do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV).

Diferentemente das Contas de Governo, as Contas de Gestão, prestadas ou tomadas, dos administradores de recursos públicos, impõem o julgamento técnico realizado em caráter definitivo pela Corte de Contas (CF, art. 71, II), consubstanciado em acórdão, que terá eficácia de título executivo (CF, art. 71, § 3º), quando imputar débito (reparação de dano patrimonial) ou aplicar multa (punição).

Nos termos da Portaria Interministerial nº 127/2008, a prestação de contas do convênio deve ser encaminhada ao concedente, a quem cabe examinar a regularidade da mesma.

O Supremo Tribunal Federal há muito tempo registra firme jurisprudência no sentido de que o julgamento das contas de responsáveis por haveres públicos é de competência exclusiva das Cortes de Contas, salvo nulidade por irregularidade formal grave.

A atuação dos Tribunais de Contas gera expressivos benefícios financeiros ao erário, mensuráveis e não mensuráveis. No ano de 2009, os benefícios diretos ao Tesouro Nacional e aos cidadãos, decorrentes da atuação do Tribunal de Contas da União, superaram R$ 23 bilhões.

Entre as funções dos Tribunais de Contas, destaca-se a apreciação das Contas do Chefe do Poder Executivo, encaminhada para julgamento pela Casa Legislativa. Nesse exame, o papel dos Tribunais vai além da mera verificação da conformidade formal dos balanços apresentados, da execução orçamentária, da situação patrimonial e das questões contábeis. Os tribunais elaboram verdadeiros instrumentos voltados ao aperfeiçoamento da Administração Pública, cuja análise e conhecimento são essenciais ao exercício da gestão pública.

Os processos de contas que tramitam nos Tribunais de Contas obedecem aos trâmites e princípios próprios da atividade jurisdicional.

Algumas falhas são recorrentes nas Contas do Município de Fortaleza, como o cancelamento de restos a pagar processados, omissões de repasses das consignações destinadas à previdência municipal (IPM) e oficial (INSS), apontadas diversas vezes pelo TCMCE.

É necessária a fixação de critérios objetivos por parte dos Tribunais de contas, para fins de agilizar e facilitar o julgamento das Contas de Governo, com viés mais técnico e menos político, como os implantados pelo Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina.

Indicadores de desempenho são indispensáveis para mensuração da eficiência das atividades do Estado brasileiro.

O momento é oportuno para que os Tribunais de Contas exijam indicadores de desempenho nos Estados e nos Municípios, voltados para as diversas áreas, como: educação, saúde, segurança, transportes, entre outras, aproveitando o êxito da Lei da Ficha Limpa, que barrou várias candidaturas pelo Brasil afora, com base nos seus julgamentos. É hora de acabar com o enriquecimento de poucos gestores públicos e melhorar o desempenho financeiro do Estado brasileiro.

É preciso melhorar a qualidade do gasto público (“fazer mais com menos”) de forma consistente com o equilíbrio fiscal para abrir espaço para investimentos e gastos sociais, de forma a orientar toda a gestão pública, do planejamento ao controle, para resultados de eficiência, eficácia e efetividade.

A sociedade espera que o controle exerça um papel pró-ativo, para consolidar a democracia por intermédio da maior transparência e aumentar a eficiência na gestão pública.

REFERÊNCIAS

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; Hachem, Daniel Wunder. Transferências voluntárias na Lei de Responsabilidade Fiscal: limites à responsabilização pessoal do ordenador de despesas por danos decorrentes da execução de convênio. *Biblioteca Digital Interesse Público - IP*, Belo Horizonte, ano 12, n. 60, mar./abr. 2010.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília: Senado, 2009.

_____. Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências.

_____. Lei nº 8.443, de 16 de julho de 2002. Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União.

_____. Lei nº 12.160, de 04 de agosto de 1993. Lei Orgânica do Tribunal de Contas dos Municípios do Estado do Ceará - LO/TCM.

_____. Lei Complementar nº 202, de 15 de dezembro de 2000 – Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina.

_____. Relatório e o Projeto de Parecer Prévio sobre as Contas prestadas pelo Chefe do Poder Executivo de 2009 emitido pelo Tribunal de Contas da União, disponível em www.tcu.gov.br, acesso em 30 de junho de 2010.

BRITTO, Carlos Ayres. **O regime constitucional dos Tribunais de Contas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

COSTA, Rômulo Bernardino Lopes. **Análise da prestação de contas de Governo da Administração Pública Municipal sob a ótica da LRF: um estudo do Município de Fortaleza de 1998 a 2004**. *In*: Revista Controle – Vol. VII – n2, dezembro de 2009, disponível em: www.tce.ce.gov.br.

DELGADO, José Augusto. **A Lei de Responsabilidade Fiscal e os Tribunais de Contas**. Revista Interesse Público, Belo Horizonte, n. 7, ano 2, Julho 2000.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Arts. 18 a 28. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; NASCIMENTO, Carlos Valder do (Org.). ***Comentários à Lei de Responsabilidade Fiscal***. São Paulo: Saraiva, 2001.

FURTADO, José de Ribamar Caldas. **Os regimes de contas públicas: contas de governo e contas de gestão**. Revista Interesse Público n. 42. Belo Horizonte, 2007.

GAMBOGI, Luís Carlos. **O parecer prévio nas contas do executivo municipal e o direito aos recursos a ele inerentes**. Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, Ano 2, 2002.

GONZÁLEZ, Daniel Santín. ***La Medición de La Eficiencia em El Sector Público. Técnicas Cuantitativas.*** *Instituto de Estudios Fiscalis*, Madrid, 2009, disponível em: www.sefin.fortaleza.ce.gov.br, acesso em 07 de julho de 2010.

MILESKI, Helio Saul. O ORDENADOR DE DESPESA E A LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL - CONCEITUAÇÃO E REPERCUSSÕES JURIDÍCO-LEGAIS. Revista Interesse Público n.15, Belo Horizonte, ano 4 Julho 2002.

PERES, Selene. Apresentação sobre **Projeto de lei de qualidade fiscal: ideias para uma nova lei de finanças públicas**. *In*: II SEMINÁRIO NACIONAL DE ORÇAMENTO PÚBLICO, Brasília: 2010.

PORTAL dos Tribunais de Contas do Brasil, disponível em: www.controlepúblico.org.br, acesso em 07 de agosto de 2010.

SPECK, Bruno. **Tribunais de Contas**. *In*: Corrupção Ensaios e Críticas. Belo Horizonte, Editora UFMG, 2008.

TOLEDO Jr, Flávio C. e ROSSI, Sérgio Siqueira. **Rejeição das contas do prefeito – análise de duas causas determinantes**. Revista Interesse Público n.53, Ano XI, Belo horizonte, 2009.

TRIBUNAL DE CONTAS DOS MUNICÍPIOS DO ESTADO DO CEARÁ. Relatórios de julgamento das Contas de Governo. Município de Fortaleza, diversos exercícios, disponível em: www.tcm.ce.gov.br, acesso em 20 de junho de 2010.

A PERSPECTIVA AMBIENTAL DO DIREITO SOCIAL À ALIMENTAÇÃO[3]

THE ENVIRONMENTAL PERSPECTIVE OF THE SOCIAL RIGHT TO FOOD

Cristina Saldanha Grott[4]

Sumário: 1 - Introdução; 2 – A Proteção do Meio Ambiente na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988; 2.1 – A Primeira Constituição Verde; 3 – O Surgimento da Alimentação como um Direito Social; 3.1 – A Introdução do Direito à Alimentação no Rol dos Direitos Sociais; 3.1.1 – Em que consiste o direito social à alimentação? 3.1.2 - Como o direito à alimentação interfere no direito social à educação, a saúde e ao lazer? 4 – A Inter-relação entre Meio Ambiente e Direito Social à Alimentação; 4.1 – A implementação de Políticas Públicas como Forma de Proteção Social e Ambiental; 4.1.1 - O controle dos portos e aeroportos: barreira para novas pragas; 4.1.2 - O acompanhamento, o estudo e o aperfeiçoamento dos resultados obtidos através das políticas públicas implementadas; 4.2 – Os reflexos da destruição ambiental no direito social à alimentação; 4.2.1 - A necessidade da produção de alimentos com qualidade nutricional; 4.2.2 - Preservação ambiental e agropecuária: a mina de ouro brasileira; Conclusão; Referências Bibliográficas.

RESUMO

Neste artigo foi apresentada a perspectiva ambiental do direito social à alimentação. Os objetivos foram os de demonstrar a relação direta existente entre a qualidade do meio ambiente e a qualidade dos alimentos produzidos no país e a necessidade de se produzir alimentos com alto valor nutricional para que o direito social à alimentação seja efetivamente garantido. O método utilizado foi o hipotético-dedutivo, com o auxílio de artigos e pesquisas bibliográficas. Para tanto, abordou-se a proteção dada ao meio ambiente na CRFB/88, tratou-se do surgimento da alimentação

[3] Artigo de autoria exclusiva da autora

[4] Advogada. Pós-graduada em Direito Constitucional.

como direito social no Brasil, bem como abordou-se especificamente a inter-relação existente entre meio ambiente e direito social à alimentação. Ao final, o resultado obtido foi pela direta relação existente entre a qualidade do meio ambiente e a qualidade da prestação do direito social à alimentação, concluindo-se pela necessidade de se conciliar desenvolvimento econômico com sustentabilidade em prol da proteção da vida humana, bem como, de se garantir a qualidade nutricional dos alimentos ofertados à população brasileira para que haja efetiva implementação do direito social à alimentação.

Palavras-chave: Direito Constitucional; Direitos Sociais; Alimentação; Proteção ambiental; Meio Ambiente.

ABSTRACT

In this essay, I present the environmental outlook to the social right to food. The objective was to demonstrate the direct relation existing among the quality of the environment, the quality of the food produced in the country, and the necessity to produce food with high nutritional value, so that the social right to food can be effectively ensured. I used the hypothetico-deductive method, with the aid of articles and bibliographical research. In the first chapter, I focused on the protection guaranteed to the environment in the CRFB/88. In the second chapter, I clarified themes related to the social right to food. Afterward, I analyzed the development of food as a social right in Brazil. In the third and final section of this essay, I evaluated specifically the interrelationship existing between the environment and the social right to food. I concluded by the necessity to reconcile economic development and sustainability in favor of the protection of human life, as well as ensuring the nutritional quality of the food provided to the Brazilian population, so that the social right to food can be properly implemented.

Keywords. Constitutional Law; Social rights; Food; Environmental protection; the Environment.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho originou-se da necessidade de se refletir sobre uma temática muito importante: a alimentação.

Nos últimos anos, a questão alimentar tem ganhado destaque, principalmente no que diz respeito à sua inter-relação com o meio ambiente. Neste artigo, a alimentação será abordada como espécie de direito social, sob a perspectiva do meio ambiente.

Objetiva-se identificar o que vem a ser o direito social à alimentação, sua origem na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, bem como, pretende-se debater e analisar este direito social sob a perspectiva ambiental, ou seja, observar a forma como o direito à alimentação e o direito ao meio ambiente sadio e equilibrado interagem.

Como será demonstrado ao longo deste trabalho, ainda há muito o que se debater sobre a temática do direito social à alimentação, visto que a baixa qualidade nutricional dos alimentos ofertados aos brasileiros ou a contaminação deles em razão do transporte inadequado e da precariedade do meio ambiente em que produzidos não propiciam a efetiva implementação desse direito social tão importante para a existência digna da população brasileira.

2. A PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988

O caminho foi longo até que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) estipulasse em seu texto a proteção ambiental da forma como o fez.

No mundo, até o ano de 1960, aproximadamente, a maioria dos países não se importava com a poluição gerada em seus territórios. O desejo dos governantes de alcançar o crescimento econômico e a ampla difusão do capitalismo traziam a ilusão de que toda a destruição ambiental valeria a pena.

Durante décadas, as indústrias dos mais diversos locais do planeta Terra usaram os recursos naturais de modo desenfreado, sempre tendo como foco o consumo excessivo. Foi somente no

começo da década de 70 que os países industrializados passaram a notar o impacto negativo das suas tecnologias no meio ambiente: os rios começaram a ficar poluídos, a chuva ácida já era uma realidade e estava destruindo as florestas, as grandes cidades começavam a ter sua atmosfera degradada. Timidamente, aduz Édis Milaré, os países do globo passaram a ter consciência do limite dos recursos naturais, inclusive no âmbito da Organização das Nações Unidas – ONU[5].

Foi somente a partir desses acontecimentos negativos que os Estados tiveram início no processo de revisão das suas economias, o que os levou a investigar alternativas para a ordem geoeconômica que, segundo Milaré, estava "complicada pelas novas relações econômicas e pelo surpreendente acréscimo de população, particularmente no chamado 'Terceiro Mundo'", consubstanciado por jovens nações africanas e os países do Norte da África, bem como, a grande maioria dos países asiáticos e a América Latina[6].

Como grande acontecimento da década de 70, pode-se citar a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente, ocorrida em Estocolmo (Suécia), no ano de 1972, conhecida por Conferência de Estocolmo. Nela, determinou-se o conceito de meio ambiente[7], bem como, utilizou-se pela primeira vez a nomenclatura "desenvolvimento sustentável".

Foi a Declaração de Estocolmo, que resultou daquela Conferência, a responsável pelo impulso dado à normatização do tema ambiental, não só nas Declarações Internacionais mas, inclusive, nas Constituições dos Estados, tendo sido importante para que estes começassem a reconhecer o meio ambiente ecologicamente equilibrado como um "*direito fundamental* entre os

[5] MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente.** 8 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 98-99.
[6] *Ibdem.*
[7] "Conjunto de componentes físicos, químicos, biológicos e sociais capazes de causar efeitos diretos ou indiretos, em um prazo curto ou longo, sobre os seres vivos e as atividades humanas". ONU. **Declaração de Estocolmo de 1972**. Disponível em: <www.mma.gov.br/estruturas/agenda21/_arquivos/estocolmo.doc>. Acesso em: 18 dez 2018.

direitos sociais do Homem, com sua característica de *direitos a serem realizados* e *direitos a não serem perturbados"* (grifo do autor)[8].

No Brasil, por óbvio, a questão ambiental também não recebia o devido valor na década de 70. O país passava por transições políticas e, assim, outros debates eram vistos como mais importantes do que a discussão acerca da proteção do meio ambiente.

O tempo passou. Já nos anos 2.000, a questão ambiental ganhou enorme destaque nos noticiários, nas escolas e na política. Sendo o Brasil um país com dimensões continentais, rico por natureza, abundante em água, fauna e flora, tornava-se cada vez mais urgente a necessidade de se proteger todos os bens naturais aqui existentes, sob pena de perdê-los.

Após 30 anos da promulgação da CRFB/88, a situação é bem diferente, apesar de ainda haver muito a ser colocado em prática.

2.1 A PRIMEIRA CONSTITUIÇÃO VERDE

Demorou um tempo considerável e precioso para que alguma Constituição brasileira desse o valor devido ao meio ambiente. Durante um longo período vigorou a desproteção total do bem ambiental, época em que o país era ameaçado constantemente pelo desequilíbrio ecológico. Não havia normas que protegessem a natureza, nem que coibissem a devastação das florestas, nem mesmo que regulassem a proteção das terras. Prevalecia a liberdade quase que total na utilização dos recursos naturais encontrados no país.

Conforme leciona José Afonso da Silva, "a concepção privatista do direito de propriedade constituía forte barreira à atuação do Poder Público na proteção do meio ambiente, que

[8] SILVA, José Afonso. **Direito Ambiental Constitucional**. 6 ed.atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 69-70.

necessariamente haveria e haverá de limitar aquele direito e a iniciativa privada"[9]. O Poder Público, vendo-se na obrigação de estipular medidas de proteção ambiental, deu início à elaboração das primeiras normas protetoras, mas de incidência restrita, "porque destinadas a proteger direito privado na composição dos conflitos de vizinhança"[10], conforme podia ser visto no Código Civil, por exemplo.

Foi nesse contexto que a inserção da proteção ambiental se deu em diversos códigos, mas o problema ainda não havia sido encarado conforme uma visão que inter-relacionasse todos os setores que rodeiam o tema. Faltavam, ainda no período anterior à CRFB/88, normas constitucionais que fundamentassem uma visão global da questão ambiental, que propendesse para a proteção desse bem jurídico considerando-o globalmente em suas manifestações, considerando a interação conjunta da água, do ar e do solo[11].

Enfim, após um longo caminho percorrido, chega o momento da promulgação da Constituição Verde, assim denominada em razão do destaque que dá à proteção do meio ambiente. A Constituição Verde determinou ao Poder Público e à sociedade, em seu art. 225[12], a proteção ambiental de forma integradora.

Nota-se que, pela primeira vez, o texto constitucional estabeleceu uma norma ambiental que levasse em conta os mais diversos aspectos que rodeiam o meio ambiente e que nele influenciam. Sobre o tema, José Afonso da Silva[13]:

> A Constituição de 1988 foi, portanto, a primeira a tratar deliberadamente da questão ambiental. Pode-se dizer que ela é uma Constituição eminentemente ambientalista. Assumiu o tratamento da matéria em

[9] SILVA, José Afonso. **Direito Ambiental Constitucional**. 6 ed. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 34.
[10] SILVA, José Afonso. **Direito Ambiental Constitucional**. 6 ed. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 34.
[11] *Ibdem.*
[12] BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm > Acesso em: 29 de nov. de 2018.
[13] SILVA, José Afonso. **Direito Ambiental Constitucional**. 6 ed. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 46.

> termos amplos e modernos. Traz um capítulo específico sobre *meio ambiente*, inserido no título "Da Ordem Social" (Capítulo VI do Título VIII). Mas a questão permeia todo o seu texto, correlacionada com os temas fundamentais da ordem constitucional.

Em síntese, o texto constitucional de 1988 captou com "indisputável oportunidade" o que está presente no âmago da sociedade brasileira – "a consciência de que é preciso aprender a conviver harmoniosamente com a natureza" -, expondo em diversos artigos, parágrafos e incisos aquilo que pode ser considerado um dos mais amplos e modernos sistemas de tutela do meio ambiente[14].

3. O SURGIMENTO DA ALIMENTAÇÃO COMO UM DIREITO SOCIAL

Em um primeiro momento, antes que se possa falar do chamado "constitucionalismo social" (de onde advieram os direitos sociais) e do direito social à alimentação, faz-se necessária uma rápida abordagem sobre um cenário antecedente, o do constitucionalismo liberal.

O constitucionalismo liberal era baseado na ideia de que "a proteção dos direitos fundamentais da sociedade dependia, basicamente, da limitação dos poderes do Estado"[15]. Nesse modelo de constitucionalismo, consideravam-se os direitos fundamentais como direitos negativos, o que significava que os poderes políticos apenas deviam abster-se de interferir nos direitos das pessoas. Conforme Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento, "o

[14] MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente.** 8 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 168-169.
[15] SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho.** 2. ed., 2. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 155.

Estado era visto como o principal adversário dos direitos, o que justificava a sua estrita limitação, em prol da liberdade individual"[16].

Naquele momento, pregava-se o valor da igualdade, porém, esta era vista apenas por uma perspectiva formal, pois existia nítida contradição entre o discurso e a prática do constitucionalismo liberal. Souza Neto e Sarmento trazem como exemplo dessa igualdade formal a utilização de critérios censitários para o reconhecimento de direitos políticos. Ambos expõem que era afirmada a igualdade de todos perante a lei, contudo, contraditoriamente, apenas aos integrantes da elite econômica era conferido o direito de voto, "o que impedia que as demandas das classes subalternas fossem trazidas para o espaço institucional dos parlamentos e tivessem peso no governo e na elaboração das normas jurídicas"[17].

O mercado livre, vigente no liberalismo, havia gerado, além de desigualdade social, problemas no seu próprio funcionamento, propiciando o surgimento de monopólios e oligopólios em prejuízo da livre concorrência[18]. A crise culminou, ainda, com a quebra da bolsa de Nova York em 1929.

Foi justamente em razão da pouca eficiência e dos resultados insatisfatórios do constitucionalismo liberal obtidos no final do século XIX e início do século XX, que surgiram as sementes para o crescimento de um novo constitucionalismo, mais comprometido com a dignidade humana e a igualdade material. Dá-se início, então, a um novo cenário: o do constitucionalismo social.

Nesse novo cenário, o Estado passa a atuar de forma mais ativa no aspecto econômico e a disciplinar as relações sociais de forma muito mais intensa, assumindo papel ambicioso. Ele passa a incorporar funções voltadas à prestação de serviços públicos e, no plano teórico, sua atuação passa a ser justificada pela necessidade de implementação da igualdade material, através da criação de políticas públicas redistributivas e do fornecimento de prestações

[16] *Idem*, p. 80.
[17] *Idem*, p. 80.
[18] SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho.** 2. ed., 2. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 82.

materiais para as camadas mais pobres da sociedade, em áreas como saúde, educação e previdência social[19][20].

Há na doutrina de Paulo Bonavides uma passagem interessante sobre o tema em questão: “Uma coisa é a Constituição do Estado liberal, outra a Constituição do Estado social. A primeira é uma constituição antigoverno e anti-Estado; a segunda, uma Constituição de valores refratários ao individualismo no Direito e ao absolutismo no Poder” [21].

A Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU (1948), documento de extrema importância, por sua vez, “incorporou os direitos sociais no elenco dos direitos humanos universais”. O objetivo era (e continua sendo) fazer com que eles se apliquem a todos, sem qualquer distinção de raça, religião, credo político, idade ou sexo, permitindo que sejam alcançados “salário igual por um trabalho igual; previdência social em caso de doença, velhice, morte do arrimo de família e desemprego involuntário; renda condizente com uma vida digna; direito ao repouso, ao lazer e a férias remuneradas”[22].

3.1 A INTRODUÇÃO DO DIREITO À ALIMENTAÇÃO NO ROL DOS DIREITOS SOCIAIS

Foi através da Emenda Constitucional nº 64/2010 que o artigo 6º da CRFB/88 foi modificado e passou a prever o direito social à alimentação no rol dos direitos sociais, *in verbis*: “São direitos sociais a educação, a saúde, a *alimentação*, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e

[19] *Idem*, p. 83.

[20] Importante frisar, que o constitucionalismo social não renega os valores do constitucionalismo liberal, e sim busca concilia-los com a busca da justiça social e do bem-estar coletivo.

[21] BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 25 ed. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 371.

[22] TELLES, Vera. “Direitos sociais: afinal do que se trata?”, p. 67. Em **“Muitos Lugares para Aprender”/** Centro de Estudos e Pesquisas em Educação, Cultura e Ação Comunitária - CENPEC – São Paulo; CENPEC / Fundação Itaú Social / Unicef , 2003.

à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição"[23].

Tal previsão é resultado de longos debates acerca da importância da alimentação humana, debates esses que fortalecem a construção social de um sistema público de segurança alimentar e nutricional. O processo de redemocratização do país, mencionado no capítulo anterior deste trabalho, "foi fundamental para marcar o papel protagonista da sociedade civil frente às novas demandas por participação e garantias de direitos"[24].

A Emenda Constitucional nº 64/2010 resultou na consolidação de um processo histórico de luta pelo reconhecimento de problemas graves como a pobreza, a fome e a miséria no Brasil.

Ao se conferir ao direito social à alimentação status constitucional, mesmo havendo outros dispositivos infraconstitucionais que indiretamente se preocupam com o assunto, reafirma-se o compromisso do Estado brasileiro de trata-lo com mais atenção e urgência.

Quando passa a figurar ao lado de outros direitos sociais previstos no art. 6º, como a educação, a saúde e o lazer, o direito à alimentação "rompe definitivamente o silêncio premeditado que envolve a fome como tema proibido, ou, pelo menos, pouco aconselhável de ser abordado publicamente"[25].

Ainda neste sentido, aduz a Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República que:

[23] BRASIL**. Constituição (1988).** Emenda constitucional nº 64, de 4 de fevereiro de 2010. Altera o art. 6º da Constituição Federal, para introduzir a alimentação como direito social. Diário Oficial da União, Brasília, 5 fev. 2010. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc64.htm. Acesso em 06 de dez de 2018.

[24] Brasil. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. **Direito à alimentação adequada**. – Brasília: Coordenação Geral de Educação em SDH/PR, Direitos Humanos, Secretaria Nacional de Promoção e Defesa dos Direitos Humanos, 2013. Disponível em: http://unesdoc.unesco.org/images/0022/002254/225425POR.pdf. Acesso em 06 de dez. de 2018.

[25] *Ibdem*.

> Ao registrar o lugar desse direito entre os outros direitos sociais, consolida-se uma importante garantia, dando a força necessária para que a sociedade civil faça frente àqueles discursos que procuram colocar o problema da fome como uma questão meramente econômica ou que está diretamente relacionada à saúde pública[26].

Contudo, para sua efetiva implementação e para a obtenção dos resultados almejados, é preciso que se defina com precisão o que vem a ser esse direito. Então, em que consiste o direito social à alimentação? Basta que se garanta um alimento qualquer, apenas para matar a fome momentânea, ou é necessário que haja qualidade nutricional? Passa-se a abordar essas questões no tópico seguinte.

3.1.1 Em que consiste o direito social à alimentação?

Inicialmente, conforme afirma Estanislau Tallon Bózi, "o direito à alimentação era considerado decorrência de outros direitos mais abrangentes, como o direito à vida"[27].

Somente em um segundo momento é que os direitos à alimentação e à nutrição foram colocados em um patamar com maior destaque, especificamente delineado, a exemplo do que ocorreu nos casos de proteção das crianças. Nesse sentido, Estanislau afirma que "do combate à fome, evoluiu-se para a segurança alimentar e

[26] *Ibdem.*

[27] BÓZI, Estanislau Tallón. **Direito à alimentação**. Mestrado em Direitos e Garantias Constitucionais Fundamentais FDV, Vitória, 2005. Disponível em: http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp075461.pdf. Acesso em 07 de dez. de 2018.

nutricional, como forma de promoção do direito fundamental à alimentação"[28].

A alimentação, prevista na CRFB/88 como direito social, "compreende não somente a alimentação propriamente dita, mas toda e qualquer necessidade, como, por exemplo, educação, vestuário e assistência à saúde"[29].

Podem ser considerados alimentos ou prestações alimentares, além da comida em si, os salários, soldos, ordenados, vencimentos, proventos, honorários ou qualquer outra forma de obtenção de renda destinada à manutenção de uma pessoa ou ao sustento de uma família.

Geralmente, afirma Estanislau, "os alimentos são prestados em dinheiro, mas nada impede que assumam outra forma, com o pagamento em utilidades, chamado in natura, como, por exemplo, em gêneros alimentícios"[30].

O autor Marco Aurélio S. Viana[31] classifica os alimentos em naturais (necessarium vitae), que são os destinados à subsistência, e em civis (necessarium personnae), referentes à instrução e educação. No presente trabalho, o foco são os alimentos naturais.

Conforme o exposto neste tópico, compreende-se que o direito social à alimentação é muito mais do que comida em si. É a garantia de uma vida com dignidade. Dessa forma, não é suficiente que o direito à alimentação, sobretudo a natural, seja provido de qualquer maneira.

No Brasil, envidando-se esforços para a concretização desse direito, aplica-se o conceito de Segurança Alimentar e Nutricional – SAN (termo já utilizado na Europa durante a Primeira Guerra Mundial), que divide a questão dos alimentos em duas

[28] *Ibdem*.
[29] *Ibdem*.
[30] *Ibdem*.
[31] **Curso de direito civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 1993, v. 2 (Direito de Família), p. 201. *Apud* BÓZI, Estanislau Tallón. **Direito à alimentação**.

dimensões distintas e complementares, sendo elas a dimensão alimentar e a dimensão nutricional.

A dimensão alimentar diz respeito à produção e a disponibilidade de alimentos, que precisam ser:

> Suficientes e adequadas para atender a demanda da população, em termos de quantidade e qualidade; Estáveis e continuadas para garantir a oferta permanente, neutralizando as flutuações sazonais; Autônomas para que se alcance a autossuficiência nacional nos alimentos básicos; Equitativas para garantir o acesso universal às necessidades nutricionais adequadas, haja vista manter ou recuperar a saúde nas etapas do curso da vida e nos diferentes grupos da população; Sustentável do ponto de vista agroecológico, social, econômico e cultural, com vistas a assegurar a SAN das próximas gerações[32].

Por sua vez, a dimensão nutricional abrange as interações entre o ser humano e o alimento, resultando em:

> Disponibilidade de alimentos saudáveis; Preparo dos alimentos com técnicas que preservem o seu valor nutricional e sanitário; Consumo alimentar adequado e saudável para cada fase do ciclo da vida; Condições de promoção da saúde, da higiene e de uma vida saudável para melhorar e garantir a adequada utilização biológica dos alimentos consumidos; Condições de promoção de cuidados com a própria saúde, com a saúde da família e da comunidade; Direito à saúde, com o acesso aos serviços de saúde garantido de forma oportuna e resolutiva; Prevenção e controle dos determinantes

[32] **O direito humano à alimentação adequada e o sistema nacional de segurança alimentar e nutricional** / organizadora, Marília Leão. – Brasília: ABRANDH, 2013. Disponível em: http://www.mds.gov.br/webarquivos/publicacao/seguranca_alimentar/DHAA_SAN.pdf. Acesso em 06 de dez. de 2018.

> que interferem na saúde e nutrição, tais como as condições psicossociais, econômicas, culturais e ambientais; Boas oportunidades para o desenvolvimento pessoal e social no local em que se vive e se trabalha[33].

A segurança alimentar, como observado acima, é um importante mecanismo para a garantia da segurança nutricional, mas não é capaz de dar conta por si só de toda sua dimensão, haja vista que existem outras questões que interferem na prestação do direito social à alimentação, como a agropecuária, a política, as condições climáticas etc., conforme será visto adiante.

3.1.2 Como o direito à alimentação interfere no direito social à educação, a saúde e ao lazer?

Em primeiro lugar, no que diz respeito à educação *versus* alimentação, pesquisas relatam que pessoas (crianças e adultos) desnutridas ou com carência alimentar "apresentam baixa concentração e dificuldade de assimilação"[34], o que compromete o rendimento escolar e estudantil de modo geral.

Conforme cita Andréa Motta, uma pesquisa realizada em Fortaleza e publicada em 2006 "constatou que crianças com dificuldade de atenção, problemas de coordenação

[33] *Ibdem*.

[34] FROTA et ali. **Má alimentação: fator que influencia na aprendizagem de crianças de uma escola pública**. Revista APS**,** v. 12, n.3, p. 278-284, jun. / set 2009 *apud* MOTTA, Andréa. Blog Conversa de Português. Disponível em: https://conversadeportugues.com.br/2014/07/fome-tem-ver-educacao/. Acesso em 06 dez 2018.

motora e comprometimento na aquisição e formulação do conhecimento possuem alimentação insuficiente e inadequada"[35].

Os responsáveis pela pesquisa supracitada relataram os níveis de desnutrição infantil no período de 1996 a 2005 e apontaram os programas de transferência de renda, a exemplo do Programa Bolsa-família[36] instituído no Brasil, como fator de queda de tais níveis.

Por sua vez, no que diz respeito ao direito à saúde *versus* alimentação, pode-se dizer que aquele é o direito social mais fortemente atingindo pela alimentação de boa ou má qualidade. Não se questiona, atualmente, que a alimentação de toda e qualquer pessoa traz reflexos diretos para sua saúde e bem-estar. Alimentar-se com qualidade nutricional é sinônimo de redução de doenças como obesidade, diabetes, pressão alta, entre outros.

Sabe-se que, nos quatro cantos do globo, governantes, voluntários e agentes da área da saúde lutam para trazer melhorias na qualidade da alimentação de sua população. Programas políticos e sociais são instituídos a fim de garantir alimentação de qualidade para as pessoas que não podem alcança-la com facilidade, pensando indiretamente em garantir o direito à saúde.

Um exemplo brasileiro do que se alega, dentre alguns outros (inclusive o Bolsa Família, já citado), é o Programa Fome Zero (PFZ). O objetivo principal desse programa, instituído em 2003, era "garantir o direito humano à alimentação por meio da promoção da

[35] FROTA et ali. **Má alimentação: fator que influencia na aprendizagem de crianças de uma escola pública.** Revista APS, v. 12, n.3, p. 278-284, jun. / set 2009 *apud* MOTTA, Andréa. Blog Conversa de Português. Disponível em: https://conversadeportugues.com.br/2014/07/fome-tem-ver-educacao/. Acesso em 06 dez 2018.

[36] De acordo com a Caixa, o Bolsa Família "É um programa de transferência direta de renda, direcionado às famílias em situação de pobreza e de extrema pobreza em todo o País, de modo que consigam superar a situação de vulnerabilidade e pobreza". Esse programa "busca garantir a essas famílias o direito à alimentação e o acesso à educação e à saúde". Disponível em: <http://www.caixa.gov.br/programas-sociais/bolsa-familia/paginas/default.aspx>. Acesso em 06 de dez de 2018.

Segurança Alimentar, compondo ações e programas articulados pelo Governo Federal com estados, municípios e sociedade civil"[37].

Sem dúvida, pessoas alimentadas com qualidade nutricional têm mais saúde.

Por derradeiro, no que diz respeito ao direito ao lazer *versus* alimentação, não há como se cogitar que uma pessoa com fome ou desnutrida tenha energia armazenada ou condições psicológicas para que possa se divertir. Não há como vislumbrar uma criança ou um adolescente faminto jogando futebol ou pulando amarelinha; não há como se imaginar adultos desnutridos brincando com seus filhos.

Em situações como essas, a busca pelo alimento torna-se preocupação urgente do ser humano, não havendo espaço para pensar em diversão. Lazer sem alimento é algo impensável e impraticável.

Assim sendo, a concretização dos direitos sociais – entre os quais a alimentação, a educação, a saúde e o lazer –, por meio de políticas sociais comprometidas com a intersetorialidade, é fundamental para o exercício da cidadania plena, sendo indispensável para uma vida com dignidade. Até porque, "a falta de acesso aos direitos sociais gera ou acentua disparidades sociais, privando boa parte da população de desfrutar possibilidades que são suas por direito e devem, por isso, estar à disposição da coletividade"[38].

[37] TOMAZINI, Carla Guerra; LEITE, Cristiane Kerches da Silva. **Programa Fome Zero e o paradigma da segurança alimentar: ascensão e queda de uma coalizão?** Rev. Sociol. Polit., Curitiba, v. 24, n. 58, p. 13-30, June 2016. Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-44782016000200013&lng=en&nrm=iso>.
access on 06 Dec. 2018. http://dx.doi.org/10.1590/1678-987316245801.

[38] Gomes; Pinheiro & Lacerda, 2010 *apud* GOMES, Christianne Luce; ISAYAMA, Hélder Ferreira. "**Multiplicidade de olhares sobre o lazer como direito social"** em **O Direito social ao lazer no Brasil**. São Paulo: Autores Associados, 2015. – (Coleção educação física e esportes).

4. A INTER-RELAÇÃO ENTRE MEIO AMBIENTE E DIREITO SOCIAL À ALIMENTAÇÃO

Em razão dessa interdisciplinaridade existente entre meio ambiente e alimentação, no Brasil, visando a proteção da vida humana em seus diversos aspectos, várias leis surgiram com o objetivo de preservar a existência digna e manter a qualidade do meio ambiente para as gerações presentes e futuras, como demandado pela CRFB/88. Assim, surgiram leis regulatórias de extrema importância, como a Lei de Crimes Ambientais (Lei 9.605 de 12 de fevereiro de 1998) e o chamado "Novo Código Florestal" (Lei. 12.651 de 25 de maio de 2012), que infelizmente foi menos protetivo que a legislação que o precedeu (Lei 4.771 de 1965).

A Lei de Crimes Ambientais "dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências"[39]. O Novo Código Florestal, por sua vez, "dispõe sobre a proteção da vegetação nativa"[40], além de alterar diversas leis relacionadas ao meio ambiente e determinar outras providências. Este Código, que tem como objetivo o desenvolvimento sustentável, prevê no inciso II, do parágrafo único, do art. 1-A, o seguinte princípio, de extrema relevância para o tema abordado neste trabalho:

> II - reafirmação da importância da função estratégica da atividade agropecuária e do papel das florestas e demais formas de vegetação nativa na sustentabilidade, no crescimento econômico, na melhoria da qualidade de vida da população brasileira e na presença do País nos mercados nacional e internacional de alimentos e bioenergia;[41]

[39] Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9605.htm>. Acesso em 12 de dez. de 2018.

[40] Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12651.htm>. Acesso em 12 de dez. de 2018.

[41] BRASIL. Lei 12.651 de 2012. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12651.htm. Acesso em 12 de dez de 2018.

A crescente preocupação com a questão ambiental no Brasil e no mundo, por parte de todos os seguimentos da sociedade, como pesquisadores, governantes e a população em geral, "tem levado a uma reavaliação constante das formas de análise e, principalmente, de intervenção do homem no ambiente"[42].

A percepção cada vez maior da ocorrência de desastres ambientais e do comprometimento do meio ambiente no que diz respeito à quantidade e qualidade dos recursos naturais, essenciais para que haja vida no planeta Terra e para que essa vida possa se desenvolver, "tem propiciado maior conscientização dos efeitos da ação humana sobre o meio e uma mudança gradativa na postura dos planejadores e agentes tomadores de decisão"[43].

Medidas reparadoras e, principalmente, medidas preventivas, têm ganhado maior importância na avaliação e instalação de novos empreendimentos e atividades que utilizam recursos naturais em sua produção, sobretudo no que diz respeito aos empreendimentos do ramo alimentício.

Faz-se mister observar, que proteção ambiental não significa ausência completa de impacto do homem na natureza, pois a sociedade precisa dos recursos naturais para se desenvolver. Desse modo, a preservação de tais recursos para as gerações futuras, conforme impõe a CRFB/88, "não pode significar a ausência completa de impacto do homem na natureza"[44], considerando que a geração atual tem carências materiais e necessita gerar

[42] BOTELHO, Rosangela Garrido Machado (coord.); JÚNIOR, Judicael Clevelário (coord.). **Recursos naturais e questões ambientais.** In: FIGUEIREDO, Adma Hamam de. (Org). Brasil: Uma visão geográfica e ambiental no início do século XXI. Rio de Janeiro: IBGE, Coordenação de Geografia, 2016, p. 138.

[43] BOTELHO, Rosangela Garrido Machado (coord.); JÚNIOR, Judicael Clevelário (coord.). **Recursos naturais e questões ambientais.** In: FIGUEIREDO, Adma Hamam de. (Org). Brasil: Uma visão geográfica e ambiental no início do século XXI. Rio de Janeiro: IBGE, Coordenação de Geografia, 2016, p. 138.

[44] CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Constitucionalidade do novo Código Florestal (Lei 12.651/2012).** In: Blog Dizer o Direito**.** Disponível em: <https://www.dizerodireito.com.br/2018/03/constitucionalidade-do-novo-codigo.html>. Acesso em 12 de dez de 2018.

desenvolvimento econômico suficiente para assegurar conforto econômico aos seus descendentes.

Por diversas vezes a mídia brasileira tratou sobre um suposto impasse existente entre meio ambiente e desenvolvimento econômico. Contudo, tal impasse inexiste, havendo soluções para conciliar os temas. A realidade envolve diversas nuances, em especial a justiça intergeracional, e o que ocorre é a demanda por escolhas difíceis, que precisam ser realizadas pelas instâncias democráticas (Parlamento e chefia do Poder Executivo), não podendo tais escolhas serem feitas apenas com base em ideais de juízes, "por mais bem-intencionados que sejam"[45].

4.1 A IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS COMO FORMA DE PROTEÇÃO SOCIAL E AMBIENTAL

Com o passar dos anos, diversas leis surgiram com o propósito de regular a atividade agropecuária no Brasil, prevendo mecanismos para melhor obtenção de resultados nas lavouras e pastos, modos mais eficientes de fiscalização de toda a atividade realizada pelos produtores, assim como, estabelecendo normas de proteção ambiental. Como exemplo, tem-se as leis 8.171 e 8.174, ambas de 1991.

A primeira, Lei 8.171, é a chamada Lei da Política Agrícola[46] que, em seu artigo 1º dispõe:

> Art. 1° Esta lei fixa os fundamentos, define os objetivos e as competências institucionais, prevê os recursos e estabelece as ações e instrumentos da política agrícola, relativamente às atividades agropecuárias, agroindustriais e de planejamento das atividades pesqueira e florestal.

[45] *Ibdem*.
[46] Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8171.htm>. Acesso em 19 de dez. de 2018.

A segunda, por sua vez, Lei 8.174, além de dispor sobre princípios de Política Agrícola, estabelece "atribuições ao Conselho Nacional de Política Agrícola (CNPA), tributação compensatória de produtos agrícolas, amparo ao pequeno produtor e regras de fixação e liberação dos estoques públicos"[47].

As políticas públicas, como conjunto de programas, ações e decisões governamentais, mostram-se de extrema importância para o país, não apenas para a boa desenvoltura da atividade agropecuária, mas também para a implementação de atividades em outros setores, como a saúde e a educação.

Elas são efetivadas nas três esferas de governo (federal, estadual e municipal), e contam com a colaboração, direta ou indireta, "de entes públicos ou privados que visam assegurar determinado direito de cidadania para vários grupos da sociedade ou para determinado segmento social, cultural, étnico ou econômico"[48].

Assim, infere-se que as políticas públicas buscam assegurar e efetivar os direitos fundamentais previstos nas CRFB/88.

Nesse sentido, existem políticas públicas que visam especificamente solucionar problemas regionais, a exemplo da pobreza e da exclusão social, e "apontam para a necessidade de incorporar experiências desenvolvidas em diferentes países e regiões, dentro de situações sociais e políticas específicas dos grupos sociais envolvidos no processo"[49].

As dificuldades a serem sanadas e as garantias a serem implementadas através de políticas públicas precisam ser analisadas de modo multidisciplinar e apreendidas levando-se em conta "uma reflexão de abordagem integrada e examinadas dentro de critérios

[47] Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8174.htm>. Acesso em 19 de dez. de 2018.
[48] ANDRADE, Danilo. **Políticas públicas: o que são e para que existem**. Disponível em: < https://www.politize.com.br/politicas-publicas-o-que-sao/>. Acesso em 19 de dez. de 2018.
[49] DA COSTA, Reginaldo Brito; DE ARRUDA, Eduardo José; SILVA DE OLIVEIRA, Lincoln Carlos. **Sistemas agrossilvipastoris como alternativa sustentável para a agricultura familiar**. Interações (Campo Grande)**,** [S.l.], fev. 2016. ISSN 1984-042X. Disponível em: <http://www.interacoes.ucdb.br/article/view/567/604>. Acesso em: 15 dez. 2018. doi:http://dx.doi.org/10.20435/interacoes.v3i5.567.

pré-estabelecidos, nos quais o conhecimento para exploração sustentável seja disponibilizado"[50], afinal, o desenvolvimento em sua forma sustentável tem sido objeto de necessidade e desejo nas mais diversas atividades realizadas pela sociedade brasileira.

Ainda neste tema, importante destacar que as políticas públicas, sejam elas quais forem, devem estar "em harmonia com outros valores democraticamente eleitos pelos legisladores, como o mercado de trabalho, o desenvolvimento social, o atendimento às necessidades básicas de consumo dos cidadãos etc"[51], devendo ser observadas as diversas nuances que norteiam a vida em sociedade.

A seguir, serão mencionadas duas medidas que, se bem implementadas através das políticas públicas, podem ser eficientes no que diz respeito ao desenvolvimento da agropecuária e da proteção ambiental, concomitantemente.

4.1.1 O controle dos portos e aeroportos: barreira para novas pragas

Em um primeiro momento, importante esclarecer o que são as pragas. Pragas biológicas, como são especificamente chamadas, são frequentemente mencionadas na agricultura para se referir a ácaros, insetos, fungos, bactérias e vegetais, a exemplo das ervas daninhas.

Essa nomenclatura é utilizada para designar organismos que, quando se multiplicam de modo desordenado ou fora de seu habitat natural, causam algum tipo de descontrole no meio ambiente, afetando direta ou indiretamente as lavouras, a sociedade e a economia.

[50] *Ibdem*.
[51] CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Constitucionalidade do novo Código Florestal (Lei 12.651 de 2012).** Em: Blog Dizer o Direito. Disponível em: < https://www.dizerodireito.com.br/2018/03/constitucionalidade-do-novo-codigo.html>. Acesso em 19 de dez. de 2018.

Sobre o tema, complementa Nicholas Vital[52]:

> [...] Não existe, portanto, uma lista do que é considerado praga e o que não é. Uma determinada lagarta pode viver por décadas em um local sem causar qualquer dano ao ecossistema. Essa mesma espécie pode causar grandes estragos em outra área com alimento de sobra e sem predadores naturais. O ambiente é decisivo na maioria dos casos.

Por serem as pragas organismos inespecíficos, torna-se ainda maior a necessidade de controlar a entrada de seres vivos de outras localidades no Brasil, porque muitas vezes não é possível prever as consequências da sua introdução.

Segundo a Organização Mundial do Turismo (OMT), o número de viajantes internacionais tem crescido constantemente[53]. No Brasil, seja através dos portos ou dos aeroportos, milhares de turistas ingressam no país durante todo o ano, trazendo consigo os mais diversos pertences imagináveis.

Com relação aos portos, a chegada de cargas e pessoas pelos mares é constante, sobretudo porque o litoral brasileiro tem grande extensão, necessitando de ampla fiscalização para barragem da entrada de organismos vivos indesejados.

No que diz respeito aos aeroportos, o aumento da utilização do transporte aéreo trouxe como consequência uma maior facilidade no transporte de animais e plantas, que podem percorrer boas distâncias em um curto espaço de tempo, alojados em produtos alimentícios, mudas de plantas, sementes, flores, e outros materiais com potencial propagativo.

As pragas biológicas, conforme Vital, “são organismos vivos que estão há milhões de anos lutando pela sobrevivência em

[52] VITAL, Nicholas. **Agradeça aos agrotóxicos por estar vivo.** 1. ed. Rio de Janeiro: Record 2017, p. 73.
[53] *Idem*, p. 81.

nosso planeta, sempre migrando de um lugar para outro"[54]. Elas não enxergam fronteiras, podendo cruzar oceanos e driblar até mesmo os mais sofisticados mecanismos de defesa agropecuária.

Aí está a importância da implementação de políticas públicas visionárias, que tenham como objetivo o desenvolvimento das atividades exercidas no campo, que visem bloquear a entrada de organismos desconhecidos no Brasil e evitar que novas pragas se desenvolvam e se alastrem nas lavouras brasileiras.

4.1.2 O acompanhamento, o estudo e o aperfeiçoamento dos resultados obtidos através das políticas públicas implementadas

A perfeição deve ser buscada constantemente.

Com a tecnologia existente nos dias atuais, muito pode ser feito. Contudo, a realidade é que dia após dia novas técnicas para melhoramento genético e sanitário são descobertas e aprimoradas em razão do constante avanço tecnológico que o mundo presencia.

O acompanhamento, o estudo e o aperfeiçoamento precisam ser praticados diariamente em prol da constante evolução dos processos produtivos alimentares, bem como, da proteção ambiental.

Torna-se imperiosa a fiscalização no cumprimento das políticas públicas implementadas no país.

De nada adiantaria a instituição de boas e efetivas ações governamentais sem a fiscalização dos produtores rurais, do trabalho desempenhado por eles e da análise dos resultados que têm obtido.

Infelizmente, no Brasil, a norma só é respeitada quando há fiscalização e a imposição de sanções quando do seu

[54] *Idem*, p. 79.

descumprimento. Do contrário, “a lei não pega”, como popularmente se diz.

É preciso que o direito social à alimentação, tendo como base a qualidade nutricional e a proteção ambiental, seja resguardado com urgência, pois a necessidade de alimentar toda a população brasileira com qualidade não pode esperar.

4.2 OS REFLEXOS DA DESTRUIÇÃO AMBIENTAL NO DIREITO SOCIAL À ALIMENTAÇÃO

O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida é um direito fundamental de 3ª dimensão, garantido no Título II da CRFB/88.

Trata-se de direito transindividual, que vai além dos direitos particulares dos indivíduos, estabelecendo a “proteção do gênero humano, com altíssimo teor de humanismo e universalidade”[55]. É nesta seara que a proteção do direito ao meio ambiente se insere, juntamente com a proteção do direito social à alimentação.

Com o surgimento das sociedades de massa e com o crescente e desenfreado avanço tecnológico e científico, “novos problemas e preocupações mundiais surgem, tais como a necessária noção de preservacionismo ambiental e as dificuldades para proteção dos consumidores”[56].

Torna-se imperioso observar, desde já, a grandiosidade da conquista do direito ao meio ambiente íntegro, o que implica em grandes responsabilidades por parte do Poder Público e de toda a sociedade na sua preservação, recuperação e revitalização, pois a sua existência íntegra influencia em todos os direitos sociais, como o

[55] LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 19 ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 1144.
[56] *Ibdem*.

trabalho, o lazer, a educação, a saúde e principalmente a alimentação.

Após essas considerações, passa-se a abordar questões relativas à necessidade da produção de alimentos com qualidade nutricional, bem como, a importância da proteção conjunta do meio ambiente e do agronegócio no Brasil.

4.2.1 A necessidade da produção de alimentos com qualidade nutricional

A consciência da necessidade de proteger a natureza e de garantir alimentação com qualidade nutricional propiciou o surgimento e o desenvolvimento de diversas legislações nos mais diversos países do mundo, muitas vezes confusas e desorganizadas e poucas vezes com relevância constitucional.

Porém, após os crescentes prejuízos advindos da má utilização dos recursos naturais, bem como, catástrofes advindas da desnutrição, as recentes Constituições já incluem em seus textos normas sobre os temas, atribuindo a eles o caráter de direito fundamental da pessoa humana.

Acredita-se, neste trabalho, ser o direito à vida o cerne de todos os demais direitos fundamentais do Homem, razão pela qual a atuação no campo da segurança alimentar e nutricional deve guiar-se por ele.

Ora, não há utilidade em se proteger outros direitos se a humanidade não estiver viva para gozá-los. Se para viver com qualidade a sociedade precisa de um meio ambiente sadio e equilibrado e de alimentação de qualidade, nada mais evidente do que a urgente necessidade do desenvolvimento sustentável da agropecuária.

Nada pode ser mais importante que o direito à vida, sendo este diretamente afetado pelo direito social à alimentação. É por intermédio da boa alimentação e da proteção do meio ambiente que se está efetivamente ajudando a proteger a vida.

4.2.2 Preservação ambiental e agropecuária: a mina de ouro brasileira

O desenvolvimento econômico no Brasil acontece, invariavelmente, com o desmatamento, que é realizado em prol da implementação de atividades como a agropecuária.

Vigorou no país, durante muito tempo, a ideia de que era plausível que se transformasse o patrimônio natural em mercadoria em prol da economia e de seu desenvolvimento. Mesmo que alguns estudiosos incansavelmente mencionassem o enorme valor da biodiversidade brasileira, ela ainda era desnecessariamente destruída para que a atividade de plantio e criação de animais fosse realizada.

Atualmente, com o desenvolvimento tecnológico e científico dos meios de produção brasileiros, e com maior consciência por parte da sociedade acerca da importância de se preservar a natureza, pôde-se notar, senão um decréscimo nos níveis de degradação ambiental, ao menos a sua estabilização.

Diz-se que tanto a preservação ambiental quanto a agropecuária são a mina de ouro brasileira em razão das condições territoriais do país.

Rico e vasto por natureza, tem o Brasil enorme capacidade produtora e exportadora, que vai além da agropecuária, abrangendo também a exploração de produtos naturais provenientes das florestas do país, o extrativismo vegetal. Remédios, essências e outros materiais orgânicos podem ser retirados, com consciência e sustentabilidade, da selva brasileira.

Importante lembrar que, a exploração predatória e ilegal coloca em risco de extinção várias espécies vegetais e animais. Não é disso que se está a falar, e sim da exploração da natureza de maneira correta, impedindo que os recursos se esgotem e comprometam a humanidade do tempo presente e de gerações futuras.

A ocupação das mais diversas regiões do território brasileiro precisa ser feita de forma organizada e, principalmente, precisa ter como base diferentes formas de extrativismo, levando em consideração o uso adequado e moderado da biodiversidade para a produção de melhores alimentos, tanto no que diz respeito aos vegetais como em relação à carne.

É necessário que a sociedade brasileira tenha em mente que uma floresta em pé, viva e com o seu ecossistema equilibrado, pode coexistir com a agropecuária planejada, em que ambos produzam em harmonia bons alimentos e outros produtos naturais. É preciso que a população de modo geral esteja consciente de que os recursos naturais dos quais depende para sobreviver são finitos e que, após se esgotarem, não haverá muito o que fazer.

Saúde alimentar e saúde ambiental devem, e podem, caminhar lado a lado em direção ao futuro de uma nação rica, bem alimentada e com seu patrimônio natural preservado.

CONCLUSÃO

Após todo o exposto neste trabalho, foi possível verificar que o péssimo hábito de uso desenfreado dos recursos ambientais naturais, bem como as falhas na implementação e fiscalização de políticas públicas, praticados cotidianamente no Brasil, refletem na adequada implementação do direito social à alimentação, que deve ser propiciado com a garantia da qualidade nutricional dos alimentos oferecidos às famílias brasileiras.

A deterioração ambiental nos seus mais variados aspectos ocorre desde os séculos passados, sem que tivessem sido avaliadas as consequências das atitudes do ser humano ante o meio ambiente e seus reflexos na alimentação, daí porque desde os últimos anos, em razão de tantos danos provocados à saúde da natureza e do ser humano, o tema tem se tornado cada vez mais frequente na vida da população brasileira.

Em razão da dependência de alimentos por parte de toda e qualquer forma de vida existente no planeta Terra e, consequentemente, da dependência de um meio ambiente sadio, mostra-se tão necessário o debate sobre o assunto apresentado, uma vez que todos têm o direito assegurado pela Constituição Federal de 1988 a uma alimentação de qualidade e a viver em um meio ambiente ecologicamente equilibrado, sendo que aquele direito só se mostra possível quando este também é protegido e regulado.

Nesse contexto, o principal objetivo da proteção ambiental é a perpetuação de um ecossistema sadio e ecologicamente equilibrado, para satisfazer as necessidades básicas das gerações atuais e futuras, conforme protegido na Constituição de 1988. O direito à alimentação é uma dessas necessidas básicas e por este motivo, todos aqueles que de algum modom interfiram no meio ambiente, seja de forma direta ou indireta, devem ser responsabilizados, pois interferem também no direito social à alimentação.

O avanço do ordenamento constitucional é imprescindível na luta pela preservação ambiental e pela preservação do direito social à alimentação. Quando a CRFB/88 previu a alimentação como direito social, a população brasileira passou a atentar mais para a realidade da fome e da desnutrição no país, trazendo à tona debates sobre o tema da alimentação de qualidade e a ideia de que é preciso preservar a natureza para que todos possam viver em um meio ambiente sadio e seguro, que produza alimentos com qualidade nutricional e que cheguem às mesas das famílias brasileiras sem contaminação.

A importância da proteção ambiental e do direito social à alimentação é tão séria e urgente, que os esforços para efetivá-las

estão surgindos em diversas áreas do Direito. Além disso, a proteção do meio ambiente e da alimentação é visada nos mais diversos setores de pesquisa e atuação de outras áreas do conhecimento, a exemplo da biologia, da medicina e da nutrição.

Por todo o exposto, afirma-se que não há como pensar na garantia do direito social à alimentação sem que haja um meio ambiente sadio a propiciá-lo. Ao se pretender ignorar e dar continuidade aos danos ambientais, por acreditar-se serem insignificantes, há risco de que toda a população brasileira, presente e futura, sofra as consequências ambientais e alimentares desse dano.

O direito social à alimentação e o direito ao meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado são constitucionalmente garantidos a cada indivíduo situado no Brasil, não podendo ser lesionados por quem quer que seja. A dignidade humana, garantida a todos, é também atingida quando falta alimentos à sociedade brasileira.

A displicência governamental com relação à proteção do meio ambiente implica desperdício de anos de pesquisa e vai de encontro a todos os esforços mundiais de combate à fome e à desnutrição. Ela contraria todos os esforços de planejamento, regulação e controle do uso dos recursos básicos naturais, bem como, desprestigia todas as formas de preservação e recuperação desses recursos.

Dessarte, diante de tudo o que foi exposto, conclui-se pela direta relação existente entre a qualidade nutricional e a qualidade ambiental, pois todo alimento é produzido a partir dos recursos naturais básicos oferecidos pelo meio ambiente, bem como, tem-se como inadmissível a prática de atos que degradem o meio ambiente porque, de forma cristalina, acarretam a inadequada prestação do direito social à alimentação.

REFERENCIAS

ABRAMOVAY, Ricardo. Muito além da economia verde. São Paulo: Ed. Abril, 2012.

ANTUNES, Paulo de Bessa. Direito ambiental. 15 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 25 ed. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

BOTELHO, Rosangela Garrido Machado (coord.); JÚNIOR, Judicael Clevelário (coord.). Recursos naturais e questões ambientais. In: FIGUEIREDO, Adma Hamam de. (Org). Brasil: Uma visão geográfica e ambiental no início do século XXI. Rio de Janeiro: IBGE, Coordenação de Geografia, 2016.

BÓZI, Estanislau Tallón. Direito à alimentação. Mestrado em Direitos e Garantias Constitucionais Fundamentais FDV, Vitória, 2005. Disponível em: http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp075461.pdf.

BRASIL, Walterlina et al (Org.). Desenvolvimento Regional e Meio Ambiente em Rondônia. Porto Velho: Edufro, 2007.

CARVALHO, Edson Ferreira de. Meio Ambiente e Direitos Humanos. Curitiba: Jaruá, 2008.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. Curso de Direito Ambiental Brasileiro. 7 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2006.

FREITAS, Vladmir Passos de; FREITAS, Gilberto Passos de. Crimes contra a natureza. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

GIEHL, Germano. Os princípios gerais de direito ambiental. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5083.

GOMES, Christianne Luce; ISAYAMA, Hélder Ferreira. “Multiplicidade de olhares sobre o lazer como direito social” em O Direito social ao lazer no

Brasil. São Paulo: Autores Associados, 2015. – (Coleção educação física e esportes).

LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 19 ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

MACIEL, Érika da Silva. A importância do Lazer Ativo e da Alimentação Equilibrada para os Escolares. Disponível em: https://www.fef.unicamp.br/fef/sites/uploads/deafa/qvaf/escolares_cap8.pdf.

MILARÉ, Édis. Direito do Ambiente. 8 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. Direito Constitucional Descomplicado. 6 ed. São Paulo: MÉTODO, 2010.

SILVA, José Afonso. Direito Ambiental Constitucional. 6 ed., atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

SILVA, Ricson Moreira Coelho da. Os direitos sociais e o problema de sua exigibilidade. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 13 jul. 2017. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?colunas&colunista=73955_&ver=2703>.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. Tutela penal do ambiente. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho. 2. ed., 2. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

TELES, Janaína de Almeida. Memórias dos cárceres da ditadura: os testemunhos e as lutas dos presos políticos no Brasil. 2011. Tese (Doutorado em História Social) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. Doi: 10.11606/T.8.2017.tde-31012017-140247.

TELLES, Vera. “Direitos sociais: afinal do que se trata?”, p.67. Em “Muitos Lugares para Aprender”/ Centro de Estudos e Pesquisas em Educação, Cultura e Ação Comunitária - CENPEC – São Paulo; CENPEC / Fundação Itaú Social / Unicef , 2003.

THOMÉ, Romeu; BARROS, Guilherme Freire de Melo; GARCIA, Leonardo de Medeiros. Direitos Difusos: Ambiental, ECA, Consumidor. 12. ed. Bahia: Juspodivm, 2012.

VALVERDE, O. Estudos de geografia agrária brasileira. Petrópolis: Vozes, 1985. Apud Evolução do espaço rural brasileiro. In: FIGUEIREDO, Adma Hamam de. (org). Brasil: Uma visão geográfica e ambiental no início do século XXI. Rio de Janeiro: IBGE, Coordenação de Geografia, 2016.

VIANNA, José Ricardo Alvarez. O Direito Ambiental e o princípio do desenvolvimento sustentável. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 7, n. 57, 1 jul. 2002. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/2974>.

VITAL, Nicholas. Agradeça aos agrotóxicos por estar vivo. 1. ed. Rio de Janeiro: Record 2017.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>.

BRASIL. Princípio da Precaução. In: Ministério do Meio Ambiente. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/clima/convencao-das-nacoes-unidas/acordo-de-paris>

BRASIL. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. Direito à alimentação adequada. – Brasília: Coordenação Geral de Educação em SDH/PR, Direitos Humanos, Secretaria Nacional de Promoção e Defesa dos Direitos Humanos, 2013. Disponível em: http://unesdoc.unesco.org/images/0022/002254/225425POR.pdf.

ONU. Declaração de Estocolmo de 1972. Disponível em: <www.mma.gov.br/estruturas/agenda21/_arquivos/estocolmo.doc>.

ONU. Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. Disponível em: < http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf >.

REMIÇÃO DE PENA AO REEDUCANDO APROVADO NO ENEM QUE JÁ HAVIA CONCLUÍDO O ENSINO MÉDIO ANTES DE INGRESSAR NO SISTEMA PRISIONAL

PENALTY REMITTANCE TO REEDUCATING STUDENTS APPROVED IN ENEM WHO HAD ALREADY COMPLETED HIGH SCHOOL EDUCATION BEFORE ENTERING THE PRISONAL SYSTEM

Antônio Rogério de Almeida Crispim[57]

RESUMO

Utilizando-se da metodologia de pesquisa exploratória, este trabalho, "**remição de pena ao reeducando aprovado no ENEM que já havia concluído o ensino médio antes de ingressar no sistema prisional**", visa como objetivo geral analisar legislação, doutrinas e jurisprudência quanto à concessão da remição de pena por aprovação no ENEM ao reeducando que já havia concluído o ensino médio antes de ingressar no sistema prisional.

Remição é o desconto de parte do tempo de execução da pena, em regra pela realização de trabalho ou estudo, previsão contida no art. 126 da Lei de Execuções Penais (Lei nº 7.210/84).

A remição por estudo foi legalmente prevista com o advento da Lei n. 12.433/2011, importa destacar que antes de seu reconhecimento legal já era admitida pela jurisprudência brasileira (Recurso Especial 595.858/SP). Ademais, o Enunciado 341 da Súmula do STJ já previa que a frequência a curso de ensino formal

[57] Artigo de autoria exclusiva do autor.

era causa de remição de parte do tempo de execução de pena sob regime fechado ou semiaberto.

A contagem de tempo para fins de remição por estudo é de 1 dia de pena a cada 12 horas de frequência escolar (atividade de ensino fundamental, médio, inclusive profissionalizante, superior – que deve abranger cursos de pós-graduação, ou também de requalificação profissional). As horas de estudo podem ser desenvolvidas de forma presencial ou por metodologia de ensino a distância.

O tempo a remir em função das horas de estudo será acrescido de um terço no caso de conclusão do ensino fundamental, médio ou superior durante o cumprimento da pena, desde que certificada pelo órgão competente do sistema de educação (art. 126, § 5º).

O Conselho Nacional de Justiça, por meio da Recomendação nº 44/2013, realizou uma interpretação extensiva do art. 126 da LEP. A Recomendação foi revogada pela Resolução nº 391/2021, também do CNJ, que trouxe regra semelhante no seu art. 3º, parágrafo único.

A finalidade perquirida pelo Conselho Nacional de Justiça foi o de beneficiar o indivíduo que é autodidata como o direito a remição. Para isso, ele deverá comprovar que sabe o conteúdo sendo aprovado em exames nacionais.

Ora, na hipótese de realização do ENEM por quem já possui o diploma de conclusão do ensino médio, seja com lastro no art. 126 da LEP, ou na Resolução n. 391, de 10/5/2021, do CNJ, o Superior Tribunal de Justiça decidiu se mostrar indevida a remição de pena porque não houve estudo autodidata das 1.200h do nível de escolaridade durante os regimes semiaberto e fechado. O estudo foi feito antes e somente a prova foi realizada durante o cumprimento da pena. (REsp n. 1.913.757/SP, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 7/2/2023, DJe de 16/2/2023.)

Acontece que a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça mudou de entendimento ao afirmar que o direito à remição

deve ser aplicado independentemente de o apenado ter concluído o ensino médio em momento anterior, uma vez que a aprovação no exame demandaria estudos por conta própria, mesmo para aqueles que, fora do ambiente carcerário, já possuíssem o referido grau de ensino, impedindo "apenas o acréscimo de 1/3 (um terço), conforme inteligência do art. 126 da LEP e a Recomendação n. 44/2013 do CNJ" (AgRg no HC n. 768.530/SP, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 6/3/2023, DJe de 9/3/2023.)

Porém, o tema não está pacificado, pois ainda falta aguardar o entendimento da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça e mesmo após o julgado acima, a própria Sexta Turma já decidiu em sentido contrário (AgRg no RHC n. 169.075/SC, relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT), Sexta Turma, julgado em 13/3/2023, DJe de 16/3/2023.)

Não deve ser esquecido que a remição deve ser encarada, como autêntico direito do condenado e dever do Estado.

Aliás, a educação é direito sociai (art. 6º da CF) e a remição é instituto concebido para o benefício das pessoas presas, sua interpretação, aplicação e extensão devem ser as mais amplas possíveis, inclusive com a admissão da analogia *in bonam partem*.

Ainda, do ponto de vista político-criminal, a educação é um "elemento irrenunciável" de qualquer suposto tratamento e representa uma intervenção dirigida aos interesses humanos, culturais e profissionais do preso (MARCHETTI. El tratamiento penitenciario: el trabajo en la función reeducativa. In: ARROYO ZAPATERO; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE. Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos, p. 393).

Assiste razão à decisão do AgRg no RHC n. 169.075/SC, julgado em 6/3/2023. Essa decisão é a que mais se aproxima dos fundamentos constitucionais da dignidade da pessoa humana, e que o direito à remição deve ser aplicado independentemente de o apenado ter concluído o ensino médio em momento anterior, uma vez que a aprovação no exame demandaria estudos por conta própria, mesmo para aqueles que, fora do ambiente carcerário, já possuíssem

o referido grau de ensino, logo, impediria apenas o acréscimo de 1/3 (um terço).

PALAVRAS-CHAVE: Remição penal. Aprovação no ENEM. Reeducando. Conclusão do ensino médio. Antes. Sistema prisional.

REMIÇÃO DE PENA AO REEDUCANDO APROVADO NO ENEM QUE JÁ HAVIA CONCLUÍDO O ENSINO MÉDIO ANTES DE INGRESSAR NO SISTEMA PRISIONAL

O art. 126 da Lei nº 7.210/84 estabelece:

> Art. 126. O condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, por trabalho ou por estudo, parte do tempo de execução da pena.

A princípio, remição é o desconto de parte do tempo de execução da pena, geralmente pela realização de trabalho ou estudo. Ora, aplica-se não apenas às pessoas já condenadas, e ainda às hipóteses de prisão cautelar (art. 126, § 7º). Cabe pontuar que o instituto da remição tem origem em 1937 no Direito Penal Militar da guerra civil da Espanha, sendo estabelecido por decreto para os prisioneiros de guerra e os condenados por crimes especiais.

Por tais motivos, o tempo remido é considerado como pena cumprida, para todos os efeitos, nos termos do art. 128 da Lei nº 7.210/84.

Cumpre enfatizar, que a remição por estudo foi surgiu com o advento da Lei n. 12.433/2011, porém antes mesmo de seu reconhecimento legal já era admitida pela jurisprudência do Superior

Tribunal de Justiça[58]. Aliás, a Súmula n° 341[59] do STJ já previa que a frequência a curso de ensino formal era causa de remição de parte do tempo de execução de pena sob regime fechado ou semiaberto.

Convém ressaltar que, anteriormente da edição da Súmula 341 do STJ, o estado do Paraná, por meio da Portaria n. 5/96 da 2ª Vara de Execuções Penais de Curitiba, encontrou um meio de conceder a remição pelo estudo, classificando-a como recompensa, permitindo a diminuição de um dia de pena a cada 18 horas-aula, desde que o preso conjuntamente estivesse exercendo o trabalho (KUEHNE. Execução no estado do Paraná, p. 97).

A propósito, nos termos do art. 126, §8°, a remição é declarada pelo Juiz da execução, ouvidos o Ministério Público e a defesa, sendo necessário a entrega ao condenado a relação de seus dias remidos (art. 129, § 2º). A remição é declarada, o que afirma que o direito surge em momento anterior, quando do comparecimento ao curso, cabendo à autoridade judiciária regular os novos termos da execução. Assim, não gera mera expectativa de direito, a remição deve ser vista, no âmago, como inconstestável direito do condenado e dever do Estado.

Vale lembrar, o trabalho e a educação são direitos sociais (art. 6º da CF) e que a remição é instituto concebido para beneficiar os encarcerados, sua interpretação, aplicação e extensão devem ser as mais amplas possíveis, inclusive com o reconhecimento do instituto da analogia *in bonam partem*.

Em verdade, sob a ótica da política-criminal, a educação é um “elemento irrenunciável” de qualquer suposto tratamento e representa uma intervenção dirigida aos interesses humanos, culturais e profissionais do preso (MARCHETTI. El tratamiento penitenciario: el trabajo en la función reeducativa. In: ARROYO ZAPATERO; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE. Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos, p. 393).

[58] Recurso Especial 595.858/SP

[59] “a frequência a curso de ensino formal é causa de remição de parte do tempo de execução de pena sob regime fechado ou semiaberto”

A remição por estudo é de 1 dia de pena para cada 12 horas de frequência escolar (atividade de ensino fundamental, médio, inclusive profissionalizante, superior – que deve abranger cursos de pós-graduação, ou ainda de requalificação profissional). Podendo ser presencialmente ou por meio de ensino à distância:

> § 1º A contagem de tempo referida no caput será feita à razão de:
> I - 1 (um) dia de pena a cada 12 (doze) horas de frequência escolar - atividade de ensino fundamental, médio, inclusive profissionalizante, ou superior, ou ainda de requalificação profissional - divididas, no mínimo, em 3 (três) dias:

Ora, na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça o art. 126 da Lei n. 7.210/84, não exige frequência mínima obrigatória no curso e nem aproveitamento escolar satisfatório (STJ, AgRg no REsp 1453257/MS, 5ª T. Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, j. 2-6-2016, DJe 10-06-2016).

A propósito, o condenado autorizado a estudar fora do estabelecimento penal é obrigado a comprovar mensalmente, por meio de declaração da respectiva unidade de ensino, a frequência e o aproveitamento escolar (art. 129, § 1º).

Assinale, ainda, que o art. 126, § 5º, estatui que o tempo a remir em função das horas de estudo será acrescido de um terço no caso de conclusão do ensino fundamental, médio ou superior durante o cumprimento da pena, desde que certificada pelo órgão competente do sistema de educação.

O Conselho Nacional de Justiça, por meio da Recomendação nº 44/2013, realizou uma interpretação extensiva do art. 126 da LEP. A Recomendação dizia que: se o apenado não estivesse vinculado a atividades regulares de ensino no interior do estabelecimento penal (ele estava estudando por conta própria);

mesmo assim ele poderia fazer o Encceja ou o Enem; e, se fosse aprovado, teria direito à remição[60].

> Art. 1º Recomendar aos Tribunais que:
>
> (...)
>
> IV - na hipótese de o apenado não estar, circunstancialmente, vinculado a atividades regulares de ensino no interior do estabelecimento penal e realizar estudos por conta própria, ou com simples acompanhamento pedagógico, logrando, com isso, obter aprovação nos exames nacionais que certificam a conclusão do ensino fundamental Exame Nacional para Certificação de Competências de Jovens e Adultos (ENCCEJA) ou médio Exame Nacional do Ensino Médio(ENEM), a fim de se dar plena aplicação ao disposto no § 5º do art. 126 da LEP (Lei n. 7.210/84), considerar, como base de cálculo para fins de cômputo das horas, visando à remição da pena pelo estudo, 50% (cinquenta por cento) da carga horária definida legalmente para cada nível de ensino [fundamental ou médio - art. 4º, incisos II, III e seu parágrafo único, todos da Resolução n. 03/2010, do CNE], isto é, 1600 (mil e seiscentas) horas para os anos finais do ensino fundamental e 1200 (mil e duzentas) horas para o ensino médio ou educação profissional técnica de nível médio;

Impede observar que a Recomendação foi revogada pela Resolução nº 391/2021 do CNJ, que trazendo semelhante disposição no seu art. 3º, parágrafo único:

> Art. 3º (...)
>
> Parágrafo único. Em caso de a pessoa privada de liberdade não estar vinculada a atividades regulares de ensino no interior da unidade e realizar estudos por conta

[60] CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Não é cabível a remição penal por aprovação no ENEM ao reeducando que já havia concluído o ensino médio antes de ingressar no sistema prisional**. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/cb1d78edc3b427d8f919a169d6931636>. Acesso em: 05/05/2023

> própria, ou com acompanhamento pedagógico não-escolar, logrando, com isso, obter aprovação nos exames que certificam a conclusão do ensino fundamental ou médio (Encceja ou outros) e aprovação no Exame Nacional do Ensino Médio - Enem, será considerada como base de cálculo para fins de cômputo das horas visando à remição da pena 50% (cinquenta por cento) da carga horária definida legalmente para cada nível de ensino, fundamental ou médio, no montante de 1.600 (mil e seiscentas) horas para os anos finais do ensino fundamental e 1.200 (mil e duzentas) horas para o ensino médio ou educação profissional técnica de nível médio, conforme o art. 4º da Resolução no 03/2010 do Conselho Nacional de Educação, acrescida de 1/3 (um terço) por conclusão de nível de educação, a fim de se dar plena aplicação ao disposto no art. 126, § 5º, da LEP.

A finalidade do Conselho Nacional de Justiça foi o de beneficiar o indivíduo que é autodidata. Para isso, no entanto, ele deverá comprovar que sabe o conteúdo sendo aprovado em exames nacionais.

Indubitável é que o ENEM desde 2017 não mais assevera a conclusão do ensino médio (não é um "supletivo"), sendo somente um instrumento para ingresso no ensino superior.

Insta acentuar, ainda, que à época da Recomendação nº 44 de 26/11/2013, do CNJ, a Portaria MEC nº 807, de 18/6/2010, havia instituído o Enem. Conforme a Portaria Normativa nº 10/2012, do Ministério da Educação:

> Art. 1º A certificação de conclusão do ensino médio ou declaração de proficiência destina-se aos maiores de 18 anos que não concluíram o Ensino Médio em idade apropriada, inclusive às pessoas privadas de liberdade e que estão fora do sistema escolar regular.

É bem verdade que atualmente, apenas o Exame Nacional para Certificação de Competências de Jovens e Adultos (Encceja) declara a proficiência dos candidatos dos ensinos fundamental e

médio que não obtiveram o certificado nos níveis de escolaridade avaliados. Nesse sentido o art. 37, da Seção V, da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB), Lei nº 9.394/96.

Portanto, apenas o fato de a pessoa ter sido aprovada no Enem não significa conclusão do ensino médio, como ocorre com a aprovação no Encceja.

Frise, por oportuno, que a Resolução nº 391 do CNJ não pautou a realização do ENEM ou ENCEJJA como caso de abatimento da pena, mas apenas como meio de avaliação e certificação do aprendizado por esforço do próprio preso.

Logo, se o ensino médio não foi cursado durante os regimes fechado ou semiaberto, não é cabível a remição penal por aprovação no ENEM ao reeducando que concluiu antes de ingressar no sistema prisional, pois o aprendizado para conclusão da educação básica ocorre apenas uma vez.

Por essa razão o acréscimo de saber ocorre uma vez. Os estudantes concluem o ensino infantil, fundamental e o médio. Para quem já tem o diploma, a opção é ingressar na educação superior e não refazer a educação básica. Os ciclos de aprendizagem são constantes progressos.

Assim, na hipótese de realização do ENEM por quem já possui o diploma de conclusão do ensino médio, seja com lastro no art. 126 da LEP, ou na Resolução n. 391, de 10/5/2021, do CNJ, se mostra indevida a remição de pena porque não houve estudo autodidata das 1.200h do nível de escolaridade durante os regimes semiaberto e fechado. O estudo foi feito antes e somente a prova foi realizada durante o cumprimento da pena[61].

[61] CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Não é cabível a remição penal por aprovação no ENEM ao reeducando que já havia concluído o ensino médio antes de ingressar no sistema prisional**. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/cb1d78edc3b427d8f919a169d6931636>. Acesso em: 05/05/2023

Nesse sentido a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça julgou em 07/02/2023:

> RECURSO ESPECIAL. REMIÇÃO. CONCLUSÃO DO ENSINO MÉDIO ANTES DO INGRESSO NA PRISÃO. REALIZAÇÃO DO ENEM POR CANDIDATO QUE JÁ POSSUÍA O DIPLOMA DO NÍVEL DE ESCOLARIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE REMIÇÃO PENAL. INEXISTÊNCIA DE ESTUDO AUTODIDATA DA EDUCAÇÃO BÁSICA DURANTE OS REGIMES FECHADO E SEMIABERTO. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E NÃO PROVIDO.
> 1. O condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, por trabalho ou por estudo, parte do tempo de execução da pena. Na última hipótese, o cálculo do benefício será feito à razão de
>
> 1 dia de pena a cada 12 horas de frequência escolar.
>
> 2. A Recomendação n. 44/2013, do CNJ, prestigiou a interpretação extensiva do art. 126 da LEP, de modo a premiar o estudo autodidata da educação básica, se comprovado por aprovação em exames nacionais.
>
> 3. Em relação ao Enem, hoje substituído pelo Encejja, a certificação dos conhecimentos do ensino médio destinava-se somente aos canditados que estavam fora do sistema escolar e ainda não possuíam o diploma do nível de escolaridade.
>
> 4. A Resolução n. 391/2021, do CNJ não estabeleceu a mera realização de provas ou de vestibular como novo fato gerador da remição. A normativa apenas dispôs que, "em caso de a pessoa privada de liberdade [...] realizar estudos por conta própria, [...] logrando, com isso, obter aprovação nos exames que certificam a conclusão do ensino fundamental ou médio [...], será considerada como base de cálculo [...] visando à remição [...] 1.600 (mil e seiscentas) horas para os anos finais do ensino fundamental e 1.200 (mil e duzentas) horas para o ensino médio ou educação profissional técnica de nível médio".
>
> 5. Por isso, não é cabível a remição penal por aprovação no Enem ao reeducando que concluiu o ensino médio antes de ingressar no sistema prisional, pois o aprendizado para conclusão da educação básica ocorre

> apenas uma vez e diploma oficial atesta que não foi desenvolvido durante os regimes fechado ou semiaberto.
>
> 6. No caso concreto, não se verifica a violação do art. 126 da LEP, pois, "tendo o apenado concluído o ensino médio [...] antes do início do cumprimento da pena, incabível a remição penal por aprovação no Exame Nacional do Ensino Médio (ENEM)" (AgRg no AREsp n. 2.083.985/SP, relator Ministro Ribeiro Dantas, 5ª T., DJe de 10/8/2022).
>
> 7. Recurso especial conhecido e não provido. (REsp n. 1.913.757/SP, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 7/2/2023, DJe de 16/2/2023.)

Acontece que a própria Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça mudou de entendimento em 06/03/2023, senão vejamos:

> AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. REMIÇÃO. APROVAÇÃO ENEM. CONCLUSÃO DO ENSINO MÉDIO ANTES DO ENCARCERAMENTO. ACRÉSCIMO DE 1/3 AFASTADO.
>
> 1. "É cabível a remição pela aprovação no Exame Nacional do Ensino Médio - ENEM ainda que o Apenado já tenha concluído o ensino médio anteriormente, pois a aprovação no exame demanda estudos por conta própria mesmo para aqueles que, fora do ambiente carcerário, já possuem o referido grau de ensino" (REsp n. 1854391/DF, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 22/9/2020, DJe 6/10/2020), ressalvado o acréscimo de 1/3 (um terço) com fundamento no art. 126, § 5º, da Lei de Execução Penal.
>
> 2. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no HC n. 768.530/SP, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 6/3/2023, DJe de 9/3/2023.)

Conforme o entendimento adotado no julgado acima, o direito à remição deve ser aplicado independentemente de o apenado

ter concluído o ensino médio em momento anterior, uma vez que a aprovação no exame demandaria estudos por conta própria, mesmo para aqueles que, fora do ambiente carcerário, já possuíssem o referido grau de ensino.

O fato de o reeducando já haver concluído o ensino médio antes do início da execução da pena, segundo o STJ impede “apenas o acréscimo de 1/3 (um terço) no tempo a remir em função da conclusão da etapa de ensino, afastando-se a incidência do art. 126, § 5º, da Lei de Execução Penal” (REsp 1.854.391/DF, Rel. Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, DJe 6/10/2020).

A aprovação no ENEM, a despeito de “não mais ocasionar a conclusão do ensino médio, configura aproveitamento dos estudos realizados durante a execução da pena, conforme dispõem o art. 126 da LEP e a Recomendação n. 44/2013 do CNJ” (AgRg no HC 629.666/SC, Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe 11/2/2021).

É de ser relevado que o assunto não está pacificado, pois ainda falta o posicionamento da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, e a propósito, após o julgado acima comentado, a própria Sexta Turma decidiu em sentido contrário em 13/03/2023:

> AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM HABEAS CORPUS. REMIÇÃO DA PENA. APROVAÇÃO NO ENEM ANTES DO ÍNICIO DA EXECUÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.
>
> 1. Não é possível a remição da pena pela certificação no Exame Nacional de Ensino Médio quando o reeducando concluiu essa etapa educacional antes da execução penal.
>
> 2. Agravo improvido.
>
> (AgRg no RHC n. 169.075/SC, relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT), Sexta Turma, julgado em 13/3/2023, DJe de 16/3/2023.)

Conforme anteriormente articulado, a remição deve ser encarada como autêntico direito do condenado e dever do Estado.

Aliás, a educação é direito sociai (art. 6º da CF) e a remição é instituto concebido para o benefício das pessoas presas, sua interpretação, aplicação e extensão devem ser as mais amplas possíveis, inclusive com a admissão da analogia *in bonam partem*.

Portanto, assiste razão à decisão do AgRg no RHC n. 169.075/SC, julgado em 6/3/2023. Essa decisão é a que mais se aproxima dos fundamentos constitucionais da dignidade da pessoa humana, e que o direito à remição deve ser aplicado independentemente de o apenado ter concluído o ensino médio em momento anterior, uma vez que a aprovação no exame demandaria estudos por conta própria, mesmo para aqueles que, fora do ambiente carcerário, já possuíssem o referido grau de ensino, logo, vedaria apenas o acréscimo de 1/3 (um terço).

A par disso, a conclusão do ensino fundamental, médio ou superior durante o cumprimento da pena é requisito apenas para o acréscimo de 1/3 de remição, não para o deferimento em si da remição (nesse sentido, STJ, AgRg REsp 1673847/SC, 5ª T. Rel. Min. Ribeiro Dantas, j. 18-09-2018, DJe 26-9-2018). Logo, por falta de previsão legal, o deferimento da remição não pode ser vedado à pessoa presa que realiza estudos durante a execução da pena, tenha ela já colado grau em curso de nível superior ou não.

REFERÊNCIAS

ARROYO ZAPATERO; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE. Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. Espanha: Ediciones Universidad de Salamanca, 2001.

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Disponível em:

<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 30 de março de 2023.

BRASIL, **Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9394.htm> Acesso em: 11 de maio de 2023.

BRASIL, **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984.** Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm> Acesso em: 11 de maio de 2023.

BRASIL, **Lei nº 12.433, de 29 de junho de 2011.** Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12433.htm> Acesso em: 11 de maio de 2023.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Recomendação n° 44, de 26 de novembro de 2013. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/1907> Acesso em: 11 de maio de 2023.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução n° 391, de 10 de maio de 2021. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3918> Acesso em: 11 de maio de 2023.

BRASIL. MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. Portaria n° 807, de 18 de junho de 2010. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=6206-port-2010-807&Itemid=30192> Acesso em: 11 de maio de 2023.

BRASIL. MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. Portaria Normativa n° 10, de 23 de maio de 2012. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=6206-port-2010-807&Itemid=30192> Acesso em: 11 de maio de 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n° 341. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-

sumulas-2012_29_capSumula341.pdf>. Acesso em: 11 de maio de 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1453257/MS, 5ª T. Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, j. 2-6-2016, DJe 10-06-2016. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/862213032 >. Acesso em: 11 de maio de 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 1.913.757/SP, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 7/2/2023, DJe de 16/2/2023. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202003454855&dt_publicacao=16/02/2023>. Acesso em: 11 de maio de 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no HC n. 768.530/SP, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 6/3/2023, DJe de 9/3/2023. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%28%28AGRHC.clas.+ou+%22AgRg+no+HC%22.clap.%29+e+%40num%3D%22768530%22%29+ou+%28%28AGRHC+ou+%22AgRg+no+HC%22%29+adj+%22768530%22%29.suce.>. Acesso em: 11 de maio de 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.854.391/DF, Rel. Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, DJe 6/10/2020. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27RESP%27.clas.+e+@num=%271854391%27)+ou+(%27REsp%27+adj+%271854391%27).suce.)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja>. Acesso em: 11 de maio de 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no HC 629.666/SC, Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe 11/2/2021. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27AGRHC%27.clas.+e+@num=%27629666%27)+ou+(%27AgRg%20no%20HC%27+adj+%27629666%27).suce.)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja>. Acesso em: 11 de maio de 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no RHC n. 169.075/SC, relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT), Sexta Turma, julgado em 13/3/2023, DJe de 16/3/2023. Disponível em: <https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/83e8fe6279ad25f15b23c6298c6a3584>. Acesso em: 11 de maio de 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg REsp 1673847/SC, 5ª T. Rel. Min. Ribeiro Dantas, j. 18-09-2018, DJe 26-9-2018. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/860235925>. Acesso em: 11 de maio de 2023.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Não é cabível a remição penal por aprovação no ENEM ao reeducando que já havia concluído o ensino médio antes de ingressar no sistema prisional**. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/cb1d78edc3b427d8f919a169d6931636>. Acesso em: 11 de maio de 2023

KUEHNE. Execução no estado do Paraná. Curitiba: Juruá, 2018.

A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA: "ESCOLA SEM PARTIDO" E A CONCEPÇÃO CRÍTICA DA EDUCAÇÃO[62]

THE JUDICIALIZATION OF POLITICS: "SCHOOL WITHOUT A PARTY" AND THE CRITICAL CONCEPTION OF EDUCATION

Bianca Monteiro de Souza[63]

"Quando a educação não é libertadora,
O sonho do oprimido é ser o opressor."
Paulo Freire

Resumo: O artigo tem por objetivo demonstrar a relação entre o Sistema Político e o Sistema Jurídico através da teoria social sistêmica de Niklas Luhmann, que é considerado um dos importantes representantes da sociologia contemporânea. A pesquisa busca analisar como o fenômeno da judicialização da política encontra condições favoráveis no contexto histórico brasileiro que possui herança de trezentos e oitenta e oito anos de trabalho escravo, a mais longa das ditaduras Latino Americana e um golpe recente, protagonizado por retirada de direitos sociais. São quatro seções: introdução; considerações teóricas sobre os sistemas autopoiéticos de Luhmann; problematização em relação à divisão dos sistemas políticos e jurídicos; e debater os velhos e novos desafios trazidos pelo projeto "escola sem partido".

---

[62] Artigo de autoria exclusiva da autora.

[63] Bacharela em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Pós-Graduada em Direitos Humanos (Curso CEI).

Palavras-Chave: Judicialização da política, escola sem partido, sistemas sociais e Niklas Luhmann.

Abstract*:* The article aims to demonstrate the relationship between the Political System and the Legal System through the systemic social theory of Niklas Luhmann who is considered one of the important representatives of contemporary sociology. The research seeks to analyze how the phenomenon of judicialization of politics finds favorable conditions in the Brazilian historical context, which has a heritage of three hundred and eighty-eight years of slave labor, the longest Latin American dictatorship and a recent coup, led by the withdrawal of social rights. There are four sections: introduction; theoretical considerations on Luhmann's autopoietic systems; questioning in relation to the division of political and legal systems; and debate the old and new challenges brought by the “school without party” project.

Keywords**:** Judicialization of politics, school without a party, social systems and Niklas Luhmann.

INTRODUÇÃO

O presente artigo, partindo da teoria dos sistemas autopoiéticos desenvolvida por Niklas Luhmann, propende analisar as problemáticas engendradas pelo projeto “Escola sem Partido” no âmbito do direito.

Os últimos anos foram marcados por um intenso debate político na sociedade em torno do projeto “Escola sem Partido”. A disputa ideológica que se aproxima do fascismo e da propagação das ideias fascistas na sociedade brasileira.

Nessa vereda, Niklas Lubmann foi um dos maiores autores das teorias sociais do século XX (estudou direito na Universidade de Freiburg, entre 1946 e 1949, quando obteve seu doutorado e

começou sua carreira na administração pública. Após isso o pensador se debruça sobre o estudo dos sistemas sociais.

Luhmann (1999, p. 42) ensina: O ambiente não contribui para nenhuma operação do sistema, mas pode irritar ou perturbar (como diz Maturana) as operações do sistema somente quando os efeitos do ambiente aparecem no sistema como informação e podem ser processados nele como tal.

I. TEORIA DOS SISTEMAS SOCIAIS AUTOPOIÉTICOS DE LUHMANN

O autor em seu estudo toma por ponto central de seus estudos a comunicação.

Para ele a comunicação tem o papel de buscar uma relação entre sistema e ambiente, para que se tenha total entendimento sobre o que era defendido pelo autor é preciso o conhecimento de dois elementos básicos: sistema e ambiente.

Nessa senda, tudo que existia ou constituía sistema ou ambiente, assim sendo, tudo dependeria do ponto em que se observasse, segundo essa ideia de “sistema” seria uma unidade fechada, isolada, incomunicável, mas cada parte desse sistema formaria subsistemas que se comunicavam entre si, se reproduzindo, porém esse fechamento é o que propicia a relação do sistema com o ambiente desde que as operações de comunicação com o ambiente externo (o entorno) só se faz possível desde que haja sistemas operatórios internos que o permitam.

Seguindo esse pensamento, Luhmann ainda afirma que estaria o homem fora do sistema, fora da sociedade, o que faz surgir o questionamento de como existe a relação entre homem e sociedade, tal feito só é possível devido ao acoplamento estrutural, que nada mais é que uma comunicação entre o sistema e seu entorno, sendo, portanto o sistema entorno de seu subsistema esse se

reproduz através deste, e este, se comunica com aquele, fazendo com que dentro do próprio sistema surjam cada vez mais interações e tomando assim o sistema cada vez mais complexo.

É o que se verifica, por exemplo, no caso dos impostos (acoplamentos entre política e economia); da constituição (direito e política); dos contratos (direito e economia); das universidades (ciência e educação).

II. SISTEMA POLÍTICO E SISTEMA JURÍDICO: DIFERENCIAÇÃO FUNCIONAL E INTERFERÊNCIA RECÍPROCA

Como visto anteriormente, cada sistema é único e fechado, portanto, ao tratarmos de sistema político e jurídico tratamos de duas unidades isoladas e que se autorregulam.

É importante salientar, contudo, que cada subsistema tem sua própria função no sistema maior; entendamos o sistema jurídico e o político como sistemas de outro sistema chamado sociedade, o sistema jurídico apresentaria certa funcionalidade, tratando do ser e do dever-ser, enquanto o sistema político trataria de algo totalmente diferente.

Por serem sistemas fechados, isolados e únicos, os sistemas da teoria de Niklas Luhmann são sistemas autopoiéticos. A palavra deriva da aglutinação de dois vocábulos de origem grega: autos, que significa “por si próprio”; e poiesis, a qual denota criação, produção. O processo segundo o qual o próprio sistema através da interação com ele mesmo se reproduz é chamado de “diferenciação funcional”.

Mas entre esses subsistemas existiria um acoplamento estrutural que traria uma relação de ligação entre eles, isso seria dado pela Constituição, ela permitirá que o código lícito/ilícito influenciasse a política e o código poder/não poder, o direito.

Temos aqui, portanto, que a Constituição se mostra como o meio de comunicação do sistema jurídico e político, ou seja, o uso do código constitucional/inconstitucional interrompe a legislação ilimitada, determinando limites para o sistema jurídico.

O que presenciamos na atual conjuntura brasileira, entretanto, é uma distorção dessa teoria, vez que o sistema político tenta se impor ao sistema jurídico de forma que este já passa a tomar forma daquele e vice-versa.

Analisando a teoria de Luhmann percebemos que o equilíbrio dos sistemas só é possível por causa da teoria autopoiética dos sistemas, ou seja, cada sistema se autorregula e se autorreproduz através da diferenciação funcional do próprio sistema, o que permite que cada sistema cresça com características próprias, uma vez que o sistema político passa a interferir no cerne daquilo que se entende por jurídico, o jurídico passa a ter de interagir não mais com o próprio jurídico dentro do seu sistema, mas com o político que cresce dentro dele até que o jurídico perca características de jurídico e se torne tão político quanto.

Portanto, uma vez que isso aconteça, nós estaríamos enfraquecendo o sistema jurídico sob o risco dele deixa de existir, se permitirmos a influência direta de qualquer outro sistema sob ele.

Tomar decisões judiciais pautados por entendimento político tem riscos maiores que aqueles deduzidos prima facie, isso porque aquilo que é jurídico só o é por conta da interação com tudo aquilo que pertence a esse sistema, quando um sistema entra em processo de reprodução com outro sistema que ele não é, coisa distinta ele se torna, esse é o risco que corre todo o sistema que passa a se relacionar de maneira inescrupulosa com o ambiente ao seu entorno.

III. ESCOLA SEM PARTIDO E A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

O debate do Projeto Escola sem Partido ganha espaço na mídia brasileira dum momento de ascensão do neoconservadorismo, neoliberalismo, assim como de evidentes retrocessos sociais.

Diante de todo espaço para discursão do projeto concebido pela grande mídia emerge uma indagação a respeito do surgimento deste projeto, qual sua autoria e contexto histórico em que está inserido?

O projeto escola sem partido foi concebido há treze anos, existe desde 2004 e foi elaborado pelo jurista Miguel Nagib como reação à “doutrinação política e ideológica em sala de aula” através de professores supostamente partidarizados e livros didáticos.

Treze anos depois a concepção ganha expressão política através de setores conservadores, espaço na mídia e um projeto de Lei no Congresso Projeto de Lei N.º 867, de 2015.

O projeto Escola sem partido está conectado com estratégias políticas conservadoras de afastamento do povo ao mundo da política, por exemplo, é notório o lugar especial garantido pela grande mídia a corrupção de agentes políticos omitindo influentes empresários, multinacionais, profissionais do Judiciário, ministério público, religiosos, agentes policiais, dentre outros atores sociais.

Agora, assistimos a maximização desta tática transcendendo os veículos de comunicação de massa, retomando a maximização do controle político da escola, por meio da criminalização da atividade docente.

> Art. 2º, A educação nacional atenderá aos seguintes princípios:
>
> 1 - Neutralidade política, ideológica e religiosa do Estado; 1º. As escolas confessionais e as particulares cujas — práticas educativas sejam orientadas por concepções, princípios e valores morais, religiosos ou ideológicos, deverão obter dos pais ou responsáveis pelos estudantes,

> no ato da matrícula, autorização expressa para a veiculação de conteúdos identificados com os referidos princípios, valores e concepções.

Diferenciação entre estudantes da escola pública e particulares, indo de encontro a direitos fundamentais garantidos na Constituição Federal, por exemplo, a igualdade.

> "Art. 7º. As secretarias de educação contarão com um canal de comunicação destinado ao recebimento de reclamações relacionadas ao descumprimento desta Lei, assegurado o anonimato."

A constituição Federal veta o anonimato. "Note-se por fim, que o projeto não deixa de atender à especificidade das instituições confessionais e particulares cujas práticas educativas sejam orientadas por concepções, princípios e valores morais, às quais reconhece expressamente o direito de veicular e promover os princípios, valores e concepções que às definem, exigindo-se, apenas, a ciência e o consentimento expressos por parte dos responsáveis pelos estudantes "Exposição de Motivos — Projeto de LEI N.º 867, DE 2015.

Deixando claro que existe ideologia no âmbito educacional particular e estendéfido a possibilidade de que existam escolas particulares com demarcação ideológica, para homofóbicos, machistas.

A educação é um fato social com implicações naturalmente políticas para a comunidade. Todo conhecimento e cultura acumulados pelas sociedades humanas carregam consigo conflitos, acordos, reivindicações, de trabalho dos professores é política. Além disso, todo e qualquer indivíduo possui convicções a respeito das mais variadas dimensões, sendo garantido constitucionalmente o direito a sua expressão.

A tentativa de impor limites à atuação discursiva implicaria numa violência sem limites, uma vez que posicionamentos políticos

são inatos à linguagem. Não há fronteira discursiva entre o explicitado e o não explicitado.

O STF considerou inconstitucional uma lei estadual de Alagoas semelhante ao projeto Escola sem Partido. Foram nove votos contra a lei e somente um a favor. Batizada de “Escola Livre”, a legislação alagoana proíbe a “prática de doutrinação política e ideológica” em sala de aula e afirma ser um direito dos pais que seus filhos recebam uma “educação moral livre de doutrinação política, religiosa ou ideológica”.

Nessa senda, o Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceu, por unanimidade, a inconstitucionalidade da Lei 1.516/15, do município de Novo Gama (GO), que proibia a utilização de materiais que tratam sobre questões de gênero e sexualidade em escolas municipais.

O julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 457, proposta pela Procuradoria Geral da República (PGR) em 2017 e que questionava a constitucionalidade da lei.

Há evidente interferência do Poder Legislativo municipal no currículo pedagógico das instituições de ensino vinculadas ao Plano Nacional de Educação e, consequentemente, submetidas à Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei Federal 9.394). Sendo que não cabe aos municípios legislarem sobre assuntos vinculados às diretrizes e bases da educação nacional.

Ademais, recentemente o Supremo Tribunal Federal (STF) entendeu que é inconstitucional — por violar a competência privativa da União para legislar sobre diretrizes e bases da educação nacional (art. 22, XXIV, CF/88) — lei estadual que veda a adoção da “linguagem neutra” na grade curricular e no material didático de instituições de ensino públicas e privadas, assim como em editais de concursos públicos locais.

STF. Plenário. ADI 7019/RO, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 10/02/2023 (Info 1082).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A escrita da história se coloca no terreno da luta de classes na disputa por uma concepção de mundo, ficando ainda mais nítido quando se trata de temas da atualidade. Assim, uma série de críticas ao projeto escola sem partido que tem atacado a educação e poderíamos acrescentar ainda o ódio contra as mulheres, negros e LGBTQIA+.

O movimento Escola Sem Partido, que teve seu programa elaborado no ano de 2004, possui como seu foco o combate ao "uso das escolas e universidades para fins de propaganda ideológica, política e partidária"

Nessa vereda, expõe diversas organizações da nova direita que atuam conjuntamente para a produção do consenso. A direita, não se organiza apenas por meio dos partidos tradicionais, mas forma rede de organizações culturais, movimentos políticos, instituições educacionais, meios midiáticos, com inserção especial nas redes sociais online, a produção de “memes” com conteúdo superficial e as Fake News que manipulam a realidade.

REFERÊNCIAS

FREIRE, Paulo. Educação Como Prática da Liberdade. Ed. Paz e Terra LTDA. Av. Rio Branco, Rio de Janeiro. 1967. Pág. 36. Disponível em: <https://www.escolasempartido.org>

STF. Peça 16 nos autos da ADI nº 5.537. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoele

tronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4991079>

STF. Parecer da PGR nos autos da ADI nº 5.537/AL.

MALISKA, Marcos Augusto. O Direito à Educação e a Constituição. 2001. Imprenta: Porto Alegre, S.A, pág. 159. STF. ADI nº 5.537/AL. Rel. Min. Roberto Barroso. Dje: 22/08/2020. Acórdão, pág. 26.

TEIXEIRA, Maria Cristina. O direito à educação nas Constituições Brasileiras. 2008. Disponível em: <https://www.metodista.br/revistas/revistas-ims/index.php/RFD/article/viewFile/464/460>. P. 155-157.

ABRÃO, B. F. F. In: MACHADO, C. (Org.). Constituição Federal interpretada: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo. 7. ed. Barueri: Manole, 2016. p. 1.080-1.120.

LUHMANN, Niklas. (1980), Legimitação pelo procedimento Brasília, Editora da UnB.

LUHMANN, Niklas. (1981), Soziologische Aufklärung 3: Soziales System, Gesellschaft, Organisation. Opladen: Westdeutscher.

LUHMANN, Niklas. (1984), Soziale Systeme Frankfurt, Suhrkamp.

LUHMANN, Niklas. (1985), Poder Brasília, Editora da UnB.

LUHMANN, Niklas. (1992), Die Wissenschaft der Gesellschaft Frankfurt, Suhrkamp.

LUHMANN, Niklas. (1997), Die Gesellschaft der Gesellschaft Frankfurt, Suhrkamp, 2 vols.

LUHMANN, Niklas. (2000), Die Politik der Gesellschaft Frankfurt, Suhrkamp.

MATURANA, Humberto R. (1980), “Autopoiesis: reproduction, heredity and evolution”. In: ZELENY, Milan (org.). Autopoiesis,

dissipative structures, and spontaneous social orders Boulder, Westview, pp. 45-79.

MATURANA, Humberto R. & VARELA, Francisco J. (1980), Autopoiesis and cognition Boston, Kluwer.

NEVES, Clarissa Eckert Baeta & SAMIOS, Eva Machado Barbosa. (1997), Niklas Luhmann: a nova teoria dos sistemas. Porto Alegre, Editora da UFRGS/Goethe-Institut/ICBA.

NEVES, Marcelo. (2007), A constitucionalização simbólica São Paulo, Martins Fontes.

NEVES, Rômulo Figueira. (2006), Acoplamento estrutural, fechamento operacional e processos sobrecomunicativos na teoria dos sistemas sociais de Niklas Luhmann São Paulo, dissertação de mestrado, Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo.

ARAÚJO, Cicero & WAIZBORT, Leopoldo. (1999), “Sistema e evolução na teoria de Luhmann (mais: Luhmann sobre o sistema mundial)”. Lua Nova, 47: 179-200.

BACHUR, João Paulo. (2010), Às portas do labirinto: para uma recepção crítica da teoria social de Niklas Luhmann Rio de Janeiro, Azougue.

INCLUSÕES DE PESSOAS EM SITUAÇÃO DE RUA E O ACESSO DIGNO À JUSTIÇA

INCLUSIONS OF PEOPLE IN SITUATION OF THE STREET AND DIGNICT ACCESS TO JUSTICE

Isis Stephani Borges Garcia Nunes[64]

RESUMO

O artigo visa estudar parte das possíveis heterogeneidades de pessoas que se encontram em situação de rua na tentativa de contribuir com a promoção de forma plural do direito ao acesso à justiça, sem preconceitos de raça, sexo, origem, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Assim, a abordagem objetiva a discussão complexa para que haja a promoção do acesso à justiça de forma multidisciplinar, trazendo as possíveis redes de atores envolvidas para a promoção do máximo de inclusão dos nossos iguais, especialmente o grupo heterogêneo de pessoas em situação de rua.

Abstract

The article aims to study part of the possible heterogeneities of people who are living on the streets in an attempt to contribute to the promotion of the right to access to justice in a plural way, without prejudice of race, sex, origin, color, age and any other forms. of discrimination.

[64] Artigo de autoria exclusiva da autora.

Thus, the approach aims at the complex discussion so that there is the promotion of access to justice in a multidisciplinary way, bringing the possible networks of actors involved to promote the maximum inclusion of our peers, especially the heterogeneous group of homeless people.

Palavras-chave: Pessoa em situação de rua; inclusão; promoção da dignidade da pessoa humana.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho trata sobre as diversas formas de promover a dignidade da pessoa humana de forma ampla e eficaz, visando a inclusão de pessoas em situação de vulnerabilidade individual, econômica e social, mais especificamente de pessoas em situação de rua, com a finalidade de provocar ampla discussão sobre o amplo acesso à justiça.

A população em situação de rua trata-se de um grupo heterogêneo (cultural, étnico, racial, religioso, geracional, naturalidade, nacionalidade, identidade de gênero, escolaridade diferentes) que possui em comum a pobreza extrema, eventualmente sem vínculos familiares ou os tendo, fragilizados e a sem moradia regular, fazendo uso de logradouros públicos e áreas degradadas com a finalidade de abrigar-se, visando a moradia e o sustento.

Verificando-se apenas parte da diversidade que acima está descrita, de forma não tão minuciosa, devido toda complexidade que englobam os seres humanos e todos os grupos com seus agregados, deve-se ampliar o olhar com o cuidado que exigem os nossos semelhantes para que haja uma aproximação e um acolhimento com o fim de possibilitar a política pública específica cabível.

Ademais, cabe ressaltar que o direito à moradia se trata de direito de segunda dimensão, um direito social, que se ausente vulnera todos os demais direitos a ele vinculados e sobre tal nos debruçaremos.

Desta forma, após meses, a presente pesquisa foi elaborada com a finalidade de, considerando a heterogeneidade da população, auxiliar, aprimorar e difundir as medidas que já estão sendo estudadas e implementadas pelo judiciário, a fim de: aprimorar ações administrativas, extrajudiciais e judiciais; propor medidas complexas eficientes; estimular a prevenção de litígios, estimular articulação com diversos poderes. E, na tentativa de estudar a eficiência das medidas visadas e propostas pelo poder judiciário o presente trabalho foi elaborado.

DESENVOLVIMENTO

Inicialmente cabe observar que o direito à moradia se trata de um direito humano de segunda dimensão, um direito social, previsto no anexo ao Decreto que Promulga o Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais Culturais.

O Direito à moradia digna é tão fundamental que dele decorrem os usufrutos e gozos de direitos outros direitos, tal sua importância.

> Anexo ao Decreto que Promulga o Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais Culturais, artigo 11.
>
> 1. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si próprio e sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e moradia adequadas, assim como a uma melhoria contínua de suas condições de vida. Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para assegurar a consecução desse direito, reconhecendo, nesse sentido, a importância essencial da cooperação internacional fundada no livre consentimento.

A Constituição da República Federativa de 1988 prevê expressamente o Direito à moradia como um direito fundamental.

> Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.
>
> Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Cumpre observar que a população em situação de rua, aquela que não está gozando do seu direito humano e fundamental à moradia digna, trata-se de um grupo heterogêneo quanto à identidade de gênero, à nacionalidade, à naturalidade, ao nível de escolaridade, com relação as caraterísticas religiosas, geracionais, éticas, culturais, podendo ter diversos aspectos interseccionais com relação a crianças, adolescente, mulheres, pessoas idosas, convalescentes, migrantes, população negra, população LGBTQIA+, pessoas egressas do sistema prisional, pessoas com deficiência, povos indígenas e outras populações tradicionais, pessoas com sofrimentos mentais e pessoas que fazem uso de álcool e drogas.

Todas as pessoas, com as características heterogêneas que lhe são peculiares, devem ser tratadas com a dignidade que é cabível a toda pessoa humana, exigindo tratamento equitativo, bem como políticas afirmativas, para que possam fazer uso de seus direitos nos termos de todos os diplomas os asseguram.

Assim, considerando as mais diversas características das pessoas em situação de rua, deve-se observar os princípios da dignidade da pessoa humana, da pluralidade, do respeito, da não-criminalização, a promoção do acesso aos direitos e políticas públicas, respeito à autonomia, a inafastabilidade do acesso a justiça, o reconhecimento como sujeito de direitos de forma integral, a igualdade racial, respeito à criança e ao adolescente, à redução de risco e danos, o trabalho colaborativo dos diversos atores e em rede, a não estigmatização e o cuidado para não reforçar preconceitos e visões higienistas, conforme Resolução nº 425 do CNJ.

> Art. 3º A Política de inclusão das pessoas em situação de rua será orientada pelos seguintes princípios:

I – respeito à dignidade da pessoa humana;

II – não-criminalização das pessoas em situação de rua;

III – promoção do acesso aos direitos de cidadania e às políticas públicas;

IV – respeito à autonomia das pessoas em situação de rua ou com trajetória de rua e seu reconhecimento como sujeitos de direito, a quem deve ser assegurada sua participação nos processos decisórios sobre sua própria vida e questões coletivas a elas pertinentes;

V – inafastabilidade do acesso à jurisdição de pessoas em situação de rua em função da exclusão digital, falta de identificação civil, ausência de documentos públicos, ausência de residência fixa, dificuldade de comunicação e tratamento burocratizado;

VI – compreensão da pessoa em situação de rua como sujeito integral, a partir do reconhecimento como um sujeito de direitos com dimensões integrais, tais como aspectos psíquicos, físicos e sociais, como componentes indissociáveis e interdependentes;

VII – reconhecimento observância da igualdade racial das pessoas em situação de rua, com enfoque enfrentamento ao racismo estrutural e institucional;

VIII – reconhecimento dos direitos da criança, com vedação de práticas repressivas, mediante proteção das crianças e adolescentes em situação de rua contra a exploração de seu trabalho e de todas as formas de violência, bem como do caráter excepcional da privação de liberdade de adolescentes;

IX – atuação voltada à redução de riscos e danos físicos e sociais, com vedação das práticas repressivas e de diagnóstico, prescrição, indicação ou determinação forçada de tratamentos terapêuticos, manicomiais ou religiosos para

> pessoas em situação de rua ou que façam uso abusivo de álcool e outras drogas;
>
> X – atuação comprometida contra toda forma de violência contra as pessoas em situação de rua, com destaque para a violência institucional, por meio da adoção todas as diligências e medidas cabíveis para prevenção, apuração e responsabilização nesses casos;
>
> XI – trabalho colaborativo e em rede entre atores institucionais envolvidos com a política, para alinhamento de protocolos e fluxos de trabalho, com visão holística e empática acerca da complexidade da pessoa em situação de rua, a fim de permitir uma abordagem multidimensional; e
>
> XII – não estigmatização e uso de linguagem que não reforce preconceitos e visões higienistas em relação à população em situação de rua.

A Resolução nº 425 de 2021 do CNJ prevê redes de apoio para pessoas em situação de rua, de forma elas possam tomar conhecimentos de seus direitos, tenham acesso aos serviços que possam promover dignidade individual, bem como acesso às políticas de formas coletivas e também que se sintam acolhidas durante a prestação de serviços.

Para abordagem cuidadosa faz-se necessária a atuação de uma rede integrada de profissionais especializados e treinados para cuidados específicos no tratamento humanizado e comprometidos com o respeito à dignidade da pessoa humana.

Assim, verifica-se que os tribunais atuarão de forma articulada visando criar e fortalecer as redes interinstitucionais de proteção à população em situação de rua.

Observa-se que as escolas judiciais promoverão cursos de formações para servidores, a fim de disseminar os princípios adotados pelo poder judiciário no tratamento de pessoas em situação de rua, inclusive com possibilidade de visitas supervisionadas in loco de grupos de servidoras, servidores, magistrados e demais

profissionais, com intenção de garantir o conhecimento das condições e das trajetórias das pessoas em contexto de vulnerabilidade social.

Deve-se observar que há rede de atores durante as medidas administrativas para proteção de crianças e adolescentes, sujeitas de direito que são, se desacompanhados de responsáveis, terão garantidos a rede composta por algumas instituições, tais como: a Defensoria Pública, alguns órgãos socioassistenciais, bem como o Conselho Tutelar.

As instituições citadas podem atuar juntamente à criança e ao adolescente de forma administrativa, por exemplo visando vaga em escolas, programas assistenciais para fortalecimentos de vínculos familiares, acolhimento, entre outros.

Para o acesso à justiça de forma geral a rede de atores engloba a Defensoria Pública da União e dos estados e do Distrito Federal, Ordem dos Advogados do Brasil, Centros de Defesa rede de proteção social, entre outros parceiros interinstitucionais, Ministério Público Federal e Ministérios Públicos dos estados e do Distrito Federal, bem como a rede assistencial CRAS, CREAS, Centro Pop, Centro de Acolhida, Casa de Passagem, entre outros).

Às pessoas em situação de rua e imigração ou refúgio, além de parte da rede acima, ainda serão atendidos por a Agência da ONU para Refugiados, Comitê Nacional para Refugiados, Setor Anexo de Atendimento de Crianças e Adolescente Solicitantes de Refúgio e Vítimas Estrangeiras de Tráfico Internacional de Pessoas, entre outros disponíveis na rede de atendimento.

E, sendo o caso de pessoas que façam uso de álcool e outras drogas ou que apresentem outras questões de saúde mental pode-se encaminhar ainda à Rede de Atenção Psicossocial (RAPS) do Sistema Único de Saúde (SUS), conforme Lei 10.216.

Frisa-se que essa rede pode apresentar diversas medidas judiciais cabíveis ou apenas acompanhá-las, impetrar ação civil pública, acompanhar processos, a fim de assegurar direitos e garantidas possíveis.

Especificamente no caso de medidas criminais observa-se que a adesão terá caráter voluntário, com priorização de medidas distintas da monitoração eletrônica para pessoas em situação de rua. E, sendo o caso de fixação de monitoração eletrônica deverá, em conjunto com a rede de proteção social, indicar local de fácil acesso à energia elétrica, para carregamento da bateria do dispositivo eletrônico, inclusive no período noturno, assegurando que o ônus da não garantia do direito à moradia não recaia sobre o sujeito ou família em situação de rua.

Havendo determinação de prisão domiciliar para pessoas em situação de rua, a fim de evitar privação de liberdade por ausência de moradia, deve-se verificar sobre a hipótese de acolhimento institucional e, caso exista, deve-se realizar o encaminhamento para a rede local de acolhimento às pessoas em situação de rua.

Nos casos de medidas protetivas para casos de violência doméstica e familiar contra os idosos, mulheres, transexuais e travestis, em situação de rua, deverá ser garantido encaminhamento para a rede de proteção social, para proteção física, psicológica e moral da vítima, observando-se a autonomia e voluntariedade de adesão ao respectivo serviço.

As crianças e adolescentes em situação de rua não podem ser afastadas do convívio familiar, assim tal hipótese não pode ser justificada por falta de vaga em rede de proteção social.

Com relação a mulher em situação de rua (garantido o livre exercício da maternidade, amamentação, além da atenção à criança que esteja sob os seus cuidados) e seu filho, o Poder Judiciário pode requisitar relatórios socioassistenciais e de saúde, que contenham o histórico da rede durante a gravidez para acompanhamento. Há ampla divulgação de auxílio de redes de saúde e assistência social, entre outras, bem como sobre o direito à entrega protegida se esse for o desejo da mulher em situação de rua.

Dentro das redes as atuações as pessoas em situação de rua devem ter direito a atendimento prioritário, desburocratizado e humanizado, com equipe adequada capacitada sistematicamente para atuação na garantia dos direitos com atuação articulada com órgãos gestores das políticas de assistência social. Atendimento

especiais visando a eliminação das barreiras no atendimento a pessoas em situação de rua.

O acesso ao Poder Judiciário deve ser inclusivo para o exercício dos direitos, não podendo constituir óbice de acesso: a vestimenta e higiene; a identificação civil; o comprovante de residência; a ausência de documentos; e o não acompanhamento por responsável em caso de crianças e adolescentes.

Os atendimentos às pessoas em situação de rua independem de prévio agendamento, a fim de oportunizar o exercício do direito, trata-se de causa de isenção de cobrança de custas e despesas processuais, com a prestação de informações e resolução de entraves para o efetivo acesso à justiça.

A prestação de atendimento deve ser humanizado levando em conta a especificidade de cada pessoa de forma heterogênea, de acordo com o regular fluxo de segurança de acesso às dependências físicas dos prédios da Justiça, bem como com o fornecimento de equipamentos de proteção pessoal e sanitária.

À pessoa que está acompanhada por criança será garantido o ingresso no fórum e a prática de atos processuais, zelando-se pelo exercício do direito à amamentação e atenção à criança que esteja sob os seus cuidados.

Frisa-se que deverá ser disponibilizado local para guarda dos pertences de grandes volumes durante o atendimento em prédio da Justiça, bem como local e guia para prender os animais de estimação, já que esse também está entre os motivos pelos quais as pessoas em situação de rua se afastam dos prédios públicos.

O poder judiciário deve estimular o atendimento itinerante próximo da população, bem como próximo aos serviços de acolhimento destinados às pessoas em situação de rua. Nesse caso, deve haver cooperações interinstitucionais, especialmente com órgãos públicos como as Defensorias Públicas, os serviços da política de Assistência Social e da sociedade civil que atuam com esta temática.

Tal operação itinerante contará com estrutura para as ações dos juizados ou distribuição das ações formuladas pelos órgãos de assistência jurídica, análise de medidas jurisdicionais de urgência, elaboração de laudos médicos e socioeconômicos, devendo ser respeitada todas as características das pessoas em situação de rua, bem como a identidade social.

Deverá ter cartilha com as principais informações de acesso à justiça, escritas de formas simples, inclusivas, clara, usual e acessível, além de utilizar recursos que possibilitem o acesso por pessoas não alfabetizadas e com deficiência visual.

O juízo deve determinar que os documentos de entidades públicas sejam remetidos para os autos, evitando que a pessoa tenha que se deslocar, inclusive recomenda-se a priorização da produção da prova oral, para evitar a extinção sem julgamento de mérito por abandono do processo.

A priorização do processo da “pessoa em situação de rua”, devendo constar nos autos apenas para servidores, com o cuidado de não estigmatização.

Devem ser estimulados meios consensuais e autocompositivos de resolução de conflitos, preferencialmente com a promoção da justiça restaurativa, observando-se o prévio consentimento, livre e espontâneo, de todos os seus participantes. Haverá ainda, promoção de projetos educativos de cidadania, com enfoque restaurativo, para o desenvolvimento de habilidades, a fim de gerir os conflitos que envolvem as pessoas em situação de rua.

Ademais, as políticas públicas devem se nortear a partir de princípios restaurativos, com a escuta das pessoas em situação de rua, fortalecimento dos vínculos de apoio comunitário e familiar, bem como a realização de círculos de diálogo em todas as fases, a fim de reforçar a dignidade, autoestima e desenvolvimento de habilidades para lidar com conflitos sem violência.

Por fim, haverá o estimulo às medidas voltadas à desjudicialização, utilizando do sistema multiportas, tais como Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania, Laboratórios

de Inovação, Centros de Inteligência e Justiça Restaurativa, dentre outras medidas.

CONCLUSÃO

A pessoas que estão em situação de rua, são pessoas em vulnerabilidade, não estão no gozo dos direitos de segunda dimensão, seus direitos sociais fundamentais e humanos são constantemente violados, além de que, ainda tornam os direitos decorrentes dele ainda mais fragilizados.

Observa-se que, com base nas normativas elaboradas a fim de garantir os direitos das pessoas em situação de rua, com a maior diversidade e contemplando os mais diversos tipos de interseccionalidade, o legislativo tanto nacional como internacional estão comprometidos com os direitos e as garantias dos direitos das pessoas em situação de rua.

Assim, o Poder Judiciário, usando da maior rede de atores disponíveis, deve utilizar de seu ativismo para implementação de todos os direitos e políticas que decorrem do acesso à justiça.

Desta forma, com base em todo arcabouço jurídico, todos os profissionais juridicamente vinculados às implementações de políticas públicas devem ser diligentes nas aplicações de todos os comandos possíveis, utilizando-se de seus deveres-poderes para exigir e implementar o máximo de política pública possível, a fim efetivar os direitos e garantias fundamentais e humanos.

Por fim, com a finalidade de nos reconhecer como ser humanos iguais que somos, de reduzir as desigualdades sociais, garantir o direito a cidadania e para nos constituir como uma sociedade pluralmente livre, justa e solidária é que a rede de atores deve agir de forma massiva para a valorização da dignidade e o engrandecimento da sociedade.

REFERÊNCIAS:

https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/4169

Constituição da República Federativa do Brasil

Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 10 de dezembro de 1948

Decreto n. 591, de 6 de julho de 1992 - Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e anexo.

Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990

Convenção n. 118 da Organização Internacional do Trabalho (OIT)

Convenção Interamericana Contra Toda Forma de Discriminação e Intolerância

Lei n. 13.146, de 6 de julho de 2015

Decreto n. 7.053, de 23 de dezembro de 2009

Decreto n. 9.894, de 27 de junho de 2019

Lei n. 12.288, de 20 de julho de 2010

Resolução n. 40, de 13 de outubro de 2020 - Conselho Nacional dos Direitos Humanos

Comentário Geral n. 21/2017 - Comitê dos Direitos da Criança da Organização das Nações Unidas sobre as crianças em situação de rua

Lei n. 8.742, de 7 de dezembro de 1993

Resolução n. 270, de 11 de dezembro de 2018

Resolução n. 288, de 25 de junho de 2019

Resolução n. 306, de 17 de dezembro de 2019

Resolução n. 307, de 17 de dezembro de 2019

Resolução n. 348, de 13 de outubro de 2020

Resolução n. 405, de 6 de julho de 2021

Lei n. 10.216, de 6 de abril de 2001

Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil

Resolução n. 251, de 4 de setembro de 2018

O DANO EXISTENCIAL NO DIREITO DO TRABALHO[65]

THE EXISTENTIAL DAMAGE DOES NOT LABOR LAW

Eduardo Lopes de Faria[66]

RESUMO

O presente artigo científico visa analisar a incidência do dano existencial no Direito do Trabalho e apresentar um estudo atual quanto à jurisprudência dos tribunais trabalhistas do país, especialmente, a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho. O objetivo principal é ressaltar os prejuízos provocados à saúde, à convivência social, e ao desenvolvimento pessoal do trabalhador nos casos em que há efetivamente a ocorrência dessa modalidade de dano moral, qual seja o dano existencial. Procedeu-se à pesquisa bibliográfica através da ilustre contribuição das obras dos autores DELGADO (2016), BOMFIM (2014) e BARROS (2016), dentre outras obras, e artigos científicos publicados em sites jurídicos, a fim de aprofundar a pesquisa sob o aspecto doutrinário dessa espécie de dano no Direito do Trabalho. Finaliza-se ressaltando a importância desse debate no meio jurídico visando a orientar e coibir essa prática danosa que é vedada pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Palavras-chave: Dano Existencial. Direito do Trabalho. Direito à Convivência Social. Desenvolvimento Pessoal.

[65] Artigo de autoria exclusiva do autor.

[66] Bacharel em Direito pela Universidade Vale do Rio Doce – UNIVALE. Email: edduardolopes@hotmail.com

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo apresentar um estudo quanto aos aspectos legais, doutrinários e jurisprudenciais a respeito do dano existencial no Direito do Trabalho, e ressaltar os efeitos maléficos dessa modalidade de dano moral para o trabalhador em várias áreas de sua vida.

Justifica-se o tema em razão da atual conjuntura política e econômica do país que acaba gerando reflexos diretos na relação entre trabalhador e empregador, ocasionando uma pressão ainda maior por resultados por parte deste último sobre aquele através de excessivas e contínuas jornadas de trabalho propicias à caracterização do dano existencial.

Assim sendo, o verdadeiro problema enfrentado na análise do tema é o potencial efeito dessa modalidade de dano sobre o trabalhador, que em meio às incertezas do mercado de trabalho, na atualidade, acaba sendo obrigado a extensas jornadas de trabalho e a uma submissão desumana ao poder econômico do empregador, inevitavelmente capaz de suprimir o direito ao desenvolvimento pessoal, familiar e social do empregado.

Enfim, visando à obtenção dos resultados almejados, utilizou-se do método de pesquisa bibliográfica de diversas obras literárias e artigos jurídicos publicados na internet.

Portando, contou-se com a contribuição das obras dos autores DELGADO (2016), BOMFIM (2014) e BARROS (2016), dentre outras obras, e artigos científicos publicados em sites jurídicos, a fim de aprofundar a pesquisa sob o aspecto doutrinário dessa espécie de dano no Direito do Trabalho, além da pesquisa jurisprudencial atualizada do Tribunal Superior do Trabalho – TST, dentre outros tribunais.

2 DANO NO DIREITO DO TRABALHO

O fundamento jurídico básico previsto no ordenamento normativo brasileiro para caracterização do dano está estampado no texto da Constituição Federal de 1988(CF/1988), nos incisos V e X, do artigo 5°, a seguir expostos:

> V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;...
>
> 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; (BRASIL, 2016).

Com efeito, observa-se que o Constituinte preocupou-se em garantir uma diretriz constitucional expressa para assegurar o direito à indenização por dano moral, material ou à imagem provocado por terceiro.

Entretanto, ressalta-se que esse não era o tratamento observado nos textos constitucionais anteriores, conforme bem destaca Maurício Godinho Delgado em sua obra:

> Tais indenizações tinham um campo restrito de reconhecimento na ordem jurídica anterior à Constituição de 1988. Contudo, em seguida ao Texto Máximo e ao avanço jurídico-cultural por ele propiciado, comforte (e contínuo) impacto na doutrina e jurisprudências pátrias, tais possibilidades indenizatórias se alargaram. (DELGADO, 2016, p. 686 e 687).

Assim sendo, há distintas hipóteses de indenização, todas elas abarcadas no campo do Direito Trabalhista, pela decorrência lógica do contrato de trabalho, ensejando a reparação por dano moral, material, estético, dentre outros, no caso de violação pelas partes envolvidas, trabalhador e empregador. E o Direito do Trabalho

utilizando-se, especialmente, das normas descritas no Código Civil, Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (CC/2002), aplicado subsidiariamente àquele ramo por força do parágrafo único do artigo 8° da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), prevê os requisitos e elementos caracterizadores do dano capazes de ensejar uma reparação pecuniária.

2.1 CONCEITO E REQUISITOS CARACTERIZADORES DO DANO

O Direito do Trabalho utilizando-se, especialmente, das normas descritas no Código Civil, impõe que o ato ilícito pode originar a reparação do dano.

Com efeito, aplicam-se as disposições expressas nos artigos 186 e 187 do Código Civil de 2002, aplicado subsidiariamente ao Direito do Trabalho, conforme se depreende:

> Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.
>
> Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. (BRASIL, 2002)

Dessa forma, a diretriz Civilista é clara ao dispor que a conduta do agente, dolosa ou culposa, que violar direito e causar dano a outrem, mesmo que unicamente moral, comete ato ilícito, sujeitando-o, portanto, à responsabilização civil.

E essa responsabilização decorre do disposto no art. 927, também do CC/2002, que assim dispõe:

> Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

> Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ouquando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem. (BRASIL, 2002)

Assim sendo, caso o dano ocorra sem que o autor da conduta incorra em ato ilícito ou em abuso de direito, não será cabível a responsabilização, ressalvadas, claramente, as hipóteses descritas no parágrafo único do art. 927, que garante a reparação quando a própria atividade desenvolvida, por sua natureza, implicar risco aos direitos de terceiros e nos demais casos especificados em lei.

Além disso, o artigo 402 do Código Civil de 2002 ainda dispõe o seguinte:

> Art. 402. Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar. (BRASIL,2002)

Portanto, ocorrido o dano, o autor será responsável por prestar ao credor as perdas e danos que compreendem o que ele efetivamente perdeu, tratado pela doutrina tradicional como dano emergente, bem como o que razoavelmente deixou de lucrar, nesse caso, os chamados lucros cessantes.

Ademais, os ensinamentos de Vólia Bomfim Cassar corroboram o que fora exposto:

> O dano é o fato gerador da responsabilidade de pagamento de indenização ou de reparação. Pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem dano. Mesmo que o agente pratique conduta culposa ou dolosa, viole a lei ou abuse de direito, se não causar dano não há que se cogitar em responsabilidade de reparação. Se, por exemplo, o empregador não conserva a máquina e mesmo assim nenhum acidente de trabalho ocorre, não há o que indenizar. Indenização sem dano acarreta

> enriquecimento ilícito. Assim, o prejuízo ou dano não é apenas o fato gerador, mas também determinante do dever de indenizar. O dano éa violação de um bem juridicamente tutelado pelo direito, seja ele patrimonial ou não patrimonial. (BOMFIM, 2014, p. 927)

Consequentemente, o elemento danoso é essencial para caracterização da responsabilidade, haja vista que em caso de reparação quando inocorrente o dano ter-se-á claramente identificado um enriquecimento sem causa (artigos 884 a 886 do CC-2002).

Ademais, conceitua-se dano, seguindo os ensinamentos de Alice Monteiro de Barros (BARROS, 2011, p. 511), para quem “O dano poderá ser material e/ou moral. O dano material implica lesão aos bens materiais de alguém, sujeitos à avaliação econômica.”. Sendo assim, a proteção dada ao patrimônio material do indivíduo é garantida através da possibilidade de reparação dessa espécie de dano.

Alice Monteiro de Barros define dano moral em sua obra nos seguintes termos:

> Entendemos como dano moral o menoscabro sofrido por alguém ou por um grupo como consequência de um ato ilícito ou atividade de risco desenvolvida por outrem capaz de atingir direitos de personalidade e princípios axiológicos do direito, independentemente de repercussão econômica. (BARROS, 2011, p. 513)

Verifica-se, portanto, que o evento danoso enseja lesão material oumoral, sendo aquela voltada ao patrimônio da vítima do dano e esta última precipuamente às lesões a direitos da personalidade, todos protegidos pelo ordenamento jurídico brasileiro, em especial no campo do Direito Trabalho, são passíveis de responsabilização e consequente reparação civil.

Dessa forma, o dano é o resulta de uma ação ou omissão, não assentada no exercício regular de um direito, em que o agente

causa prejuízo ou viola direito de outrem, por culpa ou dolo. (CAVALIERI FILHO, 2004, p. 95- 96.).

Enfim, observam-se na doutrina pátria os seguintes requisitos caracterizadores do dano, ou seja, os elementos necessários para que existência do direito à indenização de dano (seja patrimonial ou não patrimonial) são eles: a) dano; b) ato ilícito, abusivo ou atividade de risco (responsabilidade objetiva); c) nexo causal. (VÓLIA, 2014, p. 927).

No mesmo sentido, Maurício Godinho Delgado assevera:

> Há requisitos essenciais para responsabilização empresarial. Sem a conjugação unitária de tais requisitos não há que se falar em responsabilidade do empregador por qualquer das indenizações acima referidas. Tais requisitos em princípio são: dano; nexo causal culpa empresarial. (DELGADO, 2016, P. 691)

Por conseguinte, para o agente seja obrigado a reparar o dano causado não basta apenas à ocorrência deste, é necessário também o nexo causal, ou seja, a relação de causalidade entre a conduta do agente e o dano ocorrido, seja ele moral ou material. Além é claro da verificação da ilicitude ou abusividade dessa conduta, salvo no caso de atividade de risco quando será aplicada a teria da responsabilidade objetiva, segundo qual há o dever de se reparar o dano independentemente de culpa do agente, nos casos especificados em lei.

3 DANO EXISTENCIAL NO DIREITO DO TRABALHO

A dignidade da pessoa humana é um valor inerente a todo ser humano e que deve ser observado pelo ordenamento jurídico brasileiro que o atribuiu, na ordem jurídica atual, o status de princípio fundamental, consoante inciso III do art. 1º da Constituição Federal de 1988.

Com efeito, a República Federativa do Brasil tem como escopo primordial o respeito à dignidade humana, garantido aos brasileiros o direito de viver com dignamente.

E nas relações de trabalho, esse princípio deve ser observado de forma irrestrita tendo em vista a necessária proteção a ser dada ao trabalhador em razão de sua condição de hipossuficiente, decorrência lógica do Princípio da Proteção, um dos pilares do Direito do Trabalho.

Assim sendo, qualquer forma de trabalho que obrigue o trabalhador a jornadas excessivas de trabalho de forma continuada, por longos períodos de tempo, sem permitir uma existência digna ao trabalhador pode dar ensejo à reparação civil por dano existencial.

Segundo lição de Maurício Godinho Delgado, o dano existencial:

> Trata-se da lesão ao tempo razoável e proporcional de disponibilidade pessoal, familiar e social inerente a toda pessoa humana, inclusive o empregado, resultante da exacerbada e ilegal duração do trabalho no contrato empregatício, em limites gravemente acima dos permitidos pela ordem jurídica, praticada de maneira repetida, contínua e por longo período. (DELGADO, 2016, 727 e 728)

No mesmo sentido, BOUCINHAS FILHO e ALVARENGA assim o conceituam, em artigo científico publicado na Revista do Tribunal Superior do Trabalho:

> O dano existencial no Direito do Trabalho, também chamado de dano à existência do trabalhador, decorre da conduta patronal que impossibilita o empregado de se relacionar e de conviver em sociedade por meio de atividades recreativas, afetivas, espirituais, culturais, esportivas, sociais e de descanso, que lhe trarão bem-estar físico e psíquico e, por consequência, felicidade; ou que o impede de executar, de prosseguir ou mesmo de recomeçar os seus projetos de vida, que serão, por sua

> vez, responsáveis pelo seu crescimento ou realização profissional, social e pessoal. (BOUCINHAS FILHO; ALVARENGA, 2013).

Portanto, o dano existencial está voltado à proteção do trabalhador a fim de coibir a conduta do empregador que o impossibilite de se relacionar socialmente, com sua família ou de desenvolver qualquer atividade de seu interesse pessoal, seja cultural, esportiva ou qualquer outra.

E a jurisprudência pátria tem se firmado justamente nos sentido de se admitir, em casos específicos, a ocorrência do dano existencial.

Nesse sentido, foi o entendimento da 1ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região – Minas Gerais no julgado, a seguir exposto:

> EMENTA: INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. DANOEXISTENCIAL.
>
> O dano existencial, como cediço, decorre de toda lesão capaz de comprometer a liberdade de escolha do indivíduo, frustrar seu projeto de vida pessoal, uma vez que a ele não resta tempo suficiente para realizar-se em outras áreas de atividade, além do trabalho. Acontece quando é ceifado seu direito ao envolvimento em atividades de sua vida privada, em face das tarefas laborais excessivas, deixando as relações familiares, o convívio social, a prática de esportes, o lazer, os estudos e, por isso mesmo, violando o princípio da dignidade da pessoa humana - artigo 1º, inc. III, CF. Indubitável que a obrigatoriedade de trabalhar durante as férias, durante todo o longo contrato de trabalho, comprometeu, sobremaneira, a vida particular do autor, impedindo-lhe de dedicar-se, também, a atividades de sua vida privada. Caracterizado, portanto, o dano existencial in re ipsa. (TRT-MG. Processo: RO 0002169-55.2013.5.03.0014, Relator: Jose
>
> Eduardo Resende Chaves Jr.,1ª Turma, data da publicação DEJT 14/08/2015).

Nessa mesma linha de entendimento, a 1ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho se posicionou favoravelmente à possibilidade de ocorrência do dano existencial, conforme se extrai do seguinte julgado:

> EMENTA: DANO MORAL. DANO EXISTENCIAL. SUPRESSÃO DE DIREITOS TRABALHISTAS. NÃO CONCESSÃO DE FÉRIAS. DURANTE TODO O PERÍODO LABORAL. DEZ ANOS. DIREITO DA PERSONALIDADE. VIOLAÇÃO.
>
> 1. A teor do artigo 5º, X, da Constituição Federal, a lesão causada a direito da personalidade, intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas assegura ao titular do direito a indenização pelo dano decorrente de sua violação. 2. O dano existencial, ou o dano à existência da pessoa, - consiste na violação de qualquer um dos direitos fundamentais da pessoa, tutelados pela Constituição Federal, que causa uma alteração danosa no modo de ser do indivíduo ou nasatividades por ele executadas com vistas ao projeto de vida pessoal, prescindindo de qualquer repercussão financeira ou econômica que do fato da lesão possa decorrer. - (ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. Dano existencial: a tutela da dignidade da pessoa humana. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 6, n. 24, mês out/dez, 2005, p. 68.). 3. Constituem elementos do dano existencial, além do ato ilícito, o nexo de causalidade e o efetivo prejuízo, o dano à realização do projeto de vida e o prejuízo à vida de relações. Com efeito, a lesão decorrente da conduta patronal ilícita que impede o empregado de usufruir, aindaque parcialmente, das diversas formas de relações sociais fora do ambiente de trabalho (familiares, atividades recreativas e extralaborais), ou seja, que obstrua a integração do trabalhador à sociedade, ao frustrar o projeto de vida do indivíduo, viola o direito da personalidade do trabalhador e constitui o chamado dano existencial.
>
> 4. Na hipótese dos autos, a reclamada deixou de conceder férias à reclamante por dez anos. A negligência por parte da reclamada, ante o reiterado descumprimento do dever contratual, ao não conceder férias por dez anos, violou o patrimônio jurídico personalíssimo, por atentar contra a saúde física, mental e a vida privada da reclamante. Assim, face à conclusão do Tribunal de origem de que é indevido o pagamento de indenização, resulta violado o art. 5º, X, da Carta Magna.

> Recurso de revista conhecido e provido, no tema. (TST. Processo: RR 727-76.2011.5.24.0002, Data de Julgamento: Relator: Hugo Carlos Scheuermann,1ª Turma, data da publicação DEJT 28/09/2013).

Observa-se, portanto, que no caso alhures o empregado ficou por dez anos sem o direito ao gozo das férias, o que, indiscutivelmente, impediu o trabalhador de cuidar das questões pessoais básicas voltadas ao seu projeto de vida.

E isso, evidentemente, caracterizou dano existencial, haja vista a violação latente ao patrimônio jurídico personalíssimo do trabalhador suscetível de reparação pela via judicial.

Esse posicionamento do Egrégio Tribunal Superior do Trabalho tem prevalecido e, por conseguinte, se adaptado com o decurso do tempo. Com efeito, verificou-se que jurisprudência atual tem se firmado no sentido de que seja necessário o trabalhador comprovar a ocorrência do dano existencial para que seja possível pleitear o deferimento de indenização.

E nessa linha foi o entendimento da 7ª Turma do TST no julgado seguir exposto:

> EMENTA: RECURSO DE REVISTA DA RECLAMADA – DANO EXISTENCIAL – DANO À PERSONALIDADE QUE IMPLICA PREJUÍZO AO PROJETO DE VIDA OU À VIDA DE RELAÇÕES – NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DE LESÃO OBJETIVA NESSES DOIS ASPECTOS – NÃO DECORRÊNCIA IMEDIATA DA PRESTAÇÃO DE SOBREJORNADA – ÔNUS PROBATÓRIO DO RECLAMANTE.
>
> O dano existencial é um conceito jurídico oriundo do Direito civil italiano e relativamente recente, que se apresenta como aprimoramento da teoria da responsabilidade civil, vislumbrando uma forma de proteção à pessoa que transcende os limites classicamente colocados para a noção de dano moral. (...) O que não se pode admitir é que, comprovada a prestação em horas extraordinárias, extraia-se daí automaticamente a consequência de que as relações sociais do trabalhador foram rompidas ou que seu

> projeto de vida foi suprimido do seu horizonte. Recurso de revista conhecido e provido. (TST. Processo: RR 523-56.2012.5.04.0292, Data de Julgamento: Relator: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, 7ª Turma, data da publicação DEJT 27/08/2013).

Sendo assim, nesse caso específico a Colenda Turma decidiu por unanimidade conhecer do recurso de revista apenas no tópico “Dano Existencial”, por violação à lei, e, no exame do mérito, proveu o recurso para afastar a condenação para indenização por dano existencial justamente por entender necessário que o trabalhador comprove a ocorrência do dano existencial para que seja possível pleitear o deferimento de indenização.

Por conseguinte, observa-se que a doutrina e a jurisprudência são uníssonas no sentido de se admitir o denominado dano existencial, haja vista que ele decorre de toda lesão suscetível de comprometer a liberdade de escolha do indivíduo, obstar projetos pessoais de vida, tendo em vista que ao trabalhador não é dado o tempo suficiente para realizar outra atividade que não seja o trabalho.

5 CONCLUSÃO

O dano existencial no Direito do Trabalho, portanto, trata-se uma violação ao patrimônio jurídico personalíssimo do trabalhador capaz de limitar sua vida pessoal, familiar e social, em razão de contínuas e excessivas jornadas de trabalho.

Nota-se, por conseguinte, que há violação à dignidade da pessoa humana, valor inerente a todo ser humano e que deve ser observado e reprimido pelo ordenamento jurídico brasileiro por força de mandamento constitucional (inciso III do art. 1° da CF/1988).

E conforme se aduz do estudo realizado, quando presentes os requisitos caracterizadores do dano, a princípio: o dano; o nexo

causal; e culpa empresarial, é possível estar-se diante dessa modalidade do dano moral existencial.

Entretanto, constatou-se que a doutrina, e, especialmente, a jurisprudência têm afirmado ser necessário o trabalhador comprovar essa modalidade de dano para que seja possível pleitear a indenização. E segundo a jurisprudência ele requer, além daqueles requisitos, a demonstração do efetivo prejuízo, o dano à realização do projeto de vida e o prejuízo às relações sociais.

Assim sendo, o dano existencial é efetivamente penalizado pelo Direito do Trabalho, tendo em vista o efeito nefasto da conduta do empregador sobre o empregado ao lhe impor contínuas, prolongadas e excessivas jornadas de trabalho capazes de mitigar o desenvolvimento pessoal e familiar do trabalhador.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição Federal (1988)**. Constituição da República Federativado Brasil, 05 de outubro de 1988, Brasília. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 27 jun. 2016.

_. **Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em 28jun. 2016.

_. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 23 jun. 2016.

BOMFIM, Vólia Cassar. **Direito do trabalho**. 9.ª ed. rev. e atual. Rio deJaneiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 7ª ed. São Paulo.LTr, 2011.

BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti; ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. **O Dano Existencial e o Direito do Trabalho**. Revista do Tribunal Superior doTrabalho, São Paulo, SP, v. 79, n. 2, p. 240-261, abr./jun. 2013.

BRASÍLIA, Tribunal Superior do Trabalho, RR 727-76.2011.5.24.0002, Relator Ministro Hugo Carlos Scheuermann, 1ª Turma, Diário eletrônico da Justiça do Trabalho, Brasília, 28 jun. 2013.

_, Tribunal Superior do Trabalho, RR 1034-74.2014.5.15.0002, Relator Ministro José Roberto Freire Pimenta, 2ª Turma, Diário eletrônico da Justiça doTrabalho, Brasília, 13 nov. 2015.

_, Tribunal Superior do Trabalho, RR 523-56.2012.5.04.0292, Relator Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, 7ª Turma, Diário eletrônico da Justiça do Trabalho, Brasília, 28 ago. 2015.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 15ª ed. SãoPaulo: Ltr, 2016.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 5. ed. SãoPaulo: Malheiros, 2004.

MINAS GERAIS, Tribunal Regional do Trabalho, RO 02169-55.2013.5.03.0014,Relator Jose Eduardo Resende Chaves Jr., 1ª Turma, Diário eletrônico da Justiça do Trabalho, Belo Horizonte, 14 ago. 2015.

FALSAS MEMÓRIAS E RECONHECIMENTO PESSOAL

FALSE MEMORIES AND PERSONAL RECOGNITION

Isis Stephani Borges Garcia Nunes[67]

RESUMO

O trabalho trata sobre os diversos aspectos psicológicos que envolvem as falsas memórias, o reconhecimento pessoal na fase inquisitorial e na fase processual, suas peculiaridades e decisões judiciais recentes sobre o tema.

Visa-se gerar debate acerca da complexidade da capacidade da mente humana, imersa em valores impostos socialmente, além de questões pessoais e assim observar as possibilidades de criação falsas memórias, sua influência em eventual prova testemunhal do processo penal. Somado ao questionamento tão complexo, cuidar para que não haja nenhuma espécie de revitimização e a atuação do poder judiciário com algumas decisões sobre o tema.

Abstract

The work deals with the various psychological aspects that involve false memories, personal recognition in the inquisitorial phase and in the procedural phase, its peculiarities and recent judicial decisions on the subject.

The aim is to generate debate about the complexity of the capacity of the human mind, immersed in socially imposed values, in

[67] Artigo de autoria exclusiva da autora.

addition to personal issues and thus observe the possibilities of creating false memories, their influence on eventual testimonial evidence of the criminal process. In addition to such complex questioning, care must be taken to avoid any kind of revictimization and the action of the judiciary with some decisions on the subject.

Palavras-chave: Falsas memórias; reconhecimento pessoal.

INTRODUÇÃO

O trabalho trata sobre os diversos aspectos psicológicos que envolvem as falsas memórias, o reconhecimento pessoal na fase inquisitorial e processual, suas peculiaridades e decisões judiciais recentes sobre o tema.

Apresentam-se algumas medidas para o cuidado com possíveis falsas memórias em testemunhos durante a instrução, cuidados que devem ser tomados por profissionais de todas as áreas, principalmente visando as investigações e de casos penais e o cuidado que envolve o poder judiciário.

Por intermédio de pesquisas documentais, utilizando-se de textos legislativos, jurisprudenciais, doutrinários e constitucionais, permitem estudar os aspectos subjetivos que podem envolver os depoimentos e as cautelas que devem ser tomadas pelo poder judiciário. E, é o que será trabalhado durante a presente obra.

Faz-se necessário o reconhecimento da relevância do trabalho para a prevalência dos direitos humanos, para o exercício da cidadania e a cautela no processo de apuração para eventual exercício do “jus puniendi”.

Desta forma, as pesquisas feitas contribuem para que, com o cuidado de não revitimizar e não descredibilizar as informações levadas ao processo por meio da vítima e ou testemunhas, mas com

a máxima cautela, de assegurar que todos os cuidados sejam tomados para que as garantias de todos os cidadãos que serão alvos de persecuções penais que sejam preservadas.

DESENVOLVIMENTO

A mente humana misteriosa ainda age e tem subterfúgios desconhecidos que no dia a dia podem ser perigosos nas articulações sociais, ainda que tentemos nos despir de aspectos diversos, estamos inseridos em um complexo de social que nos introjeta, de formas diferentes valores, sentimentos, afetos, sensações que, as vezes, mesmo em uma tentativa de autoconhecimento, não conseguimos desvendar de onde essas características surgem.

O ser humano é formado por características, valores, afetos e sensações individuais, coletivas e até mesmo sociais, de cultura do determinado período histórico em que está inserido. Assim, há que se cuidar, dos diversos aspectos que permeiam a mente humana.

O significado da palavra memória, "é faculdade de conservar e lembrar estados de consciência passados e tudo quanto se ache associado aos mesmos, é a formação, cognição, conservação e evocação de determinadas informações" (GESU, 2014, p.105).[68]

A conceituação das "falsas memórias" ocorreu entre o século XIX e o século XX em alguns países da Europa. O tema gerou interesse de profissionais da área do Direito, devido ao "reconhecimento pessoal" previsto no Código de Processo Penal.

Destaca-se que não são mentiras ou fantasias, são semelhantes às Memórias Verdadeiras, porém se diferenciam destas por serem compostas no todo ou em parte por lembranças de

[68] GESU, Cristina di. Prova penal e falsas memórias. 2. ed. ampl. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

informações ou eventos que não ocorreram na realidade, podendo serem condicionadas por sugestionabilidade.

As falsas memórias são produtos do funcionamento normal, não patológico, de nossa memória, podendo ser definido como recordações de eventos que não aconteceram, mas que passam a serem vividos como verdadeiros na imaginação dos declarantes.

Manifestam-se a partir da mistura de uma série de lembranças somadas à extinção parcial de grande parte delas (IZQUIERDO, 2011). A respeito da relevância dessas memórias falsas ao âmbito jurídico, Izquierdo salienta que: Durante o interrogatório de uma testemunha, um advogado astuto pode introduzir mudanças no material evocado através das palavras usadas na própria interrogação (2011, p. 79). [69]

Para os operadores do direito, quando reconhecem a importância de saber desse fenômeno das falsas memórias e seus reflexos no processo penal, surge uma dúvida crucial que é: como identificá-las. Para Trindade (2014), os relatos de falsas memórias podem ser detectados através de rupturas e de inconsistências do discurso.[70]

As falsas memórias são marcadas por serem um fenômeno da psicologia, abrangendo a psiquiatria e a neurologia, deve conhecer e entender para tentar ao máximo reduzir os seus impactos principalmente em processos que envolvem bens tão caros, como a privação da liberdade.

O Poder Judiciário deve tentar reduzir, senão zerar, a possibilidade de falsas memórias para servirem de lastro probatório em sentenças condenatórias.

Desta forma, os tribunais superiores, na tentativa de garantir direitos básicos, têm determinado em suas jurisprudências

[69] IZQUIERDO, Iván. Memória. 2 ed. rev. ampl. Porto Alegre: Artmed, 2011.
[70] TRINDADE, Jorge. Manual de psicologia jurídica para operadores do direito. 7. ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

que sejam tomadas medidas cuidadosas no momento do reconhecimento pessoal do acusado.

Com isso, deve-se observar que existe um Capítulo VII no Código de Processo Penal que trata sobre “Do Reconhecimento de Pessoas e Coisas” entre os artigos 226 a 228.

> *Artigo 226 do Código de Processo Penal:*
>
> *Quando houver necessidade de fazer-se o reconhecimento de pessoa, proceder-se-á pela seguinte forma:*
>
> *I - a pessoa que tiver de fazer o reconhecimento será convidada a descrever a pessoa que deva ser reconhecida;*
>
> *II - a pessoa, cujo reconhecimento se pretender, será colocada, se possível, ao lado de outras que com ela tiverem qualquer semelhança, convidando-se quem tiver de fazer o reconhecimento a apontá-la;*
>
> *III - se houver razão para recear que a pessoa chamada para o reconhecimento, por efeito de intimidação ou outra influência, não diga a verdade em face da pessoa que deve ser reconhecida, a autoridade providenciará para que esta não veja aquela;*
>
> *IV - do ato de reconhecimento lavrar-se-á auto pormenorizado, subscrito pela autoridade, pela pessoa chamada para proceder ao reconhecimento e por duas testemunhas presenciais.*
>
> *Parágrafo único. O disposto no nº III deste artigo não terá aplicação na fase da instrução criminal ou em plenário de julgamento.*

Em outubro de 2020 a 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça entendeu que o reconhecimento de pessoas deve observar o procedimento previsto no art. 226 do Código de Processo Penal, tal artigo passou a ser interpretado como garantia mínima para o todas as pessoas que são suspeitas.

Levando-se em consideração que a mente humana é passível de erros e que existem riscos de um reconhecimento falho, a inobservância do procedimento descrito na referida norma processual torna o reconhecimento invalidado, assim não pode ser utilizado em fundamentação de alguma eventual condenação. Ademais, o reconhecimento inválido não pode ser supervenientemente convalidado por ato em juízo.

Importante observar que o juiz pode se convencer da autoria delitiva a partir do conjunto probatório diversos, ou seja, utilizando-se de outras provas que não guardem relação de causa e efeito com o ato viciado de reconhecimento.

Ademais, o reconhecimento do suspeito por meio de exibição de fotografias, pode ocorrer como etapa antecedente de algum eventual reconhecimento pessoal e, portanto, não pode servir como prova em ação penal, ainda que confirmado em juízo, conforme decisão de Turma específica do Superior Tribunal de Justiça.

> *HC 598.886-SC, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, por unanimidade, julgado em 27/10/2020, DJe 18/12/2020. O reconhecimento de pessoa, presencialmente ou por fotografia, realizado na fase do inquérito policial, apenas é apto, para identificar o réu e fixar a autoria delitiva, quando observadas as formalidades previstas no art. 226 do Código de Processo Penal e quando corroborado por outras provas colhidas na fase judicial, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa.*
>
> *Segundo estudos da Psicologia moderna, são comuns as falhas e os equívocos que podem advir da memória humana e da capacidade de armazenamento de informações. Isso porque a memória pode, ao longo do tempo, se fragmentar e, por fim, se tornar inacessível para a reconstrução do fato. O valor probatório do reconhecimento, portanto, possui considerável grau de subjetivismo, a potencializar falhas e distorções do ato e, consequentemente, causar erros judiciários de efeitos deletérios e muitas vezes irreversíveis.*
>
> *O reconhecimento de pessoas deve, portanto, observar o procedimento previsto no art. 226 do*

> *Código de Processo Penal, cujas formalidades constituem garantia mínima para quem se vê na condição de suspeito da prática de um crime, não se tratando, como se tem compreendido, de "mera recomendação" do legislador. Em verdade, a inobservância de tal procedimento enseja a nulidade da prova e, portanto, não pode servir de lastro para sua condenação, ainda que confirmado, em juízo, o ato realizado na fase inquisitorial, a menos que outras provas, por si mesmas, conduzam o magistrado a convencer-se acerca da autoria delitiva. Nada obsta, ressalve-se, que o juiz realize, em juízo, o ato de reconhecimento formal, desde que observado o devido procedimento probatório.*
>
> *O reconhecimento de pessoa por meio fotográfico é ainda mais problemático, máxime quando se realiza por simples exibição ao reconhecedor de fotos do conjecturado suspeito extraídas de álbuns policiais ou de redes sociais, já previamente selecionadas pela autoridade policial. E, mesmo quando se procura seguir, com adaptações, o procedimento indicado no Código de Processo Penal para o reconhecimento presencial, não há como ignorar que o caráter estático, a qualidade da foto, a ausência de expressões e trejeitos corporais e a quase sempre visualização apenas do busto do suspeito podem comprometer a idoneidade e a confiabilidade do ato.*

Corroborando, a 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça tendo como Relator o Ministro Reynaldo Soares da Fonseca asseverou que os reconhecimentos efetuados pelas vítimas, ainda na fase do inquérito, não podem ser utilizado como evidência segura da autoria do delito.

Conforme diversos estudos apontam, a memória humana é falha, passível de esquecimento, pode ser influenciada por emoções e sugestões diversas, que podem vim de interações pessoais e ou sociais, gerando assim o que se chama de “falsas memórias”.

Além dos aspectos sociais e da comunidade, ainda pode-se observar que as “falsas memórias” podem ser criadas pelos fatores

que estão vinculados ou próprio momento do crime, como: o tempo percorrido para a ato criminoso, as características do agressor, o trauma vivido, a gravidade ou não do fato para a pessoa, o tempo que passou entre a violência e a realização do reconhecimento, as condições ambientais (tais como visibilidade do local, se durante o dia ou a noite, a claridade); estereótipos culturais (como cor, classe social, sexo, etnia etc.).

Clara a possibilidade de a memória humana, tanto da vítima quanto da testemunha de um delito, de cometer erros. Deve-se evidenciar que não se tratam de afirmações falsas consubstanciadas por má-fé, mas sim da falibilidade da memória humana.

Assim, tanto o reconhecimento fotográfico como também o reconhecimento presencial já em sede inquisitorial deve seguir os procedimentos descritos no art. 226 do CPP, de maneira a assegurar a melhor acuidade possível na identificação realizada.

Tendo em conta a ressalva, contida no inciso II do art. 226 do CPP, a colocação de pessoas semelhantes ao lado do suspeito será feita sempre que possível, devendo a impossibilidade ser devidamente justificada, sob pena de invalidade do ato. O reconhecimento fotográfico serve apenas inicialmente e deve ser ratificado por reconhecimento presencial, o mais rápido possível.

Deve-se verificar que, caso o reconhecimento, qualquer deles, tiverem sido realizados, em sede inquisitorial, ausentes dos preceitos do art. 226 do CPP e sem justificativa idônea para o descumprimento do rito processual, ainda assim o reconhecimento falho será impossível de ser utilizada para permitir a condenação, mesmo confirmado em juízo. Tratando-se de regra objetiva e de critério de prova, sem corroboração com o restante do conjunto probatório, produzido na fase judicial, não pode ser utilizado para condenação do réu, conforme decisão da 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça. HC 652284/SC, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 27/04/2021.

Em 22.02.2022 o Supremo Tribunal Federal também proferiu decisão entendendo que o descumprimento das formalidades previstas no artigo 226 do Código de Processo Penal exigidas para o reconhecimento de pessoas gera a nulidade do ato, desta forma o réu

condenado com base unicamente no ato será absolvido, salvo se tiverem provas da autoria que sejam independentes às do reconhecimento.

> *A desconformidade ao regime procedimental determinado no art. 226 do CPP deve acarretar a nulidade do ato e sua desconsideração para fins decisórios, justificando-se eventual condenação somente se houver elementos independentes para superar a presunção de inocência. STF. 2ª Turma. RHC 206846/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 22/2/2022 (Info 1045).*

Importantíssimo acrescentar que é inválido o reconhecimento fotográfico caso ocorra a posterior indução da autoridade policial para confirmação do ato de reconhecimento. Assim, em caso de condenação deve se verificar se ela está baseada exclusivamente no reconhecimento, se a resposta for sim e houver fundamentação apenas o reconhecimento, então o réu deve ser absolvido, se a resposta for não e a condenação estiver lastreada em outras provas então ele pode ser mantida, conforme lições trazidas pelo Ilustríssimo Márcio André Lopes Cavalcante, em seu site Dizer o Direito.

> *No caso concreto, o réu foi condenado, exclusivamente, com base em reconhecimento fotográfico realizado pela vítima e sem que nenhuma outra prova (apreensão de bens em seu poder, confissão, relatos indiretos etc.) autorizasse o juízo condenatório.*
> *Além disso, a autoridade policial induziu a vítima a realizar o reconhecimento - tornando-o viciado - ao submeter-lhe uma foto do paciente e do comparsa (adolescente), de modo a reforçar sua crença de que teriam sido eles os autores do roubo. Tal comportamento, por óbvio, acabou por comprometer a mínima aproveitabilidade desse reconhecimento.*
> *Estudos sobre a epistemologia jurídica e a psicologia do testemunho alertam que é contraindicado o show-up (conduta que consiste em exibir apenas a pessoa suspeita, ou sua fotografia, e solicitar que a vítima ou a testemunha reconheça se essa pessoa suspeita é, ou não,*

> *autora do crime), por incrementar o risco de falso reconhecimento.*
> *O maior problema dessa dinâmica adotada pela autoridade policial está no seu efeito indutor, porquanto se estabelece uma percepção precedente, ou seja, um pré-juízo acerca de quem seria o autor do crime, que acaba por contaminar e comprometer a memória.*
>
> *Ademais, uma vez que a testemunha ou a vítima reconhece alguém como o autor do delito, há tendência, por um viés de confirmação, a repetir a mesma resposta em reconhecimentos futuros, pois sua memória estará mais ativa e predisposta a tanto.*
> *STJ. 6ª Turma.HC 712781-RJ, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, julgado em 15/03/2022 (Info 730).*

Prosseguindo, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que pode ocorrer de ser desnecessário o procedimento previsto no artigo 226 do Código de Processo Penal embora se trate de garantia mínima a ser assegurada. Tal situação pode ocorrer se a vítima for capaz de individualizar o autor do fato. Conforme decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça. 6ª Turma. HC 721.963-SP, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 19/04/2022 (Info 733).

Posteriormente o Superior Tribunal de Justiça, ainda entendendo o artigo 226 do Código de Processo Penal como garantia mínima, observou outra situação em que a ausência das formalidades desse artigo não gera invalidade do reconhecimento pessoal.

Conforme se verificou, trata-se de um caso específico em que é possível fazer o distinguishing quanto ao acórdão expresso assim, que embora não tivessem ocorridas todas as formalidades enumeradas, a vítima traz elementos de forma que não há risco quanto a um eventual reconhecimento falho.

No caso específico acima a vítima afirma positivamente sobre a identidade do réu, do seu pai e seus vizinhos, assim o Tribunal Cidadão entendeu que não há a possibilidade de erro ou falha no reconhecimento que eventualmente não tenha seguido as formalidades do artigo 266 do Código de Processo Penal.

Ainda se observa que embora haja um reconhecimento invalidado, caso a condenação tenha utilizado lastro probatório como fundamento diverso do reconhecimento ela pode ser mantida. Desta forma, se houver outras provas robustas que possam fundamentar a sentença judicial, então poderá haver a condenação do réu.

Por fim, observa-se que há outro distinguishing, como no caso em que houve um reconhecimento pessoal que foi realizado após três meses do ato criminoso, enquanto o suposto autor do delito encontrava-se enfermo em uma maca no hospital. O fato ocorreu após a vítima ter afirmado durante o reconhecimento fotográfico que não seria capaz de apontar o suposto autor do delito.

> *É nula a condenação fundamentada em reconhecimento fotográfico que, além de ter sido realizado com grande lapso temporal dos fatos, encontra-se em contradição com os depoimentos prestados pela vítima, não sendo possível a sua convalidação em juízo.*
>
> *STJ. 6ª Turma. HC 664537-RJ, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, julgado em 16/08/2022 (Info 746).*

CONCLUSÃO

No decorrer do trabalho restou claro que toda a complexidade e a subjetividade que envolve a mente humana, permeada por aspectos psicológicos inumeráveis que podem levar ao fenômeno das falsas memórias.

Assim, ao apurar um fato criminal que se envolvem direitos tão caros e ambos os lados, deve-se fazer uso de força Estatal, do Poder Judiciário, com profissionais bem treinados, despidos ao máximo de suas subjetividades, comprometidos com direitos e garantias fundamentais a todos os seres humanos.

Devido a gama de complexidades é que o ato do reconhecimento pessoal, tanto na fase inquisitorial como na fase

processual deve obedecer toda formalidade que à cerca, na tentativa de preservação dos direitos humanos.

Desta forma, com base: no fundamento da cidadania; nos objetivos de constituir uma sociedade livre, justa e solidária e de promover o bem de todos sem quaisquer preconceitos e, no princípio da prevalência dos direitos humanos é que o Estado Democrático de Direito deve proteger e promover os direitos e garantias de todos os cidadãos.

REFERÊNCIAS

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

DECRETO-LEI Nº 3.689, DE 3 DE OUTUBRO DE 1941. Código de Processo Penal.

GESU, Cristina di. Prova penal e falsas memórias. 2. ed. ampl. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

GRECO FILHO, Vicente. Manual do Processo Penal. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/d17e6bcbcef8de3f7a00195cfa5706f1?palavra-chave=%22reconhecimento+pessoal%22+&criterio-pesquisa=e

https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/1ae5168b14a6091d623291902ac36e7c?palavra-chave=%22reconhecimento+pessoal%22+&criterio-pesquisa=e

https://processo.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisarumaedicao&livre=0684.cod.

https://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo1045.htm

https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/b0ced0814fa6619b258c1dc71bc965c9?palavra-chave=%22reconhecimento+pessoal%22+&criterio-pesquisa=e

https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/36107e6b72b64a32dfce109719e892ad?palavra-chave=%22reconhecimento+pessoal%22+&criterio-pesquisa=e

https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/3791226cb3fcb9a6710e1ead55571d86?palavra-chave=%22reconhecimento+pessoal%22+&criterio-pesquisa=e

IZQUIERDO, Iván. Memória. 2 ed. rev. ampl. Porto Alegre: Artmed, 2011.

LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal. 4. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016.

LOFTUS, Elizabeth F. Criando Memórias Falsas. Disponível em: http://ateus.net/artigos/miscelanea/criando-memorias-falsas/. Acesso em: 30 maio 2022.

MATIDA, Janaina. Standards de prova: a modéstia necessária a juízes na decisão sobre os fatos. In: CALDAS, Diana Furtado; ANDRADE, Gabriela Lima;

TRINDADE, Jorge. Manual de psicologia jurídica para operadores do direito. 7. ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

A GARANTIA DO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO[71]

THE GUARANTEE OF THE ADVERSARIAL PRINCIPLE IN BRAZILIAN CIVIL PROCEDURE

Gabriel Pereira Saraiva Nunes Carvalho[72]

RESUMO

Busca o presente trabalho analisar as principais hipóteses legislativas que fundamentam o princípio do contraditório no Direito brasileiro. Dessa forma, objetiva-se delimitar a aplicação do princípio do contraditório no âmbito do sistema processual civil a partir da aferição das respectivas limitações impostas ao juiz no momento de proferir uma decisão judicial. Verifica-se a relevância da pesquisa diante da tensão existente entre o poder jurisdicional exercido pelo Estado para solucionar a lide e as garantias constitucionais protetivas aos litigantes que objetivam a limitação do aludido poder, o que pode gerar certa dificuldade para a exata aplicação das regras e princípios constitucionalmente estabelecidos sobre a temática. Portanto, é necessária uma análise atenta sobre o tema de modo a auxiliar os operadores do direito e, assim, evitar eventuais abusos do Estado na condução do processo.

[71] Artigo de autoria exclusiva do autor

[72] Advogado. Pós-graduado em Direito Civil e Direito Público.

Palavras-Chave: Princípio do contraditório; segurança jurídica; processo civil; limitações ao poder do juiz; princípios constitucionais; igualdade entre as partes.

ABSTRACT

The present work analyses the main legislative hypotheses that underlie the adversarial principle in Brazilian law. Thus, the objective is to delimit the application of the adversarial principle within the scope of the civil procedural system from the assessment of the respective limitations imposed on the judge when issuing a judicial decision. The relevance of the research is verified in the face of the existing tension between the jurisdictional power exercised by the State to resolve the dispute and the constitutional guarantees that protect litigants who aim to limit the aforementioned power, which can generate some difficulty for the exact application of the rules and constitutionally established principles on the subject. Therefore, a careful analysis on the subject is necessary in order to assist legal operators and, thus, avoid possible abuses by the State in the conduct of the process.

Keywords: Adversarial principle; legal security; civil procedure; limitations on the power of the judge; constitutional principles; equality between the parties.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho buscará delimitar a aplicação do princípio do contraditório no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro a partir da aferição das respectivas limitações impostas ao juiz no momento de proferir uma decisão judicial.

Verifica-se a relevância da pesquisa diante da tensão existente entre o poder jurisdicional exercido pelo julgador para

resolver determinado conflito e as garantias constitucionais protetivas aos litigantes que objetivam a limitação do aludido poder, o que pode gerar certa dificuldade para a exata aplicação das regras e princípios constitucionalmente estabelecidos sobre a temática. Portanto, é necessária uma análise atenta sobre o tema de modo a auxiliar os operadores do direito e, assim, evitar eventuais abusos do Estado na condução do processo.

Propõe-se demostrar, portanto, mediante a análise da legislação pátria, que os julgadores deverão observar determinados limites, dentre os quais destaca-se o princípio do contraditório, base do sistema processual civil brasileiro e previsto na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Assim, segundo o referido princípio, o juiz possui o dever de provocar o debate e a oportunidade de manifestação das partes sobre todas as questões relativas ao processo, inclusive as de conhecimento oficioso, impedindo que a decisão judicial seja proferida com base de fatos e argumentos a respeito dos quais não se tenha dado as partes oportunidade de se manifestar.

Dessa forma, o princípio do contraditório contribui para o fortalecimento do valor da segurança jurídica no desenvolvimento e aperfeiçoamento do processo civil brasileiro.

Assim, na primeira seção, será tratado a delimitação do conceito de direito processual civil e seu objeto como base para a compreensão do campo de abrangência da disciplina.

Ademais, a segunda seção objetivará o estudo do princípio do contraditório no contexto do sistema processual civil brasileiro. Nesse sentido, será desenvolvido o conceito de princípio do contraditório, explorando os principais aspectos e hipóteses relacionadas, tanto na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, quanto na jurisprudência. Com efeito, será abordada a delimitação do conteúdo básico do aludido princípio a partir do entendimento doutrinário predominante e adotado pelos diversos tribunais do país.

Para estudar este problema, os instrumentos utilizados serão extraídos de ampla pesquisa doutrinária, da análise de artigos científicos e de jurisprudências acerca do tema. Ademais, adota-se,

na pesquisa, o método dedutivo por meio da revisão bibliográfica, da análise jurisprudencial e do estudo legislativo do direito pátrio. Por fim, a conclusão residirá na aferição dos limites que o juiz deverá observar no momento de proferir as decisões judiciais.

2. O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL

Em todo o ramo do direito, os princípios específicos de cada disciplina se revelam como um vetor interpretativo e normativo essencial na compreensão da aplicação da lei. Contudo, antes de iniciar a análise propriamente dita dos princípios do contraditório e da ampla defesa, é necessário delimitar o conceito de direito processual civil, o objeto de estudo da disciplina.

2.1. Conceito de direito processual civil

Segundo as lições de Misael Montenegro Filho, o direito processual civil integra o direito público e refere-se ao conjunto de normas jurídicas que disciplinam a jurisdição, a ação e o processo. Assim, a jurisdição consiste na atribuição do Estado em solucionar os conflitos de interesses, enquanto que a ação é o direito conferido aos jurisdicionados a requerer a solução do conflito de interesses. Já o processo seria o instrumento adequado para viabilizar esse direito.[73]

Nessa lógica, o Estado exerce a jurisdição de modo que assume quase a exclusiva tarefa de solucionar conflitos de interesses que não foram resolvidos entre as partes. No entanto, são admitidas, excepcionalmente, no ordenamento jurídico brasileiro, outras

[73] MONTENEGRO FILHO, Misael. *Direito Processual Civil*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 53.

modalidades de solução de conflitos como o exercício da autodefesa ou a justiça com as próprias mãos em casos específicos.[74]

Vale destacar ainda que os conflitos solucionados por meio da aplicação das normas relacionadas ao processo civil são de natureza não penal, se afastando dos casos dos crimes de homicídio, roubo, furto, estelionato, não se inserindo na competência da Justiça do Trabalho, Eleitoral e Militar.

No mesmo sentido, Leonardo Greco defende que o direito processual seria definido como o ramo do direito público interno que disciplina os princípios e as regras que se relacionam com o exercício da função jurisdicional do Estado. Trata-se, portanto, de uma disciplina de direito público pelo fato de dispor sobre o exercício de uma função predominantemente pública que é a função jurisdicional. Esta função é essencial para o Estado Democrático de Direito, pois emana da própria soberania estatal de modo que cada nação soberana possui seus próprios juízes e cria as regras que devem ser observadas no desempenho de suas atribuições.[75]

Ademais, o Direito Processual se classifica como interno e internacional: o primeiro refere-se à disciplina do exercício da jurisdição pelos órgãos próprios de cada Estado soberano e o segundo buscar reger a jurisdição dos tribunais supranacionais, a cooperação jurisdicional internacional e o cumprimento de decisões da justiça de um país pela justiça de outro.[76]

Logo, nota-se que o direito processual atua quando algum sujeito necessita recorrer ao juiz para pedir uma determinada solução diante de um estado de coisas que lhe desagrada. A partir dessa iniciativa do indivíduo, há a instauração do processo.[77] Por isso, o

---

74 MONTENEGRO FILHO, Misael. *Direito Processual Civil*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 53.

75 GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*. v. I. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 34.

76 GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*. v. I. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 34.

77 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do novo processo civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 16.

Código de Processo Civil dispõe que, em regra, o processo começa por iniciativa das partes. Veja-se:

> Art. 2º O processo começa por iniciativa da parte e se desenvolve por impulso oficial, salvo as exceções previstas em lei.

Assim, o processo consiste na técnica para a solução imperativa de conflitos, formada a partir da atuação dos juízos e tribunais frente ao caso em concreto de modo que possui quatro institutos fundamentais: jurisdição, ação, defesa e processo. O direito processual como um todo e cada disciplina objeto de seu estudo abrange o poder a ser exercido pelo juiz, as posições das pessoas interessadas e as formas como as situações jurídicas subjetivas são exteriorizadas em atos coordenados aos objetivos preestabelecidos com o intuito de realizar a tutela jurisdicional à parte no processo que tiver razão e estiver protegida pelo direito material objeto da lide.[78]

Nessa esteira, o processo constitui o método de trabalho responsável pela coordenação do exercício das atividades jurisdicionais exercidas pelo juiz, da ação pelo autor e da defesa pelo réu. Esse poder estatal do julgador será sempre exercido mediante um procedimento preestabelecido, sob pena de ilegitimidade e ilegalidade em sua atuação. Tal procedimento é caracterizado como processo quando for realizado em contraditório e com a outorga de poderes, deveres, faculdades e ônus aos seus sujeitos, de modo que haja a presença de uma relação jurídica processual.[79]

Ressalte-se ainda que a legalidade no exercício do poder está diretamente relacionada ao procedimento escorreito. A lei prevê o modelo dos atos do processo, sua sequência e seu desenvolvimento de forma a estabelecer limites ao exercício do poder estatal com o intuito de evitar abusos. Conclui-se, portanto, que a observância do procedimento é fator que legitima o exercício do poder

[78] DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do novo processo civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 17.

[79] DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do novo processo civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 123.

e o procedimento ganha legitimidade se realizado dentro dos contornos delimitados pela lei.[80]

Os aludidos limites, disciplinados no ordenamento jurídico brasileiro pelo Código de Processo Civil, devem se coadunar com as garantias constitucionais, favorecendo a efetiva participação dos sujeitos interessados. Tal conjuntura propicia a realização do núcleo essencial do contraditório e constitui postulado basilar do Estado Democrático de Direito.[81]

Verifica-se, assim, que, diante da necessidade de observância das garantias constitucionais, a primeira fonte do direito processual é a Constituição Federal de modo a revelar o conteúdo dos princípios e das regras que compõem o sistema de normas que regem o direito processual civil brasileiro.[82]

Portanto, na delimitação da teoria geral do processo, deve haver a identificação dos princípios e garantias que coordenam e tutelam as posições dos sujeitos do processo e a forma de execução dos atos que realizam ou podem realizar. Desse modo, o sistema processual reúne a harmonização e combinação de institutos, princípios e garantias que vão formar a base do processo civil.[83]

2.2. Objeto do direito processual civil

No tocante ao objeto do direito processual civil, Cassio Scarpinella Bueno leciona que a aludida disciplina não se concentra apenas no “processo de conhecimento”, ou seja, na análise dos atos processuais realizados desde a petição inicial até o trânsito em julgado da sentença, incluindo eventuais recursos interpostos de

80 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do novo processo civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 123.
81 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do novo processo civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 123.
82 GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*. v. I. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 36.
83 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do novo processo civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 17.

impugnação da decisão. Atualmente, é necessário estudar também os atos relativos ao cumprimento do que foi decidido em busca da satisfação do direito que foi reconhecido em juízo.[84]

Assim, diante da perspectiva de que o "processo de conhecimento" não se torna o único foco de atenção, o Código de Processo Civil brasileiro confirma essa tendência doutrinária de modo que se revela essencial o estudo dos atos que visam assegurar o resultado útil do que for decidido ou até antecipar o momento em que a satisfação do direito será alcançada. Verifica-se, nesse cenário, que a sentença não é sinônimo de satisfação do direito.[85]

2.3. Princípio do contraditório

O princípio do contraditório encontra-se identificado por parte da doutrina como princípio da bilateralidade da audiência ao indicar a necessária participação de ambas as partes do processo em influir nos atos e decisões do juiz. Assim, tal noção constitui desdobramento direto do princípio devido processo legal pelo fato de ser necessária a observância das formalidades legais para assegurar às partes esse direito.[86]

O aludido princípio está previsto no art. 5º, inciso LV da Constituição Federal que possui a seguinte previsão: "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".

Nesse sentido, José Afonso da Silva afirma que o princípio do contraditório seria um pressuposto essencial na realização de um processo justo e, caso não seja observado, a apreciação judicial seria ausente de valor. Assim, a natureza processual do contraditório origina-se na regra do "audiatur et altera pars", ou seja, a exigência

84 BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, pp. 53-54.

85 BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 54.

86 DOS SANTOS, Eduardo Rodrigues. *Princípios processuais constitucionais*. 1. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, 133-134.

de se dar ciência a cada litigante dos atos praticados pela parte contrária com o intuito de serem contestados e questionados.[87]

Logo, o contraditório consiste em uma estrutura dialética que permite a participação dos destinatários dos efeitos da decisão judicial na formação do convencimento do julgador. Seguindo essa lógica, o juiz deve dar igual oportunidade às partes para se manifestarem para que ele, ponderando os argumentos apresentados pelos litigantes, possa preferir uma decisão.[88]

Nota-se, portanto, que o princípio do contraditório representa uma verdadeira garantia de não surpresa, sendo imposto ao juiz o dever de provocar o debate e a oportunidade de manifestação das partes sobre todas as questões relativas ao processo, inclusive as de conhecimento oficioso, impedindo que o julgador decida com base de fatos e argumentos a respeito dos quais não se tenha dado as partes oportunidade de se manifestar.[89]

Com o intuito de assegurar esse direito, o art. 10 do Código de Processo Civil indica que “O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício”.

Portanto, por meio do contraditório, garante-se o tratamento isonômico entre as partes de modo que uma não tenha mais privilégios do que a outra, sendo obrigação do juiz tratá-las de forma igualitária.[90]

Vale destacar ainda que, no julgamento do RE 1067086 em repercussão geral realizado em 16/09/2020, o Supremo Tribunal Federal ressaltou a importância de assegurar o respeito ao princípio do contraditório nos casos de inscrição de entes federados em

87 DOS SANTOS, Eduardo Rodrigues. *Princípios processuais constitucionais*. 1. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, 134.
88 DOS SANTOS, Eduardo Rodrigues. *Princípios processuais constitucionais*. 1. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, 133-138.
89 DOS SANTOS, Eduardo Rodrigues. *Princípios processuais constitucionais*. 1. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, 133-138.
90 DOS SANTOS, Eduardo Rodrigues. *Princípios processuais constitucionais*. 1. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, 133-138.

cadastro de inadimplentes (ou outro que dê causa à negativa de realização de convênios, acordos, ajustes ou outros instrumentos congêneres que impliquem transferência voluntária de recursos).

Assim, somente será reconhecido a realização da inscrição de entes federados em cadastro de inadimplentes se, dentre outros requisitos, for feita após a devida notificação do ente faltoso e o decurso do prazo para impugnar (conforme constante em lei, regras infralegais ou em contrato), independentemente de tomada de contas especial, nos casos de não prestação de contas, não fornecimento de informações, débito decorrente de conta não prestada, ou quaisquer outras hipóteses em que incabível a tomada de contas especial. Veja-se:

> EMENTA RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. DIREITO ADMINISTRATIVO, FINANCEIRO E CONSTITUCIONAL. INSCRIÇÃO NO CADASTRO DE INADIMPLENTES DO SISTEMA INTEGRADO DE ADMINISTRAÇÃO FINANCEIRA DO GOVERNO FEDERAL – SIAFI/CADIN. DIREITO DA UNIÃO E DOS ESTADOS DE CONDICIONAR A ENTREGA DE RECURSOS AO PAGAMENTO DE SEUS CRÉDITOS, INCLUSIVE DE SUAS AUTARQUIAS. ART. 160, PARÁGRAFO ÚNICO, I, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. AUSÊNCIA DE CONFLITO COM A GARANTIA DO CONTRADITÓRIO, AMPLA DEFESA E DEVIDO PROCESSO LEGAL. ART. 5º, LIV e LV, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. VINCULAÇÃO AOS CADASTROS PARA A ENTREGA DE NOVOS RECURSOS. OBRIGAÇÃO LEGAL DIVERSA DO OBJETO DA AÇÃO. CARACTERIZAÇÃO DA INADIMPLÊNCIA PARA INSCRIÇÃO DE RESTRIÇÃO EM CADASTROS. MOMENTO. PRÉVIO JULGAMENTO DE TOMADA DE CONTAS ESPECIAL PELO TRIBUNAL DE CONTAS. NECESSIDADE NOS CASOS DE POSSIBILIDADE DE REVERSÃO DA INADIMPLÊNCIA. FIXAÇÃO DE TESE. RECURSO EXTRAORDINÁRIO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. Não viola o art. 160, I, da Constituição Federal a exigência do julgamento da tomada de contas especial para inscrição, em cadastro de inadimplentes, de ente subnacional que pretende receber recursos da União. 2. É

requisito para a inscrição de ente subnacional em cadastro de inadimplentes o julgamento da tomadas de contas especial ou de outro procedimento específico instituído por lei que permita a apuração dos danos ao erário federal e das respectivas responsabilidades, desde que cabível à hipótese e possa resultar em reversão da inadimplência. Garantia do devido processo legal, contraditório e ampla defesa. Inteligência do disposto no art. 5º, LIV, e LV, da Constituição Federal. 3. É dispensável o julgamento ou mesmo a instauração da tomada de contas especial para a inscrição de ente subnacional em cadastro de inadimplentes, quanto tal procedimento não puder resultar em reversão da inadimplência, bastando, nestas hipóteses, a devida notificação do ente faltoso e o decurso do prazo nela previsto. 4. Fixação da seguinte tese em repercussão geral: "A inscrição de entes federados em cadastro de inadimplentes (ou outro que dê causa à negativa de realização de convênios, acordos, ajustes ou outros instrumentos congêneres que impliquem transferência voluntária de recursos), pressupõe o respeito aos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, somente reconhecido: a) após o julgamento de tomada de contas especial ou procedimento análogo perante o Tribunal de Contas, nos casos de descumprimento parcial ou total de convênio, prestação de contas rejeitada, ou existência de débito decorrente de ressarcimento de recursos de natureza contratual (salvo os de conta não prestada) e; b) após a devida notificação do ente faltoso e o decurso do prazo nela previsto (conforme constante em lei, regras infralegais ou em contrato), independentemente de tomada de contas especial, nos casos de não prestação de contas, não fornecimento de informações, débito decorrente de conta não prestada, ou quaisquer outras hipóteses em que incabível a tomada de contas especial." 4. Recurso extraordinário a que se nega provimento, com fixação de tese em repercussão geral.

(RE 1067086, Relator(a): ROSA WEBER, Tribunal Pleno, julgado em 16/09/2020, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-254 DIVULG 20-10-2020 PUBLIC 21-10-2020 – grifo nosso)

Portanto, no caso em comento, o princípio do contraditório se mostra como um instrumento essencial para garantir do equilíbrio do pacto federativo de forma que não haja abusos na inscrição de entes federados por outro em cadastro de inadimplentes, permitindo a regular realização de convênios, acordos, ajustes ou outros instrumentos congêneres que impliquem transferência voluntária de recursos na realização do interesse público.

3. CONCLUSÃO

O princípio do contraditório se mostra um importante instrumento de garantia constitucional fundamental de limitação ao poder do julgador e consiste em forma de expressão da segurança jurídica. Dessa forma, o estudo de suas hipóteses de incidência torna-se relevante para garantir a consolidação de um sistema processual civil justo. Diante de tudo o que se expôs, é possível extrair as seguintes conclusões.

O direito processual civil integra o direito público e refere-se ao conjunto de normas jurídicas que disciplinam a jurisdição, a ação e o processo. Assim, a jurisdição consiste na atribuição do Estado em solucionar os conflitos de interesses, enquanto que a ação é o direito conferido aos jurisdicionados a requerer a solução do conflito de interesses. Já o processo seria o instrumento adequado para viabilizar esse direito

No tocante ao objeto do direito processual civil, a aludida disciplina não se concentra apenas no “processo de conhecimento”, ou seja, na análise dos atos processuais realizados desde a petição inicial até o trânsito em julgado da sentença, incluindo eventuais recursos interpostos de impugnação da decisão. Atualmente, é necessário estudar também os atos relativos ao cumprimento do que foi decidido em busca da satisfação do direito que foi reconhecido em juízo.

Nesse sentido, o princípio do contraditório constitui um pressuposto essencial na realização de um processo justo e, caso não

seja observado, a apreciação judicial é ausente de valor. Assim, a natureza processual do contraditório origina-se na regra do “audiatur et altera pars”, ou seja, a exigência de se dar ciência a cada litigante dos atos praticados pela parte contrária com o intuito de serem contestados e questionados.

No julgamento do RE 1067086 em repercussão geral realizado em 16/09/2020, o Supremo Tribunal Federal ressaltou a importância de assegurar o respeito ao princípio do contraditório nos casos de inscrição de entes federados em cadastro de inadimplentes (ou outro que dê causa à negativa de realização de convênios, acordos, ajustes ou outros instrumentos congêneres que impliquem transferência voluntária de recursos).

Nota-se, portanto, que o princípio do contraditório representa uma verdadeira garantia de não surpresa, sendo imposto ao juiz o dever de provocar o debate e a oportunidade de manifestação das partes sobre todas as questões relativas ao processo, inclusive as de conhecimento oficioso, impedindo que o julgador decida com base de fatos e argumentos a respeito dos quais não se tenha dado as partes oportunidade de se manifestar.

Ante o exposto, verifica-se a enorme relevância que o princípio do contraditório ocupa na segurança jurídica do ordenamento jurídico brasileiro de modo a limitar o poder do juiz com o intuito de que não haja arbitrariedades no exercício de tal competência. Dessa forma, a precisa delimitação do princípio do contraditório contribui para o tratamento isonômico dos litigantes, permitindo, assim, a construção de um sistema processual civil justo.

4. REFERÊNCIAS

BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do novo processo civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

DOS SANTOS, Eduardo Rodrigues. *Princípios processuais constitucionais*. 1. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*. v. I. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

MONTENEGRO FILHO, Misael. *Direito Processual Civil*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

RELIGIÃO E POLÍTICA NA DITADURA CIVIL-MILITAR NO BRASIL: NOTAS SOBRE A RESISTÊNCIA DE CATÓLICOS E PROTESTANTES NA REDEMOCRATIZAÇÃO E INFLUÊNCIA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL[91]

RELIGION AND POLITICS IN THE CIVIL-MILITARY DICTATORSHIP IN BRAZIL: NOTES ON THE RESISTANCE OF CATHOLICS AND PROTESTANTS IN THE REDEMOCRATIZATION AND INFLUENCE IN THE FEDERAL CONSTITUTION

Bianca Monteiro de Souza[92]

RESUMO

meio das ações dos seres humanos em seu nome. Podemos encontrar Inquisição, que com argumentos religiosos persegue e mata inúmeras pessoas ou os Anabatistas que defendiam a divisão das riquezas e das terras que estava com os mais poderosos. E entre uns e outros uma gama extensa de papéis que as religiões ligadas ao cristianismo exerceram, seja para a manutenção da ordem ou contra ela; embora, do ponto de vista oficial, a igreja católica e/ou protestante, tenha se atrelado muito mais a manutenção da ordem, afinal dela fazia parte. A religião não pode ser excluída da luta de classes, portanto, é imperioso analisá-la dialeticamente. No presente texto, falaremos sobre os cristãos que se aproximaram mais da contestação da ordem do que na sua manutenção, embora, nessa tarefa, em alguma medida é necessário falar dos que a defenderam. O faremos no contexto brasileiro de ditadura civil militar (1964-1985),

[91] Artigo de autoria exclusiva da autora

[92] Bacharela em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Pós-Graduada em Direitos Humanos (Curso CEI).

especialmente, na transição entre a ditadura e a democracia. Iniciaremos com o papel da igreja católica, sobretudo os que se atrelaram a “opção pelos pobres” que é onde encontramos o maior número de referenciais teóricos, mas também traremos a participação dos protestantes nesse processo.

Palavras chaves: Redemocratização, Constituição Federal, Religião, Política e Ditadura civil-militar

Abstract

Throughout history we can evaluate religion from different perspectives through the actions of human beings on its behalf. We can find the Inquisition, which with religious arguments persecuted and killed countless people, or the Anabaptists who defended the division of riches and lands that belonged to the most powerful. And between one and the other, a wide range of roles that religions linked to Christianity played, whether for the maintenance of order or against it; although, from an official point of view, the Catholic and/or Protestant church was much more closely linked to the maintenance of order, after all it was part of it. Religion cannot be excluded from the class struggle, therefore, it is imperative to analyze it dialectically. In the present text, we will talk about the Christians who came closer to contesting the order than maintaining it, although, in this task, to some extent it is necessary to speak of those who defended it. We will do so in the Brazilian context of civil-military dictatorship (1964-1985), especially in the transition between dictatorship and democracy. We will start with the role of the Catholic Church, especially those linked to the “option for the poor”, which is where we find the largest number of theoretical references, but we will also bring the participation of Protestants in this process

Keywords: Redemocratization, Federal Constitution, Religion, Politics and civil-military dictatorship

INTRODUÇÃO

Ao logo da história podemos avaliar a religião sob diferentes perspectivas por meio das ações dos seres humanos em seu nome. Podemos encontrar Inquisição, que com argumentos religiosos persegue e mata inúmeras pessoas ou os Anabatistas que defendiam a divisão das riquezas e das terras que estava com os mais poderosos. E entre uns e outros uma gama extensa de papéis que as religiões ligadas ao cristianismo exerceram, seja para a manutenção da ordem ou contra ela; embora, do ponto de vista oficial, a igreja católica e/ou protestante, tenha se atrelado muito mais a manutenção da ordem, afinal dela fazia parte. A religião não pode ser excluída da luta de classes, portanto, é imperioso analisá-la dialeticamente.

No presente texto, falaremos sobre os cristãos que se aproximaram mais da contestação da ordem do que na sua manutenção, embora, nessa tarefa, em alguma medida é necessário falar dos que a defenderam. O faremos no contexto brasileiro de ditadura civil militar (1964-1985), especialmente, na transição entre a ditadura e a democracia. Iniciaremos com o papel da igreja católica, sobretudo os que se atrelaram a “opção pelos pobres” que é onde encontramos o maior número de referenciais teóricos, mas também traremos a participação dos protestantes nesse processo.

A RELIGIÃO É O ÓPIO DO POVO?

Elizete da Silva ao discutir Engels e a abordagem científica da religião aponta que

> Na concepção teórica engelsiana os fênomenos religiosos mantém uma relação estreita com o contexto social. As intermediações com o sagrado não são a priori criadas por uma divindade e mantidas de forma miraculosa por um sacerdote, ao contrário foram os homens coletivamente, vivendo

> em sociedade, que criaram os deuses e a religião. A crítica da teologia se transforma em crítica política, diria o próprio Marx (Elizete, 2007, p.175).

A relação entre o materialismo histórico e a luta de classes é marcada por vínculos ao longo da história, entretanto, como reflete Silva (2007) ao reduzir a contribuição de Marx e Engels a famosa frase "a religião é o ópio do povo" as obras que fizeram, sobretudo Engels, foi deixada em segundo plano. Essa autora aponta obras relevantes de Engels que discutem religião e a pauta de contestação social, e "em todos os textos a religião é concebida como um fenômeno construído culturalmente ao longo do processo histórico" (SILVA, 2007, p.175)[93].

A *Guerra dos Camponeses*, obra engelsiana publicada em 1870, apresentada pela autora, merece nosso destaque. Ela trata de revoltas que aconteceram na Alemanha no contexto da Reforma Protestante "era um movimento de caráter religioso, dirigido pelos anabatistas, grupo religioso radical que pleiteava transformações sociais além da reforma puramente doutrinária defendida pelos luteranos" (SILVA, 2007, p.176), entre outras pautas, reivindicavam reforma agrária e o direito de eleger seus governantes, baseando-se nos textos bíblicos. Esses conflitos entre as classes no cerne das suas motivações. Engels aponta o líder dos anabatistas, Thomas Münzer, como um líder revolucionário com um programa radical.

Elencamos o exemplo dos anabatistas para ilustrar uma conclusão já alcançada por estudiosos marxistas da religião, como Michael Löwy e Elizete da Silva, que a religião além do papel de manutenção da ordem pode assumir papéis de contestação e até revolucionários, "como o próprio Marx já havia reconhecido, a religião era o ópio do povo, mas era também o suspiro da criatura oprimida, a teoria geral desde mundo ou uma forma de linguagem, de conhecer as realidades (SILVA, 2007, p.178)".

[93] As obras escolhidas pela autora são: A guerra dos camponeses, Do socialismo utópico ao socialismo científico e Contribuição a História do Cristianismo Primitivo.

Saindo da Europa e indo para América, especificamente o Brasil, temos inúmeros movimentos de contestação que se basearam em perspectivas da religiosidade cristã, destacamos aqui, o Movimento de Canudos na Bahia (1896-1897) liderada por Antonio Conselheiro. Segundo, José Carlos Barreto de Santana e Manoel Antônio dos Santos Neto se caracterizavam por

> 1- sua religiosidade católica autônoma, mas nada herética, que entrou em rota de colisão com as altas autoridades da Igreja; 2- a escassez de mão de obra para os latifúndios que foi agravada pela migração para Canudos, cujo crescimento populacional ameaçava as fazendas e as propriedades rurais; 3 – conflito político existente no Estado da Bahia que opunha facções e acusava-se o Conselheiro de tomar partido de uma delas e, 4 – a disputa política que se travava no Rio de Janeiro, capital da República, entre os setores "civilistas", que apoiavam o Presidente Prudente de Morais, e os setores "jacobinos e florianistas", que advogavam uma candidatura militar à sucessão presidencial de 1898" (Ventura, 2003, 49). (Neto e SANTANA, 2005, p.1)

Vendo os pontos elencados pelos autores percebemos uma ligação direta entre a questão religiosa e o contexto social, foi a junção de centenas de desapropriados em uma cidade onde todos comiam e podiam viver sua religiosidade sem as marcas da oficialidade da Igreja, o refúgio contra a fome que assolava a nova república e suas desigualdades sociais. A organização e o agrupamento dos subalternos se torna uma opção dentro do "suspiro da criatura oprimida", como apontou Silva "em determinadas sociedades estratificadas, onde a sociedade civil não está satisfatoriamente organizada, ou há ausência de estruturas representativas de poder, a religião cumpre um papel de canal de expressão social e organização coletiva (SILVA, 2007, p.183)".

Cerca de sessenta anos depois surge, sobretudo, na América Latina e alguns países asiáticos a Teologia da Libertação "um verdadeiro movimento social de caráter religioso (SILVA, 2007, p.184)" que assumiu uma escolha pelos pobres, e nessa tarefa, tem categorias marxistas como aliadas,

> A leitura da Bíblia passa a ser feita na perspectiva da visão profética libertadora e não mais na ótica sacerdotal legitimadora da ordem social. O diálogo entre marxismo e religião deu-se de forma consequente e criativa, um dos motivos que levaram posteriormente à sua condenação pelo Vaticano e no campo protestante os progressistas foram expurgados de suas comunidades (SILVA, 2007, p.184).

As Comunidades Eclesiásticas de Base foram um fruto importante dessa movimentação na organização de diversos movimentos sociais no contexto de luta contra a ditadura, mostrando que a religião e a fé podem ser instrumentos de contestação à ordem, mesmo que na maioria das vezes, não o sejam, do ponto de vista oficial da igreja, vide os expurgos que sofreram os cristãos que optaram pelos pobres.

UM BREVE BALANÇO DO CRISTIANISMO DA LIBERTAÇÃO NO BRASIL

No contexto de luta contra a ditadura o trabalho de base realizado pela Igreja Católica foi essencial. Salientamos que a Igreja Católica não foi a única, mas foi a que mais teve expressão – talvez pelo largo alcance que conseguiu ter os padres que optaram pelos pobres. A Teologia da Libertação portanto, é um tema que merece aprofundamento nesse texto. Michael Löwy apresenta uma síntese relevante sobre o cristianismo da libertação e o marxismo na coletânea intitulada História do Marxismo no Brasil, no seu volume 6, que tem como eixo os partidos e movimentos após os anos 1960.

Para Löwy (2014), além de um conjunto de obras publicadas a partir dos anos 1970, a teologia da libertação é um movimento social que surge desde a década de 1960

> Esse movimento inclui setores significativos do clero – padres, freiras, ordens religiosas, bispos –, dos movimentos

> religiosos leigos como a Ação Católica, Juventude Universitária Católica (JUC) e a Juventude Operária Católica (JOC), das comissões pastorais, como a Justiça e Paz, a Pastoral da Terra e a Pastoral Operária, e das comunidades eclesiais de base (CEBs). Trata-se de uma ampla e complexa rede que ultrapassa os limites da Igreja como instituição e reúne, a partir dos anos 70, milhões de cristãos que partilharam a "opção prioritária pelos pobres". (LOWY, 2014, p. 411)

As maiores críticas que esses setores sofreram dentro da igreja foi da sua ligação com fundamentos do marxismo – que dependendo da organização se deu em maior ou menor grau –, "a grande maioria dos militantes de base do cristianismo da libertação provavelmente nunca ouviu falar de Marx, mas isso não impede que em sua cultura político-religiosa se encontrem, mais ou menos diluídos, temas e conceitos do marxismo (LOWY, 201, p.412). O autor aponta que há uma "integração seletiva", afinal, temas como o ateísmo não são incorporados embora na crítica ao capitalismo e na expectativa de emancipação, caminhem juntos.

Para o Löwy (2014), a pobreza, foi o que aproximou a esquerda cristã do marxismo, pois sua base possibilitava entender globalmente o capitalismo e aponta caminhos para emancipação, trago a irônica passagem de dom Helder Câmara que nosso autor utilizou, "Enquanto eu pedia ás pessoas que ajudassem aos pobres, diziam que eu era um santo. Mas quando fiz a pergunta: 'Por que existe tanta pobreza?' me chamaram de comunista (LOWY, 2014, p.413). Católicos e marxistas se uniam com valores que superassem o individualismo, o capitalismo e o liberalismo, e além disso, comungavam de "uma utopia do futuro como 'reino' de justiça e paz, liberdade e fraternidade humana (LOWY, 2014, p.414)".

No Brasil, mesmo antes da ditadura militar, há retaliação de cristãos que se relacionam com o marxismo. Talvez o caso mais clássico seja o da JUC, onde a juventude foi condenada pela ortodoxia católica e partir daí, vários dos seus integrantes fundaram a Ação Popular (AP) que exerceu grande influência no Movimento Estudantil, estando à frente da União Nacional dos Estudantes e mais tarde, no início da década de 1970 fundiram com o Partido Comunista do Brasil

(PCdoB), principalmente pelo intermédio dos chineses, já que ambas as organizações compartilhavam identificação com o maoísmo.

Durante a Ditadura Militar temos participação direta de católicos na resistência armada contra o regime um exemplo muito conhecido são o dos dominicanos que contribuíram muito com a Ação Libertadora Nacional (ALN) que tem Carlos Marighella como principal referência. Frei Beto em 1982 publicou o livro "Batismo de Sangue – os dominicanos e a morte de Carlos Marighela" que retrata uma versão dessa experiência.

Quero abrir um parêntese para lembrar um trecho dessa publicação que refaz a própria experiência de Frei Betto no cárcere, uma das perguntas do seu interrogatório, chama a atenção, quando o delegado Ivair de Freitas Garcia expressa "eu gostaria de entender melhor a subversão dentro da Igreja (BETTO, 1982, p.210)". O questionamento no leva a reflexão do como era difícil aceitar que a Igreja – baluarte da moral e dos bons costumes – fizesse a opção pela resistência à ditadura. O interrogador, apresenta ainda mais espanto já que os presos cristãos eram visitados por religiosos da hierarquia da Igreja.

Lowy traz a reflexão de vários teóricos que formularam questões que aliaram o marxismo e a teologia, aponta que Leonardo Boff justifica sua opção pelo marxismo porque "lhe transmite um olhar agudo, um espírito crítico e um compromisso solidário com a causa dos pobres; ele lhe oferece conceitos para a análise da história e da estrutura social, assim como uma visão orgânica e sistemática, em contraposição à fragmentação da perspectiva liberal-burguesa (LOWY, 2014, p.420)". Destarte, a relação com o marxismo não se restringe a interpretação sobre o mundo, mas também na sua ação sobre ele, e assim, as Comunidades Eclesiais de Base (CEB) materializam o potencial organizador e também de emular nos homens e mulheres a vontade de mudar as condições existentes. O próprio Frei Betto, foi um dos principais articuladores desse movimento depois que saiu da prisão e

> No curso dos anos 70, a Igreja se transformou na principal força de oposição ao regime militar, denunciando, em nome do evangelho, não só as violações aos direitos humanos, mas também o modelo de desenvolvimento promovido pela

> ditadura, caracterizando como desumano, injusto e fundado na opressão econômica e social dos pobres (LOWY, 2014, p. 423)

Segundo Lowy, essa experiência de trabalho de base que envolvia a fé e a política vão ser elementos centrais para uma nova cultura sociopolítica (em contraste com o reformismo do Partido Comunista Brasileiro (PCB)) que se expressam no Partido dos Trabalhadores (PT), Central Única dos Trabalhadores (CUT) e no Movimento Sem Terra (MST). Essas organizações tiveram peso relevante na luta contra a ditadura e deram um tom de "massas" para as lutas contra a ditadura e como aponta o historiador David Maciel, formam uma oposição que além de questionar o militarismo, põe em dúvida o sistema capitalista.

IGREJA CATÓLICA: DO COMBATE DO "COMUNISMO ATEU" À OPÇÃO PELOS POBRES

Antes do golpe civil-militar em 1964 foi realizado uma série de movimentações das classes dominantes para legitimá-lo, as Marchas da Família com Deus e pela Liberdade – financiadas por instituições como o Instituto de Pesquisas e Estudos Sociais (IPES) e o Instituto Brasileiro de Ação Democrática (IBAD) – foram uma dessas marcas. Segundo a historiadora Ediane Santana, suas principais motivações foram a defesa da democracia e contra o comunismo ateu, "Jango foi associado ao comunismo, e este, por sua vez, era visto como a versão política do ateísmo e da negação de valores cristãos (SANTANA, 2014, p.18)", portanto, contra Deus, a Pátria e a Família. Esse sentimento anticomunista, tinha no ateísmo uma importante base que mobilizou católicos a ocuparem ás ruas em manifestações grandiosas contra o *perigo vermelho*.

Nos primeiros anos do golpe, a Igreja Católica o apoiou, "entendendo que era uma forma de reconduzir o país ao caminho da normalidade e da segurança e que a aliança com o Estado garantiria

a sua missão evangelizadora (PEREIRA DA SILVA, 2009, p.243)", e nesse contexto secundariza a pauta da questão agrária que encampara até então. A Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB) em maio de 1964 divulga nota reafirmando a necessidade do país reestabelecer a ordem para garantir o seu desenvolvimento.

Um dos interesses comuns entre a Igreja e o Estado era o combate ao "ateísmo comunista", Margareth Pereira da Silva apresenta autores que contestam a unidade da igreja em relação ao comunismo,

> "No entanto, as argumentações de Mainwaring (1989) e Lima (1979) consideram que, embora houvesse realmente, uma preocupação da hierarquia eclesiástica com o comunismo, a instituição não apresentava uma unidade no que diz respeito ao papel social e político da Igreja na sociedade, e isto é evidente quando distinguimos diversas correntes no seu interior" (PEREIRA DA SILVA, 2009, p.243)

No final da década de 1960, no contexto pós o Ato Institucional n° 5, com uma repressão duríssima contra quaisquer manifestações contra o regime, somada ás políticas agrárias que se desenvolviam em benefício do empresariado, a Igreja já tomou um posicionamento mais crítico à ditadura, embora ainda era muito discreto. Em 1973 parte da hierarquia católica nordestina tem uma posição mais crítica em relação à pobreza e a desigualdade

> Os bispos e religiosos afirmavam que a eles não só cabia cuidar da alma, mas tratar dos problemas humanos, e na história, buscavam uma resposta para a dura realidade nordestina, concluindo que, além da marginalização regional no processo de desenvolvimento nacional as injustiças sociais eram decorrentes de estruturas econômicas arcaicas, sobretudo, no campo (PEREIRA DA SILVA, 2009, p.245).

Nessa conjuntura a Igreja assumiu um papel de mediadora entre o Estado e Sociedade, o que não impediu o assassinato de

padres e muitos conflitos envolvendo, afinal, o Governo a acusava de ser favorável ás esquerdas. No frigir dos ovos, a Igreja tomou diversos posicionamentos ao longo das diferentes conjunturas e dos seus grupos.

Elementos externos ao Brasil, influenciam a mudança de postura do clérigo brasileiro. Na conjuntura internacional da Igreja temos o papado de João XXIII (1958-1963) que demonstrava maior sensibilidade com os problemas sociais, pregava o ecumenismo, a aproximação entre o clero e o povo, além a união das ideologias na construção de uma sociedade mais justa. E, na América Latina, essas ideias ecoaram, em 1968 na Colômbia ocorreu a II Conferência do Episcopado Latino Americano que tirou como princípio fundamental a "opção preferencial pelos pobres".

Em território brasileiro, se materializou no que chama-se de Igreja Popular ou Igreja dos Pobres que na prática política consistia em três elementos "prioridade à conscientização e organização popular de base, a afirmação das classes populares como sujeito de transformação social e econômica, e a negação do capitalismo como modelo de organização social e econômica (PEREIRA DA SILVA, 2009, p.248)". Esses princípios foram fundamentais para a redemocratização do país, na contestação da desigualdade e da ditadura, sobretudo por meio das CEBs que já falamos acima, onde "a espiritualidade é marcada pela ênfase na luta pela vida e pela libertação que se dá no campo histórico (PEREIRA DA SILVA, 2009, p. 248)".

Com isso, não significa que o poder moderador desapareça, salientamos, que o mesmo está presente, como demonstra Grimaldo Zachariadhes. Ele ao estudar Dom Avelar Vilela apresenta "a tentativa do arcebispo de Salvador de procurar dialogar com os vários setores da sociedade, tentando ser um moderador dos conflitos sociais e políticos (Zachariadhes, 2009, p.175)". Para o autor, Dom Avelar é considerado moderado nas suas posições políticas e sociais e tentava manter relação com o a parte mais tradicional da igreja católica, com a teologia da libertação e com os militares, se colocando como um administrador de conflitos, mesmo se colocando como mediador ele não deixou de ser perseguido pelo regime. Para Zachariadhes (2009)

> parece indiscutível que D. Avelar pretendeu manter sempre o diálogo com os militares, porém não se pode deduzir que, por isso, ele apoiava a ditadura e ponto final, pois seria cair numa simplificação. Os setores da esquerda também viam em D. Avelar Brandão Vilela alguém em quem poderia se socorrer quando se precisava de ajuda durante a ditadura militar. (Zachariadhes, 2009, p. 184)

E assim, esse autor sinaliza que Dom Avelar era procurado pelo Movimento Estudantil e por familiares dos presos políticos, além de apoiar os encontros pela Anistia, "consciente da sua posição de arcebispo, procurou transitar pelos diversos grupos políticos, deixando a porta aberta para todos. Debaixo do rótulo de "moderado", escondia-se um arcebispo extremamente hábil politicamente, e que fazia do diálogo sua maior arma (Zachariadhes, 2009, p.189). O Dom é apenas um exemplo em uma teia complexa de relações.

David Maciel historiador e professor da Universidade Federal de Goiás traz uma análise que para nós, dá um bom norte para esse debate do papel da Igreja no contexto da ditadura, mais especialmente durante a redemocratização. O governo militar tinha objetivos que visavam transitar da ditadura pra a democracia, mas esse processo seria lento, gradual e seguro, e foi inaugurado por Geilsel (1974) com o que chamou-se de distenção.

O autor aponta que no momento inicial, o governo planejava que a Igreja e a Grande Imprensa fossem aliadas contra a "linha dura" da ditadura, porém, não no sentido de desmoralizá-la ou extingui-la, já que nesse momento não havia nenhum objetivo de desmantelar a repressão. O objetivo era que as denúncias feitas por essas instituições, de alguma forma, freassem a repressão, além de que a entrada da Igreja e a Impressa daria maior legitimidade ao processo distensionista, pois seriam interlocutores desse projeto,

> Além disso, sua ação, particularmente da Igreja, por meio das comissões de Justiça e Paz, deu cobertura à busca de informações sobre os "desaparecidos" e sobre os presos políticos, e fortaleceu as reivindicações pela anistia política

> e pelo pleno reestabelecimento dos direitos civis e jurídicos (MACIEL, 2004, p.98).

Com essas cobranças da Igreja, o governo deu respostas mais cautelosas expondo parcialmente, relatórios das forças armadas. Entretanto, essas ações foram revestidas de contradições a todo momento, sobretudo, pela lógica *lenta* do governo conduzir a transição. Assim, a Igreja Católica teve maior aproximação com o Movimento Democrático do Brasil (MDB), "fortalecendo-o como um instrumento de manifestação das pressões sociais dentro da ordem e unindo-se a ele na direção do movimento de oposição, numa perspectiva liberal e anticesarista[94] (MACIEL, 2004, p. 99)", portanto, moderadora.

Como Löwy (2014) e Pereira da Silva (2009), David Maciel (2004) destaca a relevância da Igreja Católica na organização popular que contribuiu para fortalecimento e expansão da oposição popular como também as diferenças que existem internamento. Mas, coloca explicitamente a caracterização da Igreja como "instituição policlassista", que nos ajuda a entender a suposta contradição entre polos da Igreja, para ele, portanto,

[94] David Maciel demarca que embora diversos autores utilizem o conceito de Bonapartismo, ele prefere cesarismo porque Gramsci amplia-o em relação ao primeiro, englobando a passagem de um Estado para o outro, e também na preservação de um Estado, como marca de uma revolução passiva que é a "estratégia das classes dominantes para domesticar o conflito político numa conjuntura de mudança, evitando que suas possibilidades transformadoras "fujam do controle" e explodam numa crise catastrófica que venha a solapar as bases se sua dominação (MACIEL, 2004, p. 29)". No Brasil o cesarismo atingiu um caráter militar, já que a direção política da institucionalidade autoritária foi exercida pelas forças armadas – representado por cinco presidentes militares na presidência, mas não só os que assumiram presidência, também ministros e diversos cargos da burocracia do país. Nesse contexto, a relação entre o Estado e a sociedade civil foram desmantelados e/ou tutelados, sobretudo, os aparelhos privados de hegemonia ligado ás classes subalternas (sindicatos, entidades estudantis, partidos de esquerda, imprensa alternativa, entre outros). Todavia, também enquadrou aparelhos vinculados a ordem burguesa, sobretudo os que defendiam a autocracia burguesa, "mas tinham divergências quanto à exacerbação de suas potencialidades autoritárias (no plano político) e monopolista (no plano econômico). Portanto, anticesarismo são as posições que se colocam contra o cesarismo militar.

> A Igreja Católica se relacionava com as mais diversas e antagônicas classes sociais, podendo assumir tanto uma postura de defesa quanto de negação da ordem social. por isso, se em muitos lugares a Igreja funcionava como um aparelho hegemônico, em outros ela podia assumir uma postura de oposição e até uma perspectiva contra-hegemônica. Assim, a postura do conjunto da Igreja da Ditadura Militar foi diversificada, indo desde o apoio ou a postura passiva, no caso do clero dito "conservador", até a luta pelo seu fim, no caso do clero dito "progressista". Portanto, a Igreja tanto participava da oposição liberal, com a defesa dos direitos humanos e do "Estado de direito", quanto da oposição popular, buscando organizar as classes subalternas e fortalecendo seu cumprimento ético com valores antiburgueses (MACIEL, 2004, p.106).

No final da década de 1970 a cúpula da Igreja representada pela CNBB passou a ser hegemonizada pelos partidários da Teologia da Libertação e assumiu posturas que além do anticesarismo, eram antiautocráticas passando da luta pelos direitos humanos e liberdades individuais para um enfrentamento mais direto com o governo. Nesse período, também foram lançados diversos documentos que agitavam com os lemas de "igualdade e participação" que colocavam a participação popular como condição para um sistema político. Além disso, continuou enfrentando as críticas do regime por não restringir-se as questões da espiritualidade.

A Igreja continuava investindo na organização popular e incentivando a participação ativa nos sindicatos, associações e partidos, destacando, mais uma vez as CEBs que tinham um papel de "articulação entre as demandas econômico-coorporativas e demandas ético-políticas, colocando em questão não só o problema socioeconômico da existência cotidiana das classes subalternas e sua inserção no capitalismo, mas sua própria relação com o Estado autocrático-burguês e com a disputa política (MACIEL, 2004, p.180)". Portando, ultrapassou seu papel de moderação, proposto pelo regime, como mais um elemento que contesta a tese que o processo de transição aconteceu exatamente como planejaram os militares.

Para Maciel (2004), a Igreja Católica junto com o Movimento Operário foram os seguimentos da oposição que tiveram

as mais profundas contradições com a ditadura militar, sobretudo, no período posterior a Anistia (1979). A CNBB apoiou diretamente as greves do ABC afinal de contas ela era “consequência da injusta distribuição de renda e defendia a dignidade do trabalho e dos direitos dos trabalhadores (MACIEL, 2004, p.213)” e também passou a afirmar que a “injustiça social é pecado” condenando o modelo econômico. O regime a acusava de comunista, marxista e sua participação na tentativa de derrubar o governo, “tal visão estigmatizante obrigou os membros das alta cúpula da Igreja a declararem diversas vezes sua discordância com o marxismo e sua posição crítica diante do comunismo e da experiência dos países do Leste Europeu [...] (MACIEL, 2004, p.215).”

No final das contas, havia uma diversidade enorme entre os clérigos cristãos, entre eles haviam marxistas e não marxistas, mas como apontou Michael Löwy (2014) entre ambos houve interseções de projeto de mundo e de sociedade que incluíam justiça e igualdade social e econômica. E na redemocratização ocuparam posições antiautocráticas que ultrapassaram a oposição liberal e que questionaram não só o militarismo como o capitalismo. Esses autores e outros tantos, ao falar de Igreja quase sempre estavam tratando da Igreja Católica, mas os protestantes também se envolveram nesse processo, e é sobre isso que escreveremos agora.

PROTESTANTES NA CONTRAMÃO DA ORDEM

Em relação a Igreja Católica é menor o número de produções sobre os protestes, mas há uma produção relevante sobre isso. Elizete da Silva, autora já citada, publicou um artigo sobre os protestantes e o governo militar e Zózimo Trabuco tem uma tese sobre o segmento no contexto da redemocratização. Ambos trazem um panorama sobre a atuação dos protestantes durante os governos militantes, incluindo posicionamentos divergentes no interior das diversas denominações.

Elizete da Silva aponta que, especialmente os batistas, em teoria são submissos às autoridades terrenas, a menos que sejam contra a sua religião. Assim, durante o Governo Jango se posicionam na arena política, principalmente num viés anticomunista, assim quando ocorre o golpe, os batistas o interpretam como "uma intervenção política em defesa da democracia e da nação" (SILVA, 2009, p.35), afinal, o comunismo é o "reino do diabo" e todo o ateísmo deve ser combatido. Portanto, em que pese a afirmação dos evangélicos sobre a divisão entre o Estado e a Igreja, para Silva, isso não aconteceu durante a ditadura militar, o golpe foi defendido em cima dos púlpitos.

Esse apoio ao golpe não se deu de forma passiva, afinal, "não só legitimavam o regime militar, mas passaram a colaborar com as instâncias governamentais e o pleitear, num jogo de intensas barganhas, cargos e postos políticos em nível federal, estadual [Bahia] e municipal [Salvador] (SILVA, 40)". Nessas trocas cita exemplo do Hospital Evangélico construído em Ondina, bairro nobre de Salvador, que foi doado por Castelo Branco e a indicação de Clériston Andrade da Igreja Batista à prefeitura de da capital baiana – lembrando que eleições ao executivo nos municípios foram suspensas durante a maior parte da ditadura. Nesse contexto, a denominação Batista foi a que mais cresceu, Silva salienta ainda que a relação do regime com os batistas foram importantes porque parte da Igreja Católica estava ligada a Teologia da Libertação.

Essa relação com o protestantismo não impediu que houvesse resistência no seu interior, "um segmento minoritário fez severas críticas à ditadura militar, o que levaria alguns jovens a sofrerem represálias e prisão (SILVA, 2009, p.44)". A maior parte dos oposicionistas eram jovens e muitos deles do Movimento Estudantil e eram chamados de "cor de rosa", por que eram vermelhos (do comunismo), mas eram atenuados pela fé. A participação das denominações foram diferentes nesse processo, não é nosso objetivo falar de cada uma delas.

Zózimo, na sua tese, tem como objetivo "analisar a relação de setores protestantes com as esquerdas entre 1974 e 1996. Essa relação inseria-se em um processo mais amplo da presença protestante na arena política nacional, aproximando-se de diferentes

correntes políticas e ideológicas (ZOZIMO, 2015, p.3 e 4)". E se colocou o desafio de "tentar compreender a possibilidade de setores do protestantismo, encontrarem em partidos e movimentos de esquerda a expressão política de suas esperanças religiosas na última década da ditadura militar e na primeira década após o fim do regime (ZOZIMO, 2015, p.4)".

Fazendo paralelo e/ou negação com a Teologia da Libertação, os evangélicos forjaram o conceito de Missão Integral

> para significar que o evangelho não apenas era para todos os homens, mas principalmente para o homem todo, sem dicotomia entre o corpo e a alma. O anúncio desse evangelho pela igreja deveria superar outras dicotomias, tais como: secular e religioso, responsabilidade social e evangelização, fé e obras (ZOZIMO, 2015, p.52)

Pois havia uma preocupação com a emancipação dos sujeitos era necessário dialogar com a postura mais ortodoxa, assim,

> Se havia recusa à teologia da libertação, o evangelicalismo preocupava-se em legitimar o engajamento político em lutas emancipatórias dos sujeitos subalternos como inerentes ao testemunho cristão e tentava familiarizar os evangélicos com conceitos que faziam parte da teologia latino-americana, ainda que reelaborados para conciliá-los com uma identidade evangélica mais ortodoxa (ZOZIMO, 2015, p. 60)

Para nós é importante, na pesquisa os protestantes que se opuseram ao regime, e na pesquisa apresentada essa oposição continha projetos diferentes que encontraram espaço no PDT, PT e PMDB, em alguns ocuparam o papel moderador e em outros o papel autocrático. Para tal, o autor realizou um levantamento da atuação de quatro evangélicos que aliaram fé e política, a saber: Mozart Noronha, Jorge Pinheiro, Benedita da Silva e Walter Pinheiro que tiveram caminhos diferentes na política, mas tinham em comum a vivência entre fé e política.

Mozart Noronha, criado numa família presbiteriana, começou a militância no Movimento Estudantil, foi da Ação Popular e outras organizações que agregavam católicos e protestantes, pastor, viveu na clandestinidade, fez parte da fundação do PT e foi candidato pelo mesmo partido em 1982. Percebam que, pela trajetória de Mozart, podemos inferir que não foram apenas os católicos que estiveram na fundação do PT e portanto, ligado as lutas contra a ditadura, no caso dele, também no trabalho de base na Pastoral da Favela.

Jorge Pinheiro por sua vez, inicialmente teve contato com o marxismo e só depois fez opção de fé. Iniciou a militância no movimento secundarista, ingressou na luta armada, viveu na clandestinidade e foi para o exílio. No retorno participou do grupo Convergência Socialista que logo depois participou da criação do PT. Fez reflexões sobre o socialismo e as possibilidades da sua execução e fez a “descoberta da fé cristã como uma experiência de engajamento pela justiça (ZOZIMO, 2015, p.145).

Benedita da Silva é marcada pela religiosidade em sua trajetória, inicialmente na Umbanda, depois na Igreja Católica, especialmente com atuação em obras sociais por meio das CEBs, e por fim, na Assembleia de Deus. Para ela, ter a vivência política sem a fé era incompleto, e o contrário também era verdadeiro. Foi eleita vereadora do Rio de Janeiro em 1982 (a única pelo PT) e mais tarde deputada federal constituinte. Mas nesse percurso, foi acusada de ambos os lados, pela opção pelo outro, “poderia ser considerado conservador no partido por ser religioso e ser considerado herege na igreja por ser de esquerda (ZOZIMO, 2015, p.147)”.

E por fim, vem à baila a história de Walter Pinheiro que desde criança participou das atividades da igreja, na escola técnica participou do grêmio estudantil, depois ingressou no movimento sindical de sua categoria e da fundação da CUT na Bahia. Durante todas essas fases foi questionado pela igreja por sua militância. Pinheiro, na década de 1990 tomou iniciativas de se organizar em movimentos com outros evangélicos militantes para diminuir as tensões entre igreja e política.

Esses cristãos protestantes ensejaram ações que unissem a sua fé com a sua militância política, na tentativa de superar essa dicotomia que na maioria das vezes foi mobilizada para justificar a ausência dos protestantes nas lutas por justiça social e participação política. No processo de transição foi criado o Movimento Cristão Democrático de Centro (MCDC), que “foi criado para “preparar e mobilizar o povo protestante para a transição democrática”. Seu lema era “Por um país governado por homens governados por Deus” e era composto por “democrata-cristãos, social-democratas e liberal-progressistas” (ZOZIMO, 2015, p.150)”. Em muitos momentos, foram contra a postura da bancada evangélica.

Nessa senda, desagua na Constituição Federal consagra no artigo 5º, VI, da 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 suas liturgias.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O histórico da relação entre política e religião é amplíssimo. No nosso caso, ao analisar a ditadura civil-militar no Brasil percebemos muitas nuances no seio das próprias igrejas cristãs, seja entre católicos ou entre protestantes, talvez, pareça óbvio, mas nunca é demais lembrar que as instituições não têm unidade de pensamento e que a conjuntura, o ambiente histórico exerce influência nas posições adotadas, seja nas instituições, seja nos indivíduos.

Para nós, é importante perceber essas variações dos posicionamentos das instituições religiosas em relação a ditadura militar, sobretudo, porque é uma demonstração que homens e mulheres fazer a história e que as mudanças são possíveis – as vezes, e nesse quadro se encaixa, o “preço” das mudanças são pagas com a própria vida. Quem diria que a Igreja Católica, a mesma da Inquisição, a mesma que contribuiu para legitimar a escravidão, seria um dos principais polos de oposição ao Regime? E o interessante

nesse caso, é que não foram apenas setores isolados, a Teologia da Libertação – mesmo com as contestações – foi hegemônica por um tempo. Entre os protestantes, por mais que fossem setores minoritários, também surgiram agrupamentos que não aceitavam as condições estabelecidas, como a Missão Integral.

A história da redemocratização do país não pode ser contada sem o trabalho de base realizado pela Igreja Católica que foi aos cantos mais abandonados do país e que contribuiu na organização de aparelhos contra hegemônicos das classes subalternas. A assembleiana Benedita da Silva, mulher negra, foi uma das 5% de mulheres eleitas para a Constituinte e que enfrentou a própria bancada evangélica, onde a maioria dos evangélicos estavam, e defendeu uma constituinte cidadã.

Retomando ao antigo chavão “a religião é o ópio do povo”, não o podemos negar, visto experiências como a Marcha com Deus Pela Família, onde o argumento da religião contra o “comunismo ateu” são instrumentos de opressão ou as Barganhas dos protestantes para se favorecer diante da ditadura. Por outro lado, se desconsiderarmos o papel que a religião tem sendo “um fôlego para os oprimidos” estaremos negando a história, tal como, o papel da religiosidade e da fé na vida social; estaríamos rasgando uma importante página da resistência à ditadura militar no Brasil, daqueles que foram contra a ordem.

REFERÊNCIAS

BETTO, Frei. **Batismo de Sangue:** os dominicanos e a morte de Carlos Marighela. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1982.

LÖWY, Michael. Cristianismo da Libertação e Marxismo: de 1960 a nossos dias. *In:* RIDENTI, Marcelo e REIS FILHO, Daniel Aarão. História do Marxismo no Brasil, vol. VI. Campinas, Edunicamp, 2014 (2° reimpressão), p. 411-438.

MACIEL, David. **A argamassa da ordem**: Da ditadura Militar à Nova República (1974-1985). São Paulo, Editora Xamã, 2004.

NETO, M.A.S.; SANTANA, J.C.B. **Guerra ao mundo da paz: uma contribuição para a análise da historiografia da Guerra de Canudos**. Versão revista da conferência proferida no XXIII Simpósio Nacional de História: Guerra e Paz. Londrina, Anpuh, 2005.

SANTANA, Cristiane Soares. **Notas sobre a história da Ação Popular na Bahia (1961-1973).** *In:* ZACHARIADHES, Grimaldo Carneiro. Ditadura Militar na Bahia I. Ditadura Militar na Bahia – Novos Olhares, Novos Objetos, Novos Horizontes. EDUFBA: Salvador, 2009, p. 151-173.

SANTANA, Ediane Lopes de. **Campanha de desestabilização de Jango: as "donas" saem ás ruas!** *In:* ZACHARIADHES, Grimaldo Carneiro. Ditadura Militar na Bahia I. Ditadura Militar na Bahia – Novos Olhares, Novos Objetos, Novos Horizontes. EDUFBA: Salvador, 2009, p.13-30.

SILVA, Elizete de. **Engels e a abordagem cientifica da religião**. In: MOURA, M.C.B, FERREIRA, M. & MORENO, R. (orgs). Friedrich Engels e a ciência contemporânea. Salvador: EDUFBA, 2007, 170-188.

_____. **Protestantes e o governo militar: convergências e divergências.** *In:* ZACHARIADHES, Grimaldo

Carneiro. Ditadura Militar na Bahia I. Ditadura Militar na Bahia – Novos Olhares, Novos Objetos, Novos Horizontes. EDUFBA: Salvador, 2009, p.31-52.

TRABUCO, Zózimo Antônio Passos Trabuco. **A expressão política da esperança:** Protestantismos, esquerdas e abertura política (1974-1994). (Tese de doutorado), Rio de Janeiro, 2015.

ZACHARIADHES, Grimaldo Carneiro. **Dom Avelar Brandão Vilela e a ditadura militar.** *In:* ZACHARIADHES, Grimaldo Carneiro. Ditadura Militar na Bahia I. Ditadura Militar na Bahia – Novos Olhares, Novos Objetos, Novos Horizontes. EDUFBA: Salvador, 2009, p.175-190.

A INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO PARA A CONTRATAÇÃO DE EDITORA PARA PUBLICAÇÃO DE OBRA SOBRE A HISTORICIDADE DO MUNICÍPIO COM AUTORES LOCAIS

THE INACCURACY OF BIDDING TO HIRE A PUBLISHER TO PUBLICATE A WORK ABOUT THE HISTORICITY OF THE MUNICIPALITY WITH LOCAL AUTHORS.

Jeanderson da Silva Bispo[95]

Advogado, pós-graduado em direito público e ciências criminais.

SUMÁRIO: Consulta. Parecer. 1. O debate sobre a inexigibilidade de licitação para contratação de editora para publicação de obra sobre a historicidade do Município. 2. Acordão nº 3.290/2011 (TCU) – Respostas.

CONSULTA

Trata-se de solicitação de parecer acerca da possibilidade de contratar, por via direta, a editora Didáticos, para a escrita, editoração e publicação do livro "CIDADE DA GENTE: ESTUDOS REGIONAIS - HISTÓRIA E GEOGRAFIA-ENSINO FUNDAMENTAL - ANOS FINAIS", que irá retratar a historicidade do município em questão.

[95] Artigo de autoria exclusiva do autor.

Conforme exposto pela empresa, a primeira etapa consistirá na indicação dos autores locais - ainda não designados - que irão elaborar o conteúdo da obra. Posteriormente, será firmado o contrato autoral de exclusividade com a editora Didáticos, para assim começar a escrita do livro, além da respectiva ilustração e editoração.

Em documento apresentado, a Contratada apresenta jurisprudência do TCU que discorre sobre a licitude da aquisição de livros didáticos pela via contratação direta, por inexigibilidade de licitação, quando feita junto a editoras que possuam contratos de exclusividade com os autores para editoração e comercialização das obras, desde que o gestor público apresente a devida justificativa e demonstração da conformidade do preço a ser pago com o preço de mercado.

Vale de logo destacar que o presente opinativo, consultivo e não vinculante, se atém tão somente aos documentos fornecidos para análise, observando as particularidades da lei e os aspectos estritamente jurídicos do caso, por ser esta a área de expertise do subscritor.

É o relatório.

Passa-se a opinar.

FUNDAMENTAÇÃO

- **DA NECESSIDADE DE SE OBSERVAR A GRADE CURRICULAR**

Preliminarmente, deve-se destacar que para que seja viável o projeto aqui discutido, é preciso que haja projeto pedagógico que evidencie que tal obra literária atenderia adequadamente, sem qualquer subjetivismo, as necessidades curriculares.

De acordo com o fim constitucional, a legalidade e os

demais princípios consagrados, a utilização de recursos públicos para a aquisição de materiais didáticos apenas é viável caso estes estejam inseridos nos limites da grade curricular aprovada, devendo esses materiais serem imprescindíveis para a sua implementação.

Desse modo, este é o ponto inicial a se considerar, sendo preciso averiguar se o livro em discussão é adequado, se está de acordo com a grade curricular local. Em caso afirmativo, o material poderá ser adquirido, desde que haja a observância às exigências legais aplicáveis ao caso concreto, que serão discutidas a seguir.

- **DA DESIGNAÇÃO DOS AUTORES LOCAIS – NECESSIDADE DO ORGÃO LICITANTE REALIZAR A ESCOLHA ATRAVÉS DE PROCEDIMENTO LICITATÓRIO - MODALIDADE CONCURSO – GARANTIA DA ISONOMIA A EVITAR ESCOLHA ARBITRÁRIA.**

Neste ponto, temos que, o órgão Licitante deseja escolher historiadores locais para auxiliar na confecção do livro “CIDADE DA GENTE: ESTUDOS REGIONAIS - HISTÓRIA E GEOGRAFIA-ENSINO FUNDAMENTAL - ANOS FINAIS.

Para tanto, é preciso ter por presente, que a escolha dos referidos Autores, deve ser precedida da realização do procedimento licitatório apto a garantir a isonomia e evitar a escolha arbitrária dos autores, a ser indicativo de beneficiamento.

A modalidade licitatória supramencionada, é o concurso. Isto porque, como no caso dos autos, não há materializada a obra literária, por ainda não existir objeto físico para a aquisição imediata, o Poder Público, na qualidade de interessado, o procedimento de concurso (cf. art. 22, IV) e que melhor se adequa para a obtenção do objeto pretendido.

Como é de conhecimento jurídico, o concurso, nada mais é do que uma modalidade licitatória, voltada para a seleção de trabalho técnico, científico ou artístico, que oferece prêmio ou remuneração

aos respectivos ganhadores. Para fins de julgamento, o instrumento convocatório do concurso irá conter os critérios de seleção - devendo ser o mais acessível possível de acordo com a necessidade da Administração - além de prever, de forma expressa, a transferência dos direitos patrimoniais do autor, como é previsto no artigo 111 da Lei nº 8.666/93.

Neste esteio, ensina Marçal Justen Filho:

> "*O concurso pressupõe o interesse da Administração em selecionar trabalho técnico ou artístico, exteriorizador de habilidade físico-intelectual ou revelador de certas capacidades personalíssimas, seja para fins de incentivo ao desenvolvimento cultural seja para obtenção de resultado prático imediato.*
>
> O prêmio corresponde a uma contrapartida (econômica ou não) pela atividade técnica ou artística - até porque, em regra, o produto dessa atividade não será economicamente avaliável. O prêmio não significa uma mera liberalidade da Administração. No concurso, a premiação final funciona como fator de incentivo aos possíveis interessados em participar do concurso. O prêmio tanto poderá consistir em bem economicamente avaliável como em uma honraria de outra natureza. O concurso deverá ser objeto de divulgação a mais ampla possível.
>
> (...)
>
> Serão válidas restrições se compatíveis com o princípio da isonomia e com o interesse que conduziu a Administração a desencadear o concurso. Assim, por exemplo, o interesse de incentivar o surgimento de novos artistas autoriza a vedação à participação de autores cujas obras já tenham sido publicadas.

Desse modo, para evitar questionamento de violação a isonomia e impessoalidade na indicação dos autores, este Assessor

Jurídico compreende que o Consulente deve realizar o concurso, visto ser meio justo delimitado pela legislação pátria de atender tal fim, portanto, em respeito ao princípio da competitividade.

Caso seja apurado que não há uma multiplicidade de professores de história e geografia no Município a demandar competitividade entre eles, considerando que os capítulos dos livros serão escritos por **TODOS** os autores locais, neste caso específico, não há necessidade de realização do concurso, pela inviabilidade de competição (sendo dispensado o dispêndio de recursos financeiros para fins de licitação por parte da Administração).

- **DOS REQUISITOS PARA A INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO QUE DEVEM SER OBSERVADOS PELO PODER PÚBLICO – NECESSIDADE DE PROCESSO ADMINISTRATIVO E DE PESQUISA DE PREÇO - CONTRATAÇÃO DIRETA PARA AQUISIÇÃO DE MATERIAL DIDÁTICO COM BASE NO ACÓRDÃO Nº 3.290/2011 (TCU)**

No caso posto à baila, o Consulente questiona a viabilidade da contratação direta de editora para a escrita de livro relacionado a historicidade da cidade, para análise acerca do enquadramento deste objeto na hipótese de inexigibilidade de licitação.

Para tanto, é imperiosa a rápida menção aos requisitos postos na Lei Federal nº 8.666/93, a qual traz no seu bojo as disposições sobre as normas para licitações e contratos da Administração Pública, conceituando hipótese de exigências para o procedimento de compra/serviços e outras de dispensa, ou inexigibilidade.

A inexigibilidade de licitação trata-se de ato vinculado em que a administração não tem outra escolha, senão contratar, devido à impossibilidade de competição. Nesta ocasião, a lei de licitações em seu artigo 25 estabelece as hipóteses legais em rol exemplificativo, com apresentação de três hipóteses, sendo elas:

Art. 25. É inexigível a licitação quando houver

> inviabilidade de competição, em especial:
>
> I - para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes;
>
> II - para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação;
>
> III - para contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.

A partir disso, podemos inferir que a inviabilidade de competição se compreende como a inexistência de fornecedores distintos aptos a prestar o serviço ao Estado. Neste viés, podemos vislumbrar tal situação através da existência de um único produto disponível no mercado capaz de atender à necessidade estatal, ou seja, quando houver representação exclusiva comercial na prestação de um determinado serviço ou produto.

É isto que se depreende pela fala da Professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro, na Obra intitulada “Direito Administrativo”, Editora Atlas, São Paulo, 2014, página 345, em que é esclarecido que:

> “(...). Nos casos de inexigibilidade, não há possibilidade de competição, porque só existe um objeto ou uma pessoa que atenda às necessidades da Administração; a licitação é, portanto, inviável.”

Neste ponto, é preciso quer o órgão Licitante se acautele da presença dos requisitos legais, indispensáveis a configuração da contratação direta.

Digo isto, visto que, pela análise dos documentos encaminhados, não foi possível observar a existência de qualquer atividade exclusiva por parte da Editora, tendo em vista que as tarefas inerentes à contratada serão comuns, como visto abaixo:

> - A equipe autoral será assessorada por uma equipe editorial, que se dispõe de forma exclusiva à: editar, formatar, corrigir, ilustrar. É composta por profissionais qualificados nas competências que irão desenvolver.

Ressalto que a inexigibilidade de licitação deve ser comprovada através de demonstração da exclusividade da contratada para a comercialização do material didático pretendido, o que impossibilita a concorrência pública. Portanto, apenas nestes casos a inexigibilidade é possível, desde que devidamente justificada no tombo do processo, e comprovado que a proposta está alinhada com os valores de mercado, evitando uma contratação com sobrepreço.

Contudo, a exclusividade da prestação do serviço não é a única forma de se adquirir materiais didáticos pela via da inexigibilidade, pois como demonstrado pela editora Didáticos, o Acórdão n.° 3.290/2011 (Plenário, TC-030.180/2010-4, rei. Min. José Jorge, 7.12.2011), relata o seguinte: “É lícita a aquisição direta de livros, por inexigibilidade de licitação, quando feita junto a editoras que possuam contratos de exclusividade com os autores para editoração e comercialização das obras, o que, porém, não isenta o gestor de justificar os preços contratados”.

> *(...)7. De modo geral esta Casa tem admitido a aquisição direta de livros, por inexigibilidade de licitação, quando feita diretamente às editoras, por essas possuírem contratos de exclusividade. Com os autores, para a editoração e comerciaçlização de obras (Decisão nº 1.500/2002-P, Acórdão nº 1.299/2003-1ªC. Acórdão nº 1.889/2007-P, Acórdão nº 835/2009-P, Acórdão nº 6.803/2010-2ªC e Acórdão 950/2011-P); ou qunado reconhecida a condição de comerciante exclusivo de uma empresa (distribuidora ou livraria), outorgada pela Editora (Acórdão 320/2005-1ªC), tal posicionamento decorre, essencialmente, da ausência de viabilidade de competição, pela de confrontar ofertas.*

Tendo em vista o acima elucidado, para que se conclua pela não realização do procedimento licitatório, é indispensável que o caso concreto se enquadre nas disposições acima delineadas, sob pena de incidir o administrador nas sanções do art. 89 da Lei nº 8.666 ou em conduta de improbidade administrativa, a depender da forma que venha a atuar com o seu poder de decisão.

No caso presente, a Administração pretende a realização de aquisição de livros didáticos, com uma empresa pré-selecionada, contudo, sem ainda haver existente o respectivo contrato de exclusividade com os autores que pretendem escrever a obra.

Dito isso, em consonância com o entendimento da jurisprudência acima destacada, **a inexigibilidade apenas é viável em casos que os autores selecionados tiverem prévio contrato de exclusividade, firmado em anos anteriores, sob pena de configurar tentativa de fraude ao procedimento licitatório, podendo-se compreender como favorecimento ilícito da contratada.**

No caso em concreto, consoante se depreende na etapa II do projeto, não há vínculo prévio estabelecido entres os potenciais autores locais (que diga-se de passagem, ainda não se sabe quem será) e a editora a ser contratada direta pela via de inexigibilidade, o que pode ser visto como uma tentativa de simular a presença de um requisito inexistente apenas para dar ensejo à contratação direta, em

estrita burla ao TCU.

Caso o Órgão Consulente entenda dessa forma, e acate as considerações aqui feitas, ressaltamos que a o objeto é passível de licitação, sendo recomendado o concurso para a escolha dos autores e a modalidade pregão para a escolha da editora (por entender que os serviços prestados são de caráter comum), para garantir uma maior isonomia ao procedimento.

Portanto, em vista de tais considerações, conclui-se, que pela possibilidade da aquisição do objeto, pela via da contratação direta, **apenas** nos casos em que a editora já detenha o contrato de exclusividade requerido para a edição e comercialização das referidas obras, com fulcro no art. 25 da Lei nº 8.666/93.

CONCLUSÃO:

Por todo o demonstrado, analisado os aspectos que envolvem a matéria e, aplicando os princípios retro narrados, **orientamos que o órgão Consulente, por cautela, analise os pontos ora trazidos, se certificando de que o caso em tela se enquadra como de inexigibilidade, atentando-se à necessidade de contrato de exclusividade com a editora prévio à intenção de se licitar o objeto. Caso se opte pelo procedimento licitatório, reforço a aplicabilidade da modalidade concurso para a escolha dos autores e produção do conteúdo, além do pregão para a contratação de editora que irá se responsabilizar pela formatação, ilustrações, e demais serviços ligados à finalização do material didático, para a sua publicação.**

Por fim, rememora-se que o Parecer em epígrafe é para fins de auditoria\legalidade, não substituindo o Parecer da Procuradoria do Município, com análise conglobante de todos os elementos do procedimento administrativo.

É o nosso parecer, Salvo Melhor Juízo.

Jeanderson da Silva Bispo
OAB\BA 56921

A REDUÇÃO DAS POSSIBILIDADES RESTRITIVAS DE ADMISSIBILIDADE DO RECURSO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO

A REDUÇÃO DAS POSSIBILIDADES RESTRITIVAS DE ADMISSIBILIDADE DO RECURSO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO

Vanessa Cristina Santiago Rivero[96]

RESUMO:

Devido a diversas demandas a respeito da natureza do rol do art.1.015 do Novo Código de Processo Civil de 2015, três correntes se destacam, qual sejam: rol da absolutamente taxatividade de interpretação restritivo; rol taxativo, cabendo interpretação extensiva ou analógica; e a tese de que o rol seria exemplificativo. Diante disso, O presente trabalho teve por objetivo analisar o precedente do Superior Tribunal de Justiça STJ, no Recurso Especial nº 1.704.520 MT que, após vários recursos repetitivos, sobre a mesma questão de direito, qual seja, a taxatividade das hipóteses de cabimento do Recurso de Agravo de Instrumentos nas decisões interlocutórias. A pesquisa será, ainda, qualitativa objetivando gerar conhecimentos para a elaboração de artigo científico como trabalho de conclusão de curso, através do método de abordagem dedutiva, corresponde à extração discursiva do conhecimento a partir de premissas gerais aplicáveis a hipóteses concretas, uma vez que o pesquisador irá estabelecer relações do geral para o particular, a partir de raciocínio lógico, chegar à verdade daquilo que propõe. Mediante o exposto na pesquisa, compreende-se o Superior Tribunal de Justiça (STJ), adotou como tese, quanto a natureza do rol do art.1.015 do Novo Código de Processo Civil de 2015, a da taxatividade mitigada, na qual,

[96] Artigo de autoria exclusiva da autora.

havendo urgência diante de uma decisão interlocutória que, não poderá ser objeto de preliminar de apelação, pois perderá seu objeto, cabe Recurso de agravo de instrumento, ainda que não previsto no rol do art.1.015.

PALAVRA-CHAVE: Taxatividade mitigada. Decisão interlocutória. Recurso de Agravo de Instrumento.

ABSTRACT:

Due to various demands regarding the nature of the list in article 1,015 of the New Civil Procedure Code of 2015, three currents stand out: the restrictive interpretation with an absolutely exhaustive list, the exhaustive list allowing for extensive or analogical interpretation, and the thesis that the list is merely exemplificative. In light of this, this study aimed to analyze the precedent of the Superior Court of Justice (STJ) in Special Appeal No. 1,704,520 MT, which, after several repetitive appeals on the same legal issue, addressed the exhaustiveness of the situations in which an Appeal by Instrument may be filed against interlocutory decisions. The research is qualitative in nature and aims to generate knowledge for the preparation of a scientific article as a final course project, using the deductive approach method, which involves extracting knowledge from general premises applicable to specific situations through discursive reasoning. By establishing logical connections from the general to the particular, the researcher aims to arrive at the truth of what is proposed. Based on the findings of the research, it is understood that the Superior Court of Justice (STJ) adopted the thesis of mitigated exhaustiveness regarding the nature of the list in article 1,015 of the New Civil Procedure Code of 2015. According to this thesis, in cases of urgency involving interlocutory decisions that cannot be addressed as a preliminary appeal, as it would render the appeal moot, an Appeal by Instrument may be filed, even if not expressly listed in article 1,015.

KEYWORDS: Mitigated exhaustiveness. Interlocutory decision. Appeal by Instrument.

1 INTRODUÇÃO

Com o advento do Novel Código de Processo Civil de 2015, aconteceram mutações pontuais na sistemática recursal, pontualmente, no que tange ao Recurso de Agravo de Instrumento, uma vez que, no Diploma normativo anterior, havia a previsão de interposição do agravo retido e do agravo de instrumento, neste caso, só poderia ser utilizado em três possibilidades, quais sejam: decisões que pudessem causar grave lesão à parte e de difícil reparação; no caso de inadmissibilidade do recurso de apelação; e quanto aos efeitos da apelação. Todavia, o Código de Processo Civil de 2015, extinguiu o agravo retido e manteve o agravo de instrumento com hipóteses taxativas de cabimento do agravo de instrumento.

A relativa inflexibilidade do rol taxativo de hipóteses de cabimento do agravo de instrumento foi objeto de debates intermináveis na doutrina e na jurisprudência dos Tribunais, posto que o dispositivo, por deveras, pretensioso, relega aspectos das transformações sociais, petrificando e engessando, assim, a própria letra e os Princípios que guiaram a criação do Novo Código de Processo Civil.

Diante dessa perspectiva, surge o seguinte problema: qual o entendimento do Superior Tribunal de justiça no Recurso Especial nº 1.704.520 MT? No qual a Corte, após uma multiplicidade de demandas a respeito da mesma questão de Direito, no tocante ao procedimento de demandas repetitivas, onde se pacificou o conceito de taxatividade mitigada do rol de hipóteses de cabimento do Recurso de Agravo de Instrumento, no caso de decisões interlocutórias.

Aos que advogam, no sentido de restringir a interpretação do rol previsto no art. 1.015 do Código de Processo Civil, em uma desarrazoada taxatividade das hipóteses prevista, sendo, estas, a única e exclusiva possibilidade de cabimento do Recurso de Agravo de Instrumento, abordam, apenas uma leitura superficial do dispositivo, negligenciando as Normas Fundamentais que servem de norte magnético para a efetivação e justeza das decisões, como o Princípio do Devido Processo Legal que, desdobra-se nos Princípios

do Contraditório e Ampla Defesa, além de tornar a realidade estanque e, afastar-se do dinamismo das situações concretas.

O presente trabalho tem por objetivo analisar o precedente do Superior Tribunal de Justiça STJ, no Recurso Especial nº 1.704.520 MT que, após vários recursos repetitivos, sobre a mesma questão de direito, qual seja, a taxatividade das hipóteses de cabimento do Recurso de Agravo de Instrumentos nas decisões interlocutórias.

A pesquisa justifica-se pelo seu nível e relevância do debate para a comunidade científica processualista, pois visa aclarar os principais pontos da decisão que culminou na mitigação da taxatividade das hipóteses de cabimento do Agravo de Instrumentos das decisões interlocutórias proferidas no decorrer da marcha processual.

Esta pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, através de levantamento de dados e documentos já publicados. Sendo, por isso, de abordagem qualitativa e quantitativa objetivando gerar conhecimentos para a elaboração de artigo científico como trabalho de conclusão de curso, através do método de abordagem dedutiva, corresponde à extração discursiva do conhecimento a partir de premissas gerais aplicáveis a hipóteses concretas, uma vez que o pesquisador irá estabelecer relações do geral para o particular, a partir de raciocínio lógico, chegar à verdade daquilo que propõe.

2 RECURSO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO

2.1 Histórico

O Recurso de agravo de instrumento é uma das espécies de recursos previsto no Novo Código de Processo Civil de 2015, em que pese não ser exclusividade do atual Código, pois, o Código de Processo Civil de 1973, no inciso I, do art.496, já havia elencado como uma das espécies de Recursos cabíveis.

As decisões interlocutórias, historicamente no Direito Processual, passaram por momentos de metamorfoses estando presentes em alguns diplomas legais como recursos cabíveis para impugnações das decisões que não colocam fim ao processo, assim como, em outros momentos, o legislador infraconstitucional, não entendeu a figura como oportuna e conveniente para a impugnação das decisões interlocutórias naquele período a necessidade do Recurso de Agravo de Instrumento (DIDIER; CUNHA, 2016, p.201).

Assim, o Recurso de Agravo de Instrumento foi previsto na legislação processual Brasileira com intuito de combater as decisões interlocutórias de diferentes formas.

Conforme os ensinamentos de Freire (2016), o Recurso de Agravo de Instrumento, mesmo no Direito Romano, não havia a possibilidade de se recorrer de decisões interlocutórias sendo processuais, mas apenas das sentenças através do recurso de apelação.

Embora o Direito Romano estivesse sempre na vanguarda de alguns procedimentos e institutos do direito, o agravo de instrumento era impensável e inconcebível para aqueles eminentes juristas e legisladores.

Alguns autores reconhecem que, após a transição, mesmo já se admitindo o Recurso de Apelação no período conhecido como *extraordinária cognitio* do Direito Romano, onde as sentenças passaram a ser proferidas por funcionários públicos do Estado, entrementes, as decisões interlocutórias proferidas pelo Estado Romano, passaram a admitir recurso (NOBREGA; NUNES, 2015).

Nesse sentido, a partir da avocação pelo Estado Romano do monopólio da justiça, passou-se a admitir o agravo em caso de decisões interlocutórias no processo, proferidas por funcionários públicos.

No contexto do Direito Português, de acordo com Assis (2016, p.448), o Rei D. Afonso IV, vedou o uso em apartado da apelação para o combate das decisões interlocutórias, com exceção das decisões terminativas e, àquelas com o potencial de causar um mal insuscetível de reparação.

Superando esses aspectos primitivos das origens do Recurso de Agravo de Instrumento, no contexto Brasileiro, o Decreto-Lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939 (Código de Processo Civil de 1939), em seu art.842, trouxe um rol taxativo de situações, onde havia a possibilidade de cabimento do recurso de agravo de instrumento para combater decisão interlocutória.

O *caput* do art.841 do Código de Processo Civil de 1939, trouxe à época, a previsão de três tipos de agravos, de instrumento, de petição e o no auto do processo.

O Código de Processo Civil de 1973, trouxe algumas inovações em relação ao instituto do Recurso de Agravo de Instrumento, como a supressão total do agravo de petição, concebendo o agravo retido e o de instrumento que, poderia ser interposto no prazo de 10 (dez) dias, em diferentes circunstâncias.

O agravo retido, no diploma processual anterior, poderia ser interposto para opor-se frente às decisões interlocutórias, porém ficaria retido nos autos do processo só podendo ser analisado em preliminar das razões e contrarrazões do Recurso de Apelação. Enquanto o agravo de instrumento, assim como o agravo retido, se insurge contra as decisões interlocutórias, contudo, seria interposto para combater as decisões interlocutórias que, tinham o condão de causar à parte lesão grave e de difícil reparação e nos casos de inadmissibilidade de Recurso de Apelação.

Quanto às decisões interlocutórias proferidas em audiência de instrução e julgamento, conforme o §3º do art. 523 do Código de Processo Civil de 1973, com redação dada pela Lei nº 11.187, de 19 de outubro de 2005, que trouxe novos aspectos da disciplina do agravo no revogado Código processualista anterior que, oportuniza o cabimento do agravo retido de forma imediata e oral, para ulterior conhecimento do Tribunal nas razões e contrarrazões da apelação.

Com a revogação do Código anterior, pelo Novo Código de Processo Civil de 2015, a sistemática do Recurso de Agravo de Instrumento ganhou novos contornos, como a supressão total da figura do Agravo Retido, além disso, o Recurso de Agravo de Instrumento, doravante, será interposto diretamente no Tribunal,

diferentemente do que ocorria no diploma processualista anterior, onde deveria ser interposto no juízo de primeira instância.

Conforme dispõe o art. 1.015, do Novo Código de Processo Civil, caberá o Recurso de Agravo de Instrumento das decisões interlocutórias referidas, em tese, somente no rol exaustivo disposto no dispositivo e previstos na legislação extravagante.

Ademais, o parágrafo único do art.1.015, dispõe que além das hipóteses supostamente taxativas do dispositivo, há possibilidade de ser interposto Recurso de Agravo de Instrumento das decisões interlocutórias proferidas, [...]na fase de liquidação de sentença ou de cumprimento de sentença, no processo de execução e no processo de inventário.

Como se pode verificar, o art.1.015 do Código de Processo Civil de 2015, referendou apenas hipóteses taxativas de interposição do Recurso de Agravo de Instrumento para combater decisões interlocutórias, deixando grave lacuna nas hipóteses que requerem e ameaçam a própria razão de existir do processo litigioso.

2.2 O Recurso de Agravo de Instrumento no Código de Processo Civil de 2015

2.2.1 Conceituação

O Recurso de Agravo de Instrumento é uma das espécies de Recursos previsto no Novo Código de Processo Civil de 2015 que, tem o condão de impugnar as decisões interlocutórias capazes de gerar um prejuízo para parte, no decorrer da marcha processual, consequentemente, chamando o juiz se manifestar sobre o reexame de sua decisão.

De acordo com Theodoro (2016) o agravo de instrumento é o recurso cabível contra algumas decisões interlocutórias, [...] ou seja, contra os pronunciamentos judiciais de natureza decisória que não se enquadrem no conceito de sentença [...].

Em seu conceito, o autor evidencia claramente que, nem todas as decisões interlocutórias serão objeto de impugnação mediante Agravo de Instrumento.

2.2.2 Hipóteses de Cabimento

De acordo com rol previsto no art. 1.015, são agraváveis no Novo Código de Processo Civil de 2015, às seguintes decisões: tutelas provisórias; mérito do processo; rejeição da alegação de convenção de arbitragem; incidente de desconsideração da personalidade jurídica; rejeição do pedido de gratuidade da justiça ou acolhimento do pedido de sua revogação; exibição ou posse de documento ou coisa; exclusão de litisconsorte; rejeição do pedido de limitação do litisconsórcio; admissão ou inadmissão de intervenção de terceiros; concessão, modificação ou revogação do efeito suspensivo aos embargos à execução; redistribuição do ônus da prova nos termos do art. 373, § 1º ; e outros casos expressamente referidos em lei.

O parágrafo único do art. 1.015, acrescenta a possibilidade de Recurso de Agravo de Instrumento das decisões interlocutórias nas fases de liquidação, cumprimento de sentenças, de execução, ou ainda, no processo de inventário.

Em suma, todas as decisões interlocutórias proferidas nas fases supramencionadas podem ser objeto de Recurso de Agravo de Instrumento, ainda que não prevista no rol do art.1015 do Novo Código de Processo Civil de 2015.

2.2.3 Posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais sobre a natureza do rol do art.1.015 do Código de Processo de Civil de 2015

As principais teses sobre a natureza do rol de hipóteses previstas no art. 1.015 do Novo Código de Processo Civil de 2015,

são os que advogam ser o dispositivo em comento, como de: rol absolutamente taxativo de interpretação restritivo; rol taxativo, cabendo interpretação extensiva ou analógica; e a tese de que o rol seria exemplificativo (ROCHA, 2019).

Esses posicionamentos são da doutrina e da jurisprudência que tentam desvendar a natureza do rol do art.1.015, já que a realidade jurídica tem desafiado os Juízes e Tribunais em diversas demandas sobre a temática.

2.3 Estudo de caso

2.3.1 Recurso Especial nº 1.729.110 - CE (2018/0054397-0)

O presente Recurso, ao tempo, foi interposto pela Recorrente DIVEPEL DISTRIBUIDORA DE VEÍCULOS PEIXOTO LTDA, em face do acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo que, não deu provimento ao Recurso de Agravo de Instrumento da ora recorrente.

A demanda se funda em uma ação de danos patrimoniais e morais, movida por SÉRGIO MARQUES MADEIRA BARROS JÚNIOR, em face da Recorrente, devido a defeito do veículo.

Diante da decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo, ao inverter o ônus da prova, tendo por base a hipossuficiência financeira e técnica da parte, a Recorrente interpôs Recurso de Agravo de Instrumento em face da decisão da monocrática que, negou provimento, com fulcro no art. 1.015, XI, do Novo Código de Processo Civil, arguindo o Princípio da Taxatividade do dispositivo, uma vez que a inversão do ônus da prova, prevista no Código de Defesa do Consumidor, não se faz presente no rol taxativo do art.1015 do Novo Código de Processo Civil.

Ao interpor Recurso Especial, perante o Superior Tribunal de Justiça, o recorrente alega que, a decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo, viola os art. 1.015, XI, e 373, § 1º, do Novo Código de Processo Civil de 2015 que, em sua interpretação conjunta, a

possibilidade da decisão de inversão do ônus da prova, prevista no Código de Defesa do Consumidor, ser passível de Recurso de Agravo de Instrumento

Em seu voto, a Eminente Ministra Andrighi (relatora), evidenciou, de antemão, a impossibilidade de dar interpretação extensiva ou analógica, para justificar o cabimento das hipóteses de cabimento do Recurso de Agravo de Instrumento, prevista no art. 1015, do Código de Processo Civil de 2015, sendo pacifico o entendimento da Corte nesse sentido, admitindo, apenas, a taxatividade irrestrita.

Ademais, Segundo Ministra Andrighi, em análise das regras legais supramencionadas, o Legislador, não admitiu a possibilidade de recorribilidade das decisões interlocutórias que versem sobre a inversão do ônus da prova, contudo, restringiu as decisões proferidas de acordo com a moldura prevista no art. 373, § 1º do Código de Processo Civil de 2015.

A teoria da prova, no sistema processual Brasileiro, filiou-se a distribuição estática das provas, conforme se extrai da dicção dos incisos I e II, do art. 373, do Novo Código de Processo Civil de 2015 que, cabe ao autor produzir as provas constitutivas de seu direito e, ao réu, produzir provas que comprovem fato impeditivo, modificativo, ou ainda extintivo do Direito do autor.

O Código de Defesa do Consumidor (CDC), em seu art. 38, confirma a regra à exceção, quanto a formato da redistribuição da prova estática da prova, quando diz que ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina.

O Legislador poderá, assim, conforme estabelecer novas hipóteses de inversão do ônus da prova, distintas da regra geral.

Embora o Código de Processo Civil de 2015, traga hipóteses específicas de instruções probatórias, quanto ao autor e o réu, de acordo com a Ministra Andrighi (relatora), os Tribunais têm hodiernamente confrontado questões complexas que, extrapolam os liames e superam a visão do legislador que, desafiam a doutrina e a

jurisprudência, no que diz respeito à criação e aplicação de regras diferentes daquelas estabelecidas pelo legislador.

Nesse cenário, o inciso VIII, do art. 6º, desamarra a distribuição estática do ônus da prova, quando diz que são direitos do consumidor:

> 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;

Nesse caso, o Legislador de forma inequívoca, reconhece que há situações imprevisíveis quanto à regra geral de distribuição do ônus da prova, quanto ao autor e o réu, deixando nas mãos do magistrado a decisão a respeito.

Em suma, a Ministra Andrighi, reconheceu que o Recurso de Agravo de Instrumento deve ser admitido, não somente baseado na distribuição dinâmica do ônus da prova, prevista no inciso XI, do art. 1.015, do Novo Código de Processo Civil de 2015, no caso, as decisões interlocutórias que deferem ou indeferem, mas quaisquer outras diferentes da regra geral.

2.3.2 Recurso Especial nº 1.757.123 - SP (2018/0190866-9)

O Recurso Especial em questão, de relatoria da Ministra Andrighi, se funda no não reconhecimento, pelo acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, do Recurso de Agravo de Instrumento interposto por OLAVO GLIORIO GOZZANO E ADVOGADOS ASSOCIADOS e OLAVO GLIORIO GOZZANO, que afastou a preliminar de mérito a impossibilidade jurídica do pedido, interesse de agir e inépcia da inicial, uma vez que a matéria não está no rol do art.1015 do Novo Código de Processo Civil de 2015.

Assim, a controvérsia diz respeito à possibilidade de atacar decisão interlocutória, com base na impossibilidade jurídica do pedido mediante o Recurso de Agravo de Instrumento.

No caso em tela, o recorrente alega que a decisão o Tribunal de Justiça de São Paulo, violou o conteúdo do art.1.015, do Novo Código de Processo Civil de 2015, pois a impossibilidade jurídica do pedido, com o advento da nova legislação processual, compreende como parte do mérito processual, sendo, logo, passível de Recurso de Agravo de Instrumento.

Conforme o voto da Ministra Andrighi, não se trata de interpretação extensiva ou analógica do dispositivo, quanto à decisão que afastou a recorribilidade da impossibilidade jurídica do pedido, já que, esse ponto, é pacífico na Corte Superior. Nesse caso, mesmo aqueles Ministros que se filiaram, em um primeiro momento, a tese da taxatividade mitigada do rol do art.1.015 do Novo Código de Processo Civil de 2015, posteriormente, entenderam pela taxatividade irrestrita.

Enfatizou a Ministra Andrighi que, com as recentes mudanças do Novo Código de Processo Civil de 2015, a possibilidade jurídica do pedido, não compõe mais as condições da ação, pois trata-se de verdadeira decisão de mérito no processo, portanto, passível de Recurso de Agravo de Instrumento.

2.3.3 Recurso Especial nº 1.704.520 - MT (2017/0271924-6)

O ora Recurso em análise, objeto desta pesquisa, teve por finalidade definir a natureza jurídica do rol do art.1.015 do Novo Código de Processo Civil de 2015, em rol extensivo, analógico ou exemplificativo, admitido do Tribunal de Justiça do Mato Grosso no rito das demandas repetitivas, devido a múltiplas demandas versando sobre a mesma questão jurídica, foi selecionado como representativo da controvérsia.

Em juízo de admissibilidade, o Superior Tribunal de Justiça STJ, reconheceu o recurso de acordo com art.256 do Regulamento

Interno, conforme o rito das demandas repetitivas, de forma que não suspendesse os processos que versassem sobre os Recursos de Agravo de Instrumento que, tramitam no território nacional.

Participou como *amicus curiae* Associação Brasileira de Direito Processual ABDPRO e se manifestaram a respeito do caso, o Instituto Brasileiro de Direito Processual IBDP, Ministério Público Federal, Defensoria Pública da União.

Os principais argumentos em torno da temática, voltam-se para àqueles que advogam pela concepção de que rol do art.1.015 do Novo Código de Processo Civil de 2015, seria taxativo, caberia interpretação extensiva ou analógica, ou ainda, rol exemplificativo.

Quanto à tese da absoluta taxatividade do rol do art. 1.015, do novel Diploma, segundo a Ministra Andrighi, a doutrina e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) não admitem qualquer tipo de interpretação extensiva, pois o Legislador optou por trazer um rol taxativo de hipóteses de decisões interlocutórias agraváveis, assim como, não causar qualquer tipo de surpresa para as partes, por hipóteses não previstas como é o caso de situações de competência.

Por outro lado, uma parte significativa da doutrina processualista, citada no voto da Ministra Andrighi, como: Teresa Arruda Alvim, Maria Lúcia Lins Conceição, Leonardo Ferres Ribeiro e Rogério Licastro Torres de Mello (Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil: artigo por artigo. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 1.614), Cássio Scarpinella Bueno (Manual de direito processual civil: inteiramente estruturado à luz do novo CPC Lei nº 13.105, de 16-3-2015. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 622), entendem que, em que pese o rol do art. 1.015 do Novo Código de Processo Civil de 2015, ser de rol taxativo, cabe interpretação extensiva ou analógica, uma vez que, há várias questões não prevista no rol das interlocutórias agraváveis que devem ser tuteladas, não devendo, por isso, interpretar-se literalmente o dispositivo, pois é possível, de acordo com cada hipótese prevista, se utilizar da interpretação extensiva ou analógica para casos semelhantes.

Por fim, em seu relatório a Ministra Andrighi, aponta que uma parcela da doutrina, não admite a tese de taxatividade com

interpretação restritiva e, nem a taxatividade acompanhada de interpretação extensiva ou analógica, e, sim, que o rol traz hipóteses exemplificativas passíveis de agravo de instrumento, mesmo não previstas no rol do art.1.015, do Novo Código de Processo Civil de 2015.

Em seus fundamentos, com o objetivo de pacificar a matéria, a Ministra Andrighi, destaca que o art.1.015, do Novo Código de Processo Civil deverá ser guiado por um sistema jurídico e, não de forma isolada, mas dialogando com outras normas, citando, nesse sentido, as palavras de Freitas (1994, p.234):

> [...] sendo uma rede axiológica e hierarquizada de princípios gerais e tópicos, de normas e de valores jurídicos cuja função é a de, evitando ou superando antinomias, dar cumprimento aos princípios e objetivos fundamentais do Estado Democrático de Direito, assim como se encontram consubstanciados, expressa ou implicitamente, na Lei Maior.

Conforme entendimento da Ministra Andrighi, sendo Código de Processo Civil uma norma infraconstitucional deve ser interpretada à luz da Constituição Federal de 1988.

A tese, assim, adota pela Superior Tribunal de Justiça (STJ), afasta os entendimentos supramencionados, para adotar o entendimento baseado em requisitos objetivos de urgência, fundado na inutilidade prospectiva de julgamento de decisões interlocutórias agraváveis na apelação, pois as interpretações extensivas ou analógicas são insuficientes para acolher a multiplicidades de situações.

Portanto, segundo a Relatora Ministra Andrighi, a natureza do rol do art. 1.015, traz uma espécie de taxatividade mitigada especial que comporta uma cláusula adicional de cabimento, sem a qual, atentar contra as normas fundamentais do próprio Diploma normativo analisado.

3 CONCLUSÃO

Em face do exposto, compreende-se que a tese firmada pela Superior Tribunal de Justiça (STJ), no que diz respeito ao rol do art.1015 do Novo Código de Processo Civil de 2015, assenta-se na taxatividade mitigada do dispositivo, desde que, após a análise acurada quanto à urgência da decisão, entenda-se que em eventual Recurso de Apelação, já não haverá mais a necessidade de deliberação da situação agravável, tornando, assim, inútil o pleito.

Nesse sentido, doravante, as decisões interlocutórias passíveis de Recurso de Agravo de Instrumento, embora não previstas nas hipóteses do rol do art. 1.015, reconhecida a urgência e a inutilidade de eventual análise da situação em Recurso de Apelação, devem ser objeto de Recurso de Agravo de Instrumento.

4 REFERÊNCIAS

ASSIS, Araken. **Manual dos Recursos**. 8ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

BRASIL. **Lei nº 11.187, de 19 de outubro de 2005**. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11187.htm#art1>. Acesso em 8 ago. 2020.

Brasil. **Lei nº 13.105, DE 16 de março de 2015**. Disponível em:< https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2015/lei-13105-16-marco-2015-780273-norma-pl.html>. Acesso em: 3 ago. 2020.

BRASIL. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973.** Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869impressao.htm>. Acesso em: 3 ago. 2020.

BRASIL**. Lei nº 8.078, de 11 setembro de 1990** (Código de Defesa do Consumidor). Disponívelem:<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/533814/cdc_e_normas_correlatas_2ed.pdf>. Acesso em: 7 set. 2020.

BRASIL. **o Decreto-Lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939 (Código de Processo Civil de 1939).** Disponível em:< https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-1608-

18-setembro-1939-411638-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 5 ago. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS EM DECORRÊNCIA DE RELAÇÃO DE CONSUMO. ALEGAÇÃO DO RÉU DE QUE OS REQUISITOS PARA A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NÃO ESTÃO PRESENTES. RECORRIBILIDADE IMEDIATA COM BASE NO ART. 1.015, XI, DO CPC/15. POSSIBILIDADE. REGRA DE CABIMENTO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO QUE SE INTERPRETA EM CONJUNTO COM O ART. 373, §1º, DO CPC/15. AGRAVO DE INSTRUMENTO CABÍVEL NAS HIPÓTESES DE DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA E DE INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. INSTITUTOS DISTINTOS, MAS SEMELHANTES QUANTO À NATUREZA, JUSTIFICATIVA, MOMENTO DE APLICAÇÃO E EFEITOS. INDISPENSÁVEL NECESSIDADE DE PERMITIR À PARTE A DESINCUMBÊNCIA DO ÔNUS DE PROVAR QUE, POR DECISÃO JUDICIAL, FORA IMPOSTO NO CURSO DO PROCESSO. 1- Ação proposta em 20/08/2015. Recurso especial interposto em 21/09/2017 é atribuído à Relatora em 13/03/2018. 2- O propósito recursal é definir se cabe agravo de instrumento, com base nos arts. 1.015, XI e 373, §1º, do CPC/15, contra a decisão interlocutória que versa sobre a inversão do ônus da prova nas ações que tratam de relação de consumo. 3- No direito brasileiro, o ônus da prova é disciplinado a partir de uma regra geral prevista no art. 373, I e II, do CPC/15, denominada de distribuição estática do ônus da prova, segundo a qual cabe ao autor provar o fato constitutivo do direito e cabe ao réu provar o fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, admitindo-se, ainda, a existência de distribuição estática do ônus da prova de forma distinta da regra geral, caracterizada pelo fato de o próprio legislador estabelecer, previamente, a quem caberá o ônus de provar fatos específicos, como prevê, por exemplo, o art. 38 do CDC. 4- Para as situações faticamente complexas insuscetíveis de prévia catalogação pelo direito positivo, a lei, a doutrina e a jurisprudência passaram a excepcionar a distribuição estática do ônus da prova, criando e aplicando regras de distribuição diferentes daquelas estabelecidas em lei, contexto em que surge a regra de inversão do ônus da prova prevista no art. 6º, VIII, do CDC, e a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, reiteradamente aplicada por esta Corte mesmo antes de ser integrada ao direito positivo, tendo ambas inversão e distribuição dinâmica a característica de permitir a modificação judicial do ônus da prova (modificação ope judicis).5- As diferentes formas de se atribuir o ônus da prova às partes se reves de acentuada relevância prática, na medida em que a interpretação conjunta dos arts. 1.015, XI, e 373, §1º, do CPC/15, demonstra que nem todas as decisões interlocutórias que versem sobre o ônus da prova são recorríveis de imediato, mas, sim,

apenas àquelas proferidas nos exatos moldes delineados pelo art. 373, §1º, do CPC/15. 6- O art. 373, §1º, do CPC/15, contempla duas regras jurídicas distintas, ambas criadas para excepcionar a regra geral, sendo que a primeira diz respeito à atribuição do ônus da prova, pelo juiz, em hipóteses previstas em lei, de que é exemplo a inversão do ônus da prova prevista no art. 6º, VIII, do CDC, e a segunda diz respeito à teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, incidente a partir de peculiaridades da causa que se relacionem com a impossibilidade ou com a excessiva dificuldade de se desvencilhar do ônus estaticamente distribuído ou, ainda, com a maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário. 7- Embora ontologicamente distintas, a distribuição dinâmica e a inversão do ônus têm em comum o fato de excepcionar a regra geral do art. 373, I e II, do CPC/15, de terem sido criadas para superar dificuldades de natureza econômica ou técnica e para buscar a maior justiça possível na decisão de mérito e de se tratarem de regras de instrução que devem ser implementadas antes da sentença, a fim de que não haja surpresa à parte que recebe o ônus no curso do processo e também para que possa a parte se desincumbir do ônus recebido. 8- Nesse cenário, é cabível a impugnação imediata da decisão interlocutória que verse sobre quaisquer das exceções mencionadas no art. 373, §1º, do CPC/15, pois somente assim haverá a oportunidade de a parte que recebe o ônus da prova no curso do processo dele se desvencilhar, seja pela possibilidade de provar, seja ainda para demonstrar que não pode ou que não deve provar, como, por exemplo, nas hipóteses de prova diabólica reversa ou de prova duplamente diabólica. 9- Recurso especial conhecido e provido. Recurso Especial nº 1.729.110 - CE (2018/0054397-0). Partes: recorrente. Divepel distribuidora de veículos Peixoto ltda e recorrido.Sérgio Marques Madeira Barros Junior. Ministra Nancy Andrighi. Brasília (DF), 02 de abril de 2019. DJE 4 Abr. 2019. Disponível em:< https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/694474196/recurso-especial-resp-1729110-ce-2018-0054397-0/relatorio-e-voto-694474225>. Acesso em: 26 set. 2020.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça.** CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE EXIGIR CONTAS. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA DE MÉRITO. NECESSIDADE DE EXAME DOS ELEMENTOS QUE COMPÕEM O PEDIDO E DA POSSIBILIDADE DE DECOMPOSIÇÃO DO PEDIDO. ASPECTOS DE MÉRITO DO PROCESSO. ALEGAÇÃO DE IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. CONDIÇÃO DA AÇÃO AO TEMPO DO CPC/73. SUPERAÇÃO LEGAL. ASPECTO DO MÉRITO APÓS O CPC/15. RECORRIBILIDADE IMEDIATA DA DECISÃO INTERLOCUTÓRIA QUE AFASTA A ALEGAÇÃO DE IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. ADMISSIBILIDADE. ART. 1.015, II, CPC/15. 1- Ação proposta em 03/04/2017. Recurso especial interposto em 23/02/2018 e atribuído à Relatora em 16/08/2018. 2- O

propósito recursal é definir se cabe agravo de instrumento, com base no art. 1.015, II, do CPC/15, contra a decisão interlocutória que afastou a arguição de impossibilidade jurídica do pedido. 3- Ao admitir expressamente a possibilidade de decisões parciais de mérito quando uma parcela de um pedido suscetível de decomposição puder ser solucionada antecipadamente, o CPC/15 passou a exigir o exame detalhado dos elementos que compõem o pedido, especialmente em virtude da possibilidade de impugnação imediata por agravo de instrumento da decisão interlocutória que versar sobre mérito do processo (art. 1.015, II, CPC/15). 4- Para o adequado exame do conteúdo do pedido, não basta apenas que se investigue a questão sob a ótica da relação jurídica de direito material subjacente e que ampara o bem da vida buscado em juízo, mas, ao revés, também é necessário o exame de outros aspectos relacionados ao mérito, como, por exemplo, os aspectos temporais que permitem identificar a ocorrência de prescrição ou decadência e, ainda, os termos inicial e final da relação jurídica de direito material. Precedentes. 5- O enquadramento da possibilidade jurídica do pedido, na vigência do CPC/73, na categoria das condições da ação, sempre foi objeto de severas críticas da doutrina brasileira, que reconhecia o fenômeno como um aspecto do mérito do processo, tendo sido esse o entendimento adotado pelo CPC/15, conforme se depreende de sua exposição de motivos e dos dispositivos legais que atualmente versam sobre os requisitos de admissibilidade da ação. 6- A possibilidade jurídica do pedido após o CPC/15, pois, compõe uma parcela do mérito em discussão no processo, suscetível de decomposição e que pode ser examinada em separado dos demais fragmentos que o compõem, de modo que a decisão interlocutória que versar sobre essa matéria, seja para acolher a alegação, seja também para afastá-la, poderá ser objeto de impugnação imediata por agravo de instrumento com base no art. 1.015, II, CPC/15. 7- Recurso especial conhecido e provido. Recurso especial nº 1.757.123 - SP (2018/0190866-9). Partes recorrente Olavo Gliorio Gozzano e Advogados Associados e Recorrido Renata Cristina Orefice. Relatora : Ministra Nancy Andrighi. Brasília (DF), 13 de agosto de 2019. Dje 15 ago. 2019. Disponível em:< https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&termo=REsp%201757123>. Acesso em: 26 set. 2020.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça.** RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. NATUREZA JURÍDICA DO ROL DO ART. 1.015 DO CPC/2015. IMPUGNAÇÃO IMEDIATA DE DECISÕES INTERLOCUTÓRIAS NÃO PREVISTAS NOS INCISOS DO REFERIDO DISPOSITIVO LEGAL. POSSIBILIDADE. TAXATIVIDADE MITIGADA. EXCEPCIONALIDADE DA IMPUGNAÇÃO FORA DAS HIPÓTESES PREVISTAS EM LEI.

REQUISITOS. 1- O propósito do presente recurso especial, processado e julgado sob o rito dos recursos repetitivos, é definir a natureza jurídica do rol do art. 1.015 do CPC/15 e verificar a possibilidade de sua interpretação extensiva, analógica ou exemplificativa, a fim de admitir a interposição de agravo de instrumento contra decisão interlocutória que verse sobre hipóteses não expressamente previstas nos incisos do referido dispositivo legal. 2- Ao restringir a recorribilidade das decisões interlocutórias proferidas na fase de conhecimento do procedimento comum e dos procedimentos especiais, exceção feita ao inventário, pretendeu o legislador salvaguardar apenas as situações que, realmente, não podem aguardar rediscussão futura em eventual recurso de apelação. 3- A enunciação, em rol pretensamente exaustivo, das hipóteses em que o agravo de instrumento seria cabível revela-se, na esteira da majoritária doutrina e jurisprudência, insuficiente e em desconformidade com as normas fundamentais do processo civil, na medida em que sobrevivem questões urgentes fora da lista do art. 1.015 do CPC e que tornam inviável a interpretação de que o referido rol seria absolutamente taxativo e que deveria ser lido de modo restritivo. 4- A tese de que o rol do art. 1.015 do CPC seria taxativo, mas admitiria interpretações extensivas ou analógicas, mostra-se igualmente ineficaz para a conferir ao referido dispositivo uma interpretação em sintonia com as normas fundamentais do processo civil, seja porque ainda remanescerão hipóteses em que não será possível extrair o cabimento do agravo das situações enunciadas no rol, seja porque o uso da interpretação extensiva ou da analogia pode desnaturar a essência de institutos jurídicos ontologicamente distintos. 5- A tese de que o rol do art. 1.015 do CPC seria meramente exemplificativo, por sua vez, resultaria na repristinação do regime recursal das interlocutórias que vigorava no CPC/73 e que fora conscientemente modificado pelo legislador do novo CPC, de modo que estaria o Poder Judiciário, nessa hipótese, substituindo a atividade e a vontade expressamente externada pelo Poder Legislativo. 6- Assim, nos termos do art. 1.036 e seguintes do CPC/2015, fixa-se a seguinte tese jurídica: O rol do art. 1.015 do CPC é de taxatividade mitigada, por isso admite a interposição de agravo de instrumento quando verificada a urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação. 7- Embora não haja risco de as partes que confiaram na absoluta taxatividade com interpretação restritiva serem surpreendidas pela tese jurídica firmada neste recurso especial repetitivo, eis que somente se cogitará de preclusão nas hipóteses em que o recurso eventualmente interposto pela parte tenha sido admitido pelo Tribunal, estabelece-se neste ato um regime de transição que modula os efeitos da presente decisão, a fim de que a tese jurídica somente seja aplicável às decisões interlocutórias proferidas após a publicação do presente acórdão. 8- Na hipótese, dá-se provimento

em parte ao recurso especial para determinar ao TJ/MT que, observados os demais pressupostos de admissibilidade, conheça e dê regular prosseguimento ao agravo de instrumento no que tange à competência. 9- Recurso especial conhecido e provido. Recurso Especial nº 1.704.520 - MT (2017/0271924-6). partes: recorrente Quim comercio de Vestuário infantil limitada me recorrido e Shirase franquias e representações ltda. Relatora: ministra Nancy Andrighi. Brasília (DF), 05 de dezembro de 2018. Dje 12 dez. 2018. Disponível em:< https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&termo=REsp%201704520>. Acesso em: 26 set. 2020.

DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil:** Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 13ªed. Salvador: Juspodivm, 2016.

FREIRE, Adelino de Bastos Neto. A evolução histórica do agravo e as perspectivas atuais**. Revista jus navegandi,** dez 2016. Disponível em:< https://jus.com.br/artigos/54369/a-evolucao-historica-do-agravo-e-as-perspectivas-atuais>. Acesso em: 5 ago. 2020.

FREIRE, Adelino de Bastos Neto. A evolução histórica do agravo e as perspectivas atuais**. Revista jus navegandi,** dez 2016. Disponível em:< https://jus.com.br/artigos/54369/a-evolucao-historica-do-agravo-e-as-perspectivas-atuais>. Acesso em: 5 ago. 2020.

FREITAS, Juarez. **Interpretação sistemática do direito em face das antinomias normativas, axiológicas e principiológicas**. 1994.

NOBREGA, G. P. da; NUNES, J. A. M. Idas e vindas do recurso de agravo na história: como ficou no Código de 2015. **Migalhas.** 4 ago, 2015. Disponível em:< https://www.migalhas.com.br/coluna/processo-e-procedimento/224568/idas-e-vindas-do-recurso-de-agravo-na-historia-como-ficou-no-codigo-de-2015>. Acesso em: 5 ago. 2020.

ROCHA, Êmile Amorim. Natureza jurídica do rol de cabimento do art. 1.015 do novo Código de Processo Civil análise das teorias interpretativas pela jurisprudência do STJ sob o viés do modelo constitucional de processo. **Revista Jus navegandi**. Disponível em:< https://jus.com.br/artigos/71770/natureza-juridica-do-rol-de-cabimento-do-art-1-015-do-novo-codigo-de-processo-civil>. Acesso em: 25 set. 2020.

THEODORO, Humberto Junior. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. 3. 47ªed. Rio de Janeiro forense, 2016.

ANÁLISE SOBRE OS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO NO CONTEXTO DA EXPANSÃO DOS RISCOS SOCIAIS

ANÁLISE SOBRE OS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO NO CONTEXTO DA EXPANSÃO DOS RISCOS SOCIAIS

Andreia Marques Tarachuk[9798]

RESUMO

Este trabalho visa analisar a aplicabilidade dos chamados crimes de perigo abstrato como meio de tutela de bens jurídicos no Direito Penal. Para tanto, partir-se-á de uma análise acerca da expansão dos riscos sociais, assim como da atuação da disciplina frente a tais riscos. Para compreensão das novas demandas sociais, será utilizado o método histórico, ao passo que a análise da típica concepção dos crimes de dano e de perigo se utilizará do método dedutivo, construindo as premissas importantes para desenvolvimento do tema. Ainda, a partir do método dialético, objetiva-se expor diferentes opiniões sobre a legitimidade da utilização dos crimes de perigo abstrato, incluindo aspectos jurisprudenciais, práticos e doutrinários. Neste passo, o estudo se baseará em uma pesquisa jurisprudencial e bibliográfica, cuja pretensão não é defender qual a melhor corrente. De outro lado, objetiva-se expor os argumentos existentes e ao, invés de firmar uma premissa única e verdadeira, destacar a importância de se interpretar a norma penal respeitando os direitos e garantias do acusado, utilizando-se de um filtro constitucional que limite o *ius puniendi*

[97] Oficial de Justiça e Avaliadora do TJSC.
Ex-Assistente de Juiz de Direito, Nível 1-C, do TJPR (7ª Seção Judiciária da Comarca de Ponta Grossa).
Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa (2010/2014)
Especilização em Direito (ênfase em Direito Público). Pós-graduação lato sensu - EMAGIS/Faculdade UniBF.
[98] Artigo de autoria exclusiva da autora.

estatal e, ao mesmo tempo, seja efetivo da proteção de bens jurídicos elegidos como passíveis de proteção pelo Direito Penal.

Palavras-chave: Sociedade de risco; Crimes de perigo abstrato; Princípios Constitucionais Penais.

ABSTRACT

This work aims to analyze the applicability of the so-called crimes of abstract danger as a means of protecting legal interests in Criminal Law. To do so, it will start with an analysis of the expansion of social risks, as well as the performance of the discipline in the face of such risks. In order to understand the new social demands, the historical method will be used, while the analysis of the typical conception of crimes of damage and danger will use the deductive method, building the important premises for the development of the theme. Still, from the dialectical method, the objective is to expose different opinions about the legitimacy of the use of crimes of abstract danger, including jurisprudential, practical and doctrinal aspects. In this step, the study will be based on a jurisprudential and bibliographical research, whose intention is not to defend which current is the best. On the other hand, the objective is to expose the existing arguments and instead of establishing a single and true premise, highlight the importance of interpreting the criminal law respecting the rights and guarantees of the accused, using a constitutional filter that limits the *ius puniendi* state and, at the same time, is effective in the protection of legal assets chosen as subject to protection by Criminal Law.

Keywords: Risk society; Abstract danger crimes; Criminal Constitutional Principles.

INTRODUÇÃO

O Direito Penal assume uma valiosa função dentro da sociedade em um Estado Democrático de Direito, de modo a

apresentar-se como grande meio de tutela aos bens jurídicos fundamentais ao homem e à sociedade.

Com o fenômeno da globalização, a sociedade experimentou uma mudança de paradigmas nunca antes vivida. O impulso tecnológico ocorrido nesta fase dá origem a um intenso processo de integração mundial nos campos da cultura, economia e política, de modo que todos os setores da vida passaram por uma evolução.

Esse processo, contudo, vem acompanhado de um aumento da criminalidade e do surgimento de novos riscos sociais, sendo que o Direito Penal se torna o principal instrumento utilizado pelos Estados para solucionar este problema, em detrimento de outros meios de controle social também existentes.

A sociedade de risco, assim denominada por Ulrick Beck, decorre diretamente do desenvolvimento de novas tecnologias e das mais diversas áreas do saber humano. Provoca, pois, uma sensação de insegurança entre as pessoas, tendo em vista que estas já não conseguem prever o que ocorrerá diante desse novo estado das coisas.

Nesse contexto, os crimes de perigo abstrato representam uma ferramenta cada vez mais utilizada pela política criminal como meio de proteção aos bens jurídicos. Diante dos novos riscos de danos apresentados pela sociedade, determinadas condutas são tipificadas como crime independentemente da produção de um resultado. Trata-se de antecipação do Estado com o fim de evitar a ocorrência de resultados danosos.

Porém, a tipificação de condutas de perigo abstrato como meio de tutela do Estado suscita posicionamentos doutrinários divergentes. Há quem entenda pela razoabilidade da proteção, invocando que a sua necessidade de se justifica diante do fenômeno da desmaterialização do bem jurídico e da própria necessidade de o Estado antecipar-se ao dano quando se está diante da possibilidade de violação de um valor vital à sociedade. Por outro lado, há também posicionamento doutrinário que rechaça tal técnica legislativa, destacando que a criação de crimes de perigo abstrato viola princípios constitucionais penais, como o princípio da lesividade, da legalidade, da intervenção mínima, da proporcionalidade e da culpabilidade.

A par do explanado, pode-se delimitar o presente estudo à análise da expansão dos riscos sociais, à análise dos crimes de perigo e às suas repercussões no campo jurisprudencial e doutrinário. O principal objetivo deste trabalho é expor as divergentes opiniões sobre o tema e confrontá-las com os princípios constitucionais e penais. Para o desenvolvimento do tema, utiliza-se do método histórico, a partir da análise da expansão dos riscos sociais no mundo pós-moderno, assim como o método dialético, a partir da exposição de diferentes opiniões sobre o tema, incluindo aspectos jurisprudenciais e doutrinários.

A EXPANSÃO DO RISCO

O risco e o perigo sempre estiveram presentes na atividade humana. O convívio em sociedade implica relacionar-se com outros indivíduos e com a natureza, o que está necessariamente atrelado a expectativas de perigo.

Entretanto, as novas tecnologias e o desenvolvimento de diversas áreas do saber humano criaram novas situações, sendo que esse novo estado das coisas, em suma, constitui a chamada sociedade de risco. O sociólogo Ulrich Beck procurou melhor explicar as questões oriundas da pós modernidade, reconhecendo seus lados negativos[99].

A noção de risco, antes periférica, ressurge com uma nova roupagem, tornando-se agora em elemento “visível” e preocupante, com grandes repercussões no meio social em seus vários aspectos, tornando-se objeto de estudo e discussões nos mais variados ramos da ciência. A maioria dos riscos é caracterizada como artificiais, ou seja, produzidos pelos homens ou oriundos de decisões humanas, podendo, aliás, ameaçar uma quantidade indeterminada de pessoas. Tais riscos caracterizam-se como consequências secundárias do processo tecnológico (consequências acessórias). Não são eles

[99] SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Direito penal econômico como direito penal de perigo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 32-33.

desejados, ocorrendo independentemente da vontade. Ao mesmo tempo, são hábeis a abalar as ordens econômicas, social e política.[100]

A sociedade de risco e a globalização constituem elementos de interação. Um atua sobre o outro de forma a incrementar os riscos globais e alterações pontuais nas relações humanas.[101] As sociedades de risco são fomentadas pela precariedade de arranjos institucionais da existência humana, que se mostram dependentes das instituições públicas por conta da fragilização sofrida nos núcleos familiares e da democratização dos impactos das situações de risco. A criminalidade, da mesma forma, assume uma proporção global, multiplicando-se também o crime organizado. Os meios eletrônicos, a rede internacional de computadores e as variações dos novos mercados constituem fatores de agravação do problema.[102]

A meta pretendida em uma sociedade de risco é um homem seguro em um mundo seguro. Tais riscos, contudo, implicam em meras representações de ameaças de destruição, e não efetivamente em danos produzidos.[103]

O expansionismo penal, pode-se dizer, é uma decorrência direta dos novos riscos advindos da sociedade de risco.[104] Entre esses riscos, Beck inclui os riscos ecológicos, químicos, nucleares e genéticos, produzidos industrialmente, externalizados economicamente, individualizados juridicamente, legitimados cientificamente e minimizados politicamente. Mais recentemente, incorporou também os riscos econômicos, como as quedas nos mercados financeiros internacionais. [105]

Um dos principais efeitos que tais riscos geram no âmbito jurídico-penal moderno é o aumento da sua preocupação com novas

[100] SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Direito penal econômico como direito penal de perigo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 39.
[101] Ibid., p. 56.
[102] Ibid., p. 57.
[103] Ibid., p. 36.
[104] Ibid., p. 60.
[105] GUIVANT, S. Julia. A teoria da sociedade de risco de Ulrich Beck: entre o diagnóstico e a profecia. *Estudos Sociedade e Agricultura*. Rio de Janeiro. n. 16, 95-112, abr. 2001. Disponível em < http://r1.ufrrj.br/esa/index.php?cA=db&aI=173&vT=da&vA=44>. Acesso em: 05 maio. 2013.

áreas até então, por ele, pouco exploradas.[106] Uma delas é a proteção penal econômica, que se deu em razão do desenvolvimento do mundo moderno e da exigência de um maior controle por parte do Estado com o fim de gerar uma normalidade no desenvolvimento das etapas das relações econômicas.

Há uma tendência na legislação penal no sentido de introduzir novos tipos penais, agravar os já existentes, criar novos bens jurídicos penais e ampliar os espaços de riscos jurídicos penalmente relevantes. Na mesma medida, contudo, flexibiliza-se regras de imputação e relativizam-se princípios políticos-criminais de garantia. [107]

As novas características dos riscos contemporâneos facilitam a propagação do discurso pela extensão do direito penal, uma vez que o direito passa a se destacar como importante instrumento de gerenciamento do desenvolvimento de atividades humanas. [108]

Em defesa da expansão penal, argumentam os doutrinadores Giorgio Marinucci e Emilio Dolcini que o Direito Penal deve corrigir a sua natural, tendência à hipertrofia e ao mesmo tempo garantir a tutela e equilíbrio dos direitos fundamentais, individuais e coletivos[109]. Contudo, entendimento oposto ao exposto, como o de Félix Herzog, também ganham espaço na doutrina, afirmando ele que o Direito Penal não deve ser instrumento de soluções de conflitos em curto prazo, de forma mais barata e menos conflituosa, devendo-se buscar uma organização por intermédio da política econômica e social.[110]

[106] SILVEIRA, op. cit., p. 29.

[107] SILVA SÁNCHEZ, Jesús – María. A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução de Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2002. p. 21. (Série as ciências criminais no século XXI; v.11).

[108] BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Crimes de perigo abstrato. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 88.

[109] MARINUCCI, Giorgio e DOLCINI, Emilio *apud* CAEIRO, Pedro. A relevância da insolvência e da insolvabilidade nos crimes falências. In: PODVAL, Roberto (Org.). Temas de direito penal econômico. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 268.

[110] HERZOG, Félix *apud* CAEIRO, Pedro, ibid., p. 268-269.

OS CRIMES DE PERIGO

A nova criminalidade sentida e percebida nas sociedades pós-industriais propiciou a ampliação do estudo da proteção antecipada a uma lesão[111] ou na antecipação da tutela penal. O direito penal do risco busca compreender esse novo contexto social que se vivencia e propor medidas resolutivas quanto aos novos riscos surgidos, de modo a direcionar-se na prevenção de situações perigosas, antecipando seu enfrentamento a tais problemas.

A criação de tipos jurídico-penais representa uma medida de contenção de tais riscos. Nessa medida, é necessário conceituar os crimes de dano e de perigo, bem como analisar a sua aplicabilidade no direito penal, já que colocações meramente abstratas podem levar a uma criminalização ineficaz, prejudicando até mesmo a própria proteção penal.[112]

O crime de dano pode ser conceituado como aquele cuja consumação exige a superveniência de uma efetiva lesão ao bem jurídico. A ausência da lesão pode caracterizar tanto a tentativa como um indiferente penal[113].

Já o crime de perigo, objeto do presente estudo, é aquele que se consuma com a simples criação do perigo para o bem jurídico protegido, sem produzir um dano efetivo[114].

Tanto os crimes de perigo como os de dano referem-se a um bem ou interesse jurídico. A diferenciação entre eles encontra-se na relevância da agressão ao bem, seja ela causadora de um efetivo dano ou de exposição a um perigo.[115] Assim, o crime pode ser de dano efetivo ou de dano potencial, conforme ocorre a afetação a

[111] SILVEIRA, op. cit., p. 105.
[112] Ibid., p. 106.
[113] BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral 1.16. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2011, pg. 255.
[114] Ibid., pg. 255.
[115] SILVA, op. cit. p.55.

determinado bem jurídico, sendo que este último manifesta tanto na forma de perigo abstrato como de perigo concreto.

Os crimes de perigo, ainda, podem ser de perigo concreto ou abstrato.

Com relação aos crimes de perigo concreto, é possível definí-los como aqueles que exigem a verificação concreta do perigo para sua consumação, de modo em que o perigo constitui elemento do tipo, ou seja, o perigo está descrito na tipificação penal do crime.[116] Ou seja, é necessário demonstrar a situação de risco em face do bem juridicamente protegido.[117]

Dentre os crimes de perigo concreto destacam-se o crime de incêndio (artigo 250, do Código Penal), os crimes de periclitação da vida ou da saúde, como os crimes de crime de perigo de contágio venéreo e de moléstia grave, de expor a perigo a vida ou saúde de outrem, de abandono de incapaz, de maus tratos, de exposição ou abandono de recém-nascido (artigos 130 a 136, do Código Penal), assim como o crime de incêndio (art. 250, do Código Penal) e o de conduzir veículo automotor sem habilitação (art. 309 do Código de Trânsito Brasileiro).

Já o crime de perigo abstrato é aquele em que o legislador atribui a qualidade de crime a determinadas condutas independentemente da produção de um resultado externo.[118] Assim, na construção legislativa dos crimes de perigo abstrato, o legislador, adstrito à realidade e à experiência, torna puníveis condutas que trazem um ínsito de perigo ao bem objeto de tutela.[119] O perigo é presumido na conduta do agente, ou seja, *juris et de jure,* obtendo tal definição a *priori*, diferentemente dos crimes de perigo concreto em que a afirmação do perigo se dá a *posteriori*.[120]

Nos crimes de perigo abstrato, também chamados de perigo presumido, perigo hipotético ou de perigo implícito, a prática descrita no tipo penal é o suficiente para o exaurimento do crime, não sendo

[116] SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. **Dos crimes de perigo abstrato em face da constituição**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 68.
[117] BITTENCOURT, op. cit., p. 254.
[118] BOTTINI, op. cit., p. 111.
[119] REALE JÚNIOR, Miguel *apud* SILVA, Ângelo Roberto Ilha da, op. cit,. p. 73.
[120] HUNGRIA, Nelson *apud* SILVA, Ângelo Roberto Ilha da, ibid., p. 72.

necessário o advento consequências externas ou materiais como ocorre nos casos dos crimes de perigo concreto. [121]

Destacam-se como crimes de perigo abstrato o crime de embriaguez ao volante (artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro), o crime de entregar a condução de veículo automotor a pessoa não habilitada (artigo 310 do Código de Trânsito Brasileiro), as infrações de posse de drogas para consumo pessoal e tráfico de drogas (artigos 28 e 33 da Lei de Drogas), o crime de omissão de socorro (artigo 305, do Código Penal) e o crime de porte ilegal de arma de fogo (art. 14 do Estatuto do Desarmamento).

ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

O Supremo Tribunal Federal posiciona-se no sentido de que *"criação de crimes de perigo abstrato não representa, por si só, comportamento inconstitucional por parte do legislador penal"* (2ª Turma: HC 102087/MG, rel. Min. Gilmar. Mendes, j. 28/02/2012). Frisa, por outro lado, que a tipificação de condutas que geram perigo em abstrato, muitas vezes, acaba sendo a melhor alternativa ou a medida mais eficaz para a proteção de bens jurídico-penais supraindividuais ou de caráter coletivo, tais como o meio ambiente e a saúde. Assim, o legislador, dentro de sua margem de avaliação e de decisão, tem a liberdade para definir quais as medidas mais adequadas e necessárias para a efetiva proteção de determinado bem jurídico, podendo escolher espécies de tipificação próprias de um direito penal preventivo. Dessa forma, apenas a atividade legislativa que extrapole os limites da proporcionalidade é que poderá ser tachada de inconstitucional.

Sob tais argumentos, a Corte manifestou-se pela legitimidade da criminalização do porte de arma de fogo, que tem como pano de fundo a tutela da segurança pública (art. 6º e 144, CF) e, indiretamente, da vida, da liberdade, da integridade física e psíquica do indivíduo. Há, pois, um inequívoco interesse público e social na

[121] BOTTINI, op. cit., p. 112.

proscrição da conduta, já que a arma de fogo possui maior lesividade se comparada a outros objetos e artefatos como uma faca ou vidro.

Mais recentemente, passou-se a discutir se a apreensão de ínfima quantidade de munição desacompanhada da arma de fogo implicaria, por si só, a atipicidade da conduta. A respeito, entendem os tribunais superiores que os delitos de posse e de porte de arma de fogo são crimes de perigo abstrato, de forma que, em regra, é irrelevante a quantidade de munição apreendida. No entanto, o STF e o STJ, a depender do caso concreto, reconhecem a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância para o crime de posse ou porte ilegal de pouca quantidade de munição desacompanhada da arma (STF. 2ª Turma. RHC 143449, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 26/09/2017; STF. 2ª Turma. HC 133984/MG, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgado em 17/5/2016; TJ. 5ª Turma. AgRg no HC 517.099/MS, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, julgado em 06/08/2019).

Em relação ao crime de embriaguez ao volante, previsto no artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro, há entendimento pacífico do Superior Tribunal de Justiça (HC 187478-MG, 6ª Turma, rel. Min. Haroldo Rodrigues, DJ: 14/04/2011) e do Supremo Tribunal Federal (HC 102940 / ES, 5ª Turma, rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJ: 15/02/2011) no sentido de que referido delito de trânsito não representa qualquer afronta à constitucionalidade, já que se trata de uma opção legislativa legítima e que visa melhorar a segurança no trânsito. Com o advento da Lei nº 11.705/2008, inseriu-se a quantidade mínima exigível de álcool no sangue para se configurar o crime de embriaguez ao volante e se excluiu a necessidade de exposição de dano potencial, de modo que a comprovação da mencionada quantidade de álcool no sangue já seria suficiente para a condenação.

Em relação à infração penal de posse de droga para consumo pessoal, prevista no art. 28 da Lei 11.343/06, ambas as turmas do STJ firmaram entendimento de que o crime é de perigo presumido ou abstrato e que a pequena quantidade de droga faz parte da própria essência do delito em questão, não lhe sendo aplicável o princípio da insignificância.

(STJ. 6ª Turma. RHC 35920 -DF, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, julgado em 20/5/2014; STJ. 5ª Turma. HC 377.737, Rel. Min. Felix Fischer, julgado em 16/03/2017; STJ. 6ª Turma. AgRg-RHC 147.158, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, julgado em 25/5/2021). No âmbito do STF, há alguns precedentes aplicando o referido princípio (STF. 1ª Turma. HC 110475, Rel. Min. Dias

Toffoli, julgado em 14/02/2012; STF. 2ª Turma. HC 202883 AgR, Relator(a) p/ Acórdão Min. Gilmar Mendes, julgado em 15/09/2021), embora não se possa afirmar que seja um entendimento prevalente[122].

Outro crime que foi objeto de análise recente pelo STJ é aquele previsto no art. 56, caput, da Lei nº 9.605/98, que tipifica as condutas de "*produzir, processar, embalar, importar, exportar, comercializar, fornecer, transportar, armazenar, guardar, ter em depósito ou usar produto ou substância tóxica, perigosa ou nociva à saúde humana ou ao meio ambiente, em desacordo com as exigências estabelecidas em leis ou nos seus regulamentos".* A Corte Cidadã destacou que se trata de crime de perigo abstrato, sendo dispensável a produção de prova pericial para atestar a nocividade ou a periculosidade dos produtos transportados, bastando que estes estejam elencados na Resolução nº 420/2004 da ANTT. (STJ. 6ª Turma.REsp 1439150-RS, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, julgado em 05/10/2017).

O argumento utilizado foi de que o legislador foi claro em não exigir a geração concreta de risco na conduta ali positivada. Poderia fazê-lo, mas preferiu contentar-se com a deliberada criação de um risco para o meio ambiente ou mesmo a um número indeterminado de pessoas por quem transporta produto ou substância tóxica, perigosa ou nociva à saúde humana ou ao meio ambiente, em desacordo com as exigências estabelecidas em leis ou nos seus regulamentos[123].

ANÁLISE DOUTRINÁRIA

Apesar da discussão ser mais sedimentada no âmbito jurisprudencial, outra é a conclusão no plano acadêmico. As posições

[122] CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Porte de droga para consumo pessoal. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/68b1fbe7f16e4ae3024973f12f3cb313>. Acesso em: 30/05/2023

[123] CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Art. 56 da Lei 9.605/98 é crime de perigo abstrato e dispensa prova pericial. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/543bec10c8325987595fcdc492a525f4>. Acesso em: 30/05/2023

doutrinárias são diversas e, uma vez consideradas fontes do direito, devem elas serem estudadas e levadas em conta na interpretação da norma jurídica, já que qualquer discussão não deve se limitar e findar naquilo que um tribunal define.

Parte da doutrina, seguindo a linha dos tribunais superiores, entende que a tipificação dos crimes de perigo abstrato não ofende ao princípio da lesividade. Para esta corrente, em que pese os crimes de perigo abstrato não exigirem a efetiva lesão a um bem jurídico ou a ameaça de lesão, não pode o legislador omitir-se diante da irreversibilidade que determinadas condutas podem resultar, como ocorre com os crimes ambientais, cujo dano faz relevante uma antecipação tutela penal. Para os defensores desta corrente, não há afronta ao princípio da lesividade, uma vez que a tipificação deve-se observar a periculosidade da conduta. Quando ausente, torna-se ilegítima a intervenção penal.

Pierpaolo, quanto ao argumento de que os crimes de perigo abstrato consistem em afronta ao princípio da lesividade, contrapõe:

> A lesividade não é verificada apenas nos comportamentos que danificam bens jurídicos, mas inclui também a ameaça real ou potencial dos objetos de tutela, que revela condutas penalmente relevantes. O abalo social que legitima a repressão é revelado inicialmente pela conduta, e não pelo resultado material *ex post*. [124]

Nesse sentido, Pierpaolo compreende que o princípio da lesividade não alcança somente aos crimes cujo resultado é evidente, mas também àqueles crimes que representam uma ameaça real ou potencial aos bens juridicamente tutelados. Portanto, a tipificação penal dos crimes de perigo abstrato é instrumento hábil a proteger também às condutas que geram ameaça ou potencial perigo de dano a determinados bens. Para ele, para que o Direito Penal se consolide na proteção funcional e racional dos bens jurídicos diante dos novos riscos sociais, faz-se necessária a antecipação da tutela.[125] As características demonstradas pelos novos crimes apresentados requerem formas diferenciadas de proteção ao bem jurídico, sendo

[124] BOTTINI, op. cit., p. 172.
[125] BOTTINI, op. cit., p. 172.
[125] Ibid., p. 175.

que tais meios protetivos, em alguns casos, efetivam-se com a aplicação da proteção preventiva, ou seja, antecipando a tutela estatal na garantia da integridade do bem tutelado.

Ainda acrescenta:

> O enfrentamento dos novos âmbitos de risco pelo direito penal, portanto, estará pautado pela necessidade, revelada pela importância dos bens jurídicos possivelmente afetados por estes riscos e pela limitação imposta pelo modelo de Estado, que implicará a observância dos parâmetros de garantia da dignidade humana [...] A determinação da natureza jurídica dos crimes de perigo abstrato deve estar adequada aos fundamentos expostos, de maneira a permitir que estes delitos cumpram com sua missão funcional em um Estado Democrático de Direito [...].[126]

Ao mesmo tempo, o autor adverte que a tipificação dos crimes de perigo abstrato só será legítima se voltada à proteção exclusiva dos bens jurídicos relevantes à dignidade humana e, ao mesmo tempo, respeite aos princípios de subsidiariedade, fragmentariedade e proporcionalidade.[127]

Em viés oposto, parte da doutrina pugna pela exclusão dos tipos penais de perigo abstrato do ordenamento jurídico, sob o argumento de sua incompatibilidade com um modelo de Estado Democrático de Direito. Ressalta-se que os argumentos são pertinentes e não devem ser deixados de lado no estudo sobre a viabilidade dos crimes de perigo abstrato. Observe-se:

> A previsão de delitos sem resultado material, seja de perigo, seja de lesão, seria incompatível com um direito penal garantista, pois a incriminação de mera conduta implicaria a repressão de atos de desobediência, sem vínculo imediato com bens jurídicos, que não entrariam na esfera da ação ilícita. Para esta corrente doutrinária, tais tipos penais importam em presunção *jures et de jure* de resultado, que afeta um direito penal fundado na responsabilidade pessoal e maculam o direito de defesa,

[126] Ibid., p.177.
[127] Ibid., p. 177.

> ao não admitirem prova em contrário da ausência de lesividade.[128]

Para Bianchini, os tipos penais de perigo abstrato ofendem princípios constitucionais como o princípio da ofensividade, da dignidade humana e o princípio da culpabilidade, visto que referido tipo penal caracteriza-se pela mera conduta do agente, não se levando em conta a probabilidade de ocorrência do dano. Nesse sentido, não há razão da aplicação de sanção penal, pois punir uma conduta cujo resultado distancia-se de uma lesão ao bem que se protege não justifica o seu enquadramento como objeto penal, sob pena de inequívoca afronta aos fins justificadores da intervenção penal.[129]

No mesmo posicionamento, Paulo de Souza Queiroz afirma que a intervenção penal somente se justifica quanto se tratar de dano ou perigo de dano ocorrido, ou seja, de crimes de dano e de perigo concreto. A imputação das condutas de perigo abstrato não protegeria bem algum, mas tão somente penalizaria uma desobediência à norma penal. [130]

Da mesma forma, Cezar Roberto Bitencourt sustenta a inconstitucionalidade dos crimes de perigo abstrato, frisando que a intervenção do Direito Penal em um Estado Democrático de Direito somente se legitima quando houver um efetivo, real e concreto perigo de lesão a um bem jurídico determinado. Frisa ainda o autor que a função do princípio da ofensividade é de limitar o *ius puniendi* estatal, direcionando-se tanto ao legislador como ao aplicador da lei[131].

Juarez Tavares, ainda, mostra-se bastante enfático quanto a impossibilidade de se admitir criminalização de conduta que não tenha um mínimo de substrato empírico ou em razão da simples violação de um dever geral. O autor frisa que todo o processo de atribuição de responsabilidade tem que estar assentado na

[128] BOTTINI, op. cit., p. 171.
[129] BIACHINI, Alice *apud* BOTTINI, Pierpaolo Cruz, loc. cit.
[130] QUEIROZ, Paulo de Souza *apud* BOTTINI, Pierpaolo Cruz, op. cit., p. 171.
[131] BITENCOURT, op. cit., pg. 52.

demonstração de uma causalidade entre a ação e o resultado[132]. Destaca ainda:

> A exigência da fórmula de um perigo concreto ao bem jurídico e não um estado de simples ameaça constitui o alicerce de uma teoria crítica do delito, a qual não deve se preocupar em legitimar a intervenção penal, mas, sim, em traçar limites rigorosos à sua execução. Está claro que o legislador se vale, muitas vezes, também nas incriminações de uma fórmula de perigo abstrato, à qual se apega a doutrina para ampliar a incidência do poder punitivo e legitimá-lo. Essas incriminações, que correspondem ao que se chama de legislação simbólica, uma vez que são destinadas à satisfação de interesses políticos, contrariam, no entanto, o sentido de orientação que a ordem jurídica deve emprestar às suas normas, porque impedem que sua infração se traduza em uma alteração sensível da realidade[133].

Para o autor, a norma jurídica deve ser vista como um ato de comunicação entre o Estado e o cidadão. Através de tal comunicação, a norma emite uma mensagem traçando os limites do lícito e do ilícito, sendo que tais limites devem ser nítidos e não presumidos pelo legislador. Nesse contexto, os crimes de perigo abstrato entram em contradição com a própria estrutura da norma criminalizadora, esta que não pode se desvincular de sua condição de ato de comunicação. Qualquer distorção na comunicação ou mesmo uma comunicação parcial não é hábil a justificar a norma criminalizadora, tendo em vista que um Estado Democrático de Direito só se legitima quando suas normas, como atos de comunicação, possibilitem a integração de todos os cidadãos como sujeitos de direito e, consequentemente, como pessoas livres. Assim, conclui o autor que a lesão de bem jurídico não pode ser substituída por uma suposta criminalização de comportamento[134]. Em arremate:

> O Estado democrático deve fundar-se na compreensão de que a pessoa individual é o centro da ordem jurídica e o parâmetro essencial da interpretação de suas normas.

[132] TAVARES, Juarez. Fundamentos de teoria do delito / Juarez Tavares. -2.ed. - São Paulo : Tirant lo Blanch, 2020, pg. 84.
[133] TAVARES, Juarez, op. cit., pg. 108.
[134] Ibid, pgs. 109/110.

> Geralmente, as tentativas de legitimação dos crimes de perigo abstrato partem de uma análise de comportamento da pessoa em face de outra pessoa ou de um número indeterminado de pessoas, expresso simbolicamente por meio de interesses coletivos. Assim, nos crimes ambientais, entende-se que a destruição de uma floresta não deve ser vista por seu lado empírico de lesão, mas sim pela afetação que tal ato representa para as demais pessoas ou gerações futuras. O processo de criminalização, aqui, visa, portanto, à proteção de interesses de outrem sob a proibição de perigos presumidos. Essa é, porém, uma visão distorcida da relação jurídica entre sujeito e norma criminalizadora, resultante do velho esquema do contrato social: o Estado, como representante da outra parte ou das demais contratantes, impõe ao sujeito a obrigação de não intervir no âmbito de existência dos demais[135].

São, pois, as considerações doutrinárias a respeito do tema.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise dos crimes de perigo abstrato passa, necessariamente, pela digressão a respeito da expansão dos riscos sociais decorrentes da globalização e do novo estilo de vida social.

A existência de novos riscos e a demanda por uma medida eficaz de contenção aumentaram ainda mais o discurso pela expansão do direito penal como um sistema que garanta o equilíbrio social. O direito penal do risco, nesse sentido, se obriga a orientar-se pela prevenção e inibição de atividades antes mesmo de uma efetiva lesão a um bem jurídico, no sentido de tutelar preventivamente qualquer lesão, que pode ser irreversível.

Uma das tendências da legislação penal, como medida de precaução, está na tipificação dos crimes de perigo abstrato, objeto

[135] Ibid, pg. 111.

principal do presente trabalho e gerador de divergências e críticas quanto a sua constitucionalidade.

A jurisprudência pátria, de forma bastante tranquila, tem aceitado a tipificação e a punição dos crimes de perigo abstrato, frisando que se trata de uma escolha legislativa legítima que se coaduna com os princípios constitucionais.

No campo doutrinário, entretanto, a divergência é acirrada. Há, de um lado, quem entenda que a tipificação de crimes de perigo abstrato não afronta o princípio da lesividade, uma vez que a tipificação deve-se observar a periculosidade da conduta. Mais do que isso, entendem que a antecipação da tutela penal é necessária para que o Direito Penal se consolide na proteção funcional e racional dos bens jurídicos diante dos novos riscos sociais.

Por outro lado, para a doutrina que preza pela inconstitucionalidade dos crimes de perigo abstrato como meio legislativo de tutela penal, tal tipificação estaria em desarmonia com os princípios norteadores da Constituição e com o caráter garantista de um Estado Democrático de Direito. Assim, a criminalização de uma conduta que não gere qualquer lesão a um bem jurídico estaria, desde logo, em confronto vários princípios constitucionais como o da lesividade, culpabilidade, intervenção mínima, bem como o da presunção de inocência, vez que a presunção *jure et de jure* dos crimes de perigo abstrato maculam o direito de defesa do réu.

As posições doutrinárias a respeito do tema, portanto, são bastante divergentes. Longe de se pautar por uma premissa única e verdadeira, é preciso entender e respeitar os argumentos das correntes divergentes e, acima de tudo, interpretar a norma penal respeitando os direitos e garantias do acusado, sempre utilizando-se de um filtro constitucional.

A conclusão a que se chega, portanto, leva em conta a necessária relação entre o Direito Penal e a Constituição Federal. É ela quem definirá quais são os direitos e garantias fundamentais do acusado e, ao mesmo tempo, definir quais os bens jurídicos mais importantes a serem tutelados

Assim, todos os agentes políticos e sociais devem juntos caminhar na tarefa de constitucionalizar e convencionalizar o direito

penal, já que sua efetividade não passa apenas pela instância legislativa, como também por todos aqueles que interpretam, aplicam e se sujeitam às normas jurídicas necessárias ao bom convívio social.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral** 1.16. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2011, pg. 255.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato**. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1ª Turma. **HC 110475**, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 14/02/2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. **HC 202883** AgR, Relator(a) p/ Acórdão Min. Gilmar Mendes, julgado em 15/09/2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. 5ª Turma. **HC 102940** / ES, rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJ: 15/02/2011

_____. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. **RHC 143449**, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 26/09/2017;

_____. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. **HC 133984/MG**, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgado em 17/5/2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. **HC 102087/MG**, rel. Min. Gilmar. Mendes, j. 28/02/2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. 5ª Turma. **AgRg no HC 517.099/MS**, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, julgado em 06/08/2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. 6ª Turma. **RHC 35920 -DF**, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, julgado em 20/5/2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. 5ª Turma. **HC 377.737**, Rel. Min. Felix Fischer, julgado em 16/03/2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. 6ª Turma. **AgRg-RHC 147.158**, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, julgado em 25/5/2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. 6ª Turma. **HC 187478-MG**, rel. Min. Haroldo Rodrigues, DJ: 14/04/2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. 6ª Turma. **REsp 1439150-RS**, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, julgado em 05/10/2017.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Porte de droga para consumo pessoal**. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/68b1fbe7f16e4ae3024973f12f3cb313>. Acesso em: 30/05/2023

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Art. 56 da Lei 9.605/98 é crime de perigo abstrato e dispensa prova pericial**. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/543bec10c8325987595fcdc492a525f4>. Acesso em: 30/05/2023

CAEIRO, Pedro. **A relevância da insolvência e da insolvabilidade nos crimes falências**. In: PODVAL, Roberto (Org.). Temas de direito penal econômico. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

GUIVANT, S. Julia. **A teoria da sociedade de risco de Ulrich Beck: entre o diagnóstico e a profecia**. *Estudos Sociedade e Agricultura*. Rio de Janeiro. n. 16, 95-112, abr. 2001. Disponível em < http://r1.ufrrj.br/esa/index.php?cA=db&aI=173&vT=da&vA=44>. Acesso em: 05 maio. 2013.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús – María. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. Tradução de Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2002. (Série as ciências criminais no século XXI; v.11).

SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. **Dos crimes de perigo abstrato em face da constituição**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal econômico como direito penal de perigo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006

TAVARES, Juarez. **Fundamentos de teoria do delito** / Juarez Tavares. -2.ed. - São Paulo : Tirant lo Blanch, 2020.

CONCEITOS DE INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E SUAS APLICAÇÕES NO SETOR PÚBLICO: INTERSEÇÕES COM O DIREITO DIGITAL

ARTIFICIAL INTELLIGENCE CONCEPTS AND THEIR APPLICATIONS IN THE PUBLIC SECTOR: INTERSECTIONS WITH DIGITAL LAW

Machidovel Trigueiro Filho[136]

RESUMO

O artigo analisa os conceitos fundamentais de inteligência artificial (IA) e suas aplicações estratégicas no setor público, evidenciando inter-relações com o direito digital e os direitos fundamentais. Inicia conceituando IA e suas áreas, como aprendizado de máquina, aprendizado profundo e processamento de linguagem natural. Aborda o uso de IA em cidades inteligentes para gestão de recursos, saúde, segurança pública, detecção de fraudes e atendimento ao cidadão, ressaltando desafios éticos, como viés algorítmico, privacidade de dados e responsabilidade civil. Discute a necessidade de governança democrática, regulamentação baseada em direitos humanos e políticas de inclusão digital para evitar aprofundamento de desigualdades. Conclui que a IA, se implementada de forma ética e inclusiva, pode se tornar instrumento de efetivação dos direitos fundamentais no Brasil.

136 Prof. Dr. Machidovel Trigueiro Filho, Vice Diretor da Faculdade de Direito da UFC, Coordenador do CRIA - Centro de Referência em Inteligência Artificial da UFC, Pós Doutor na USP/SP, Professor Visitante na FIU/EUA, Professor Pesquisador em STANFORD/EUA. Foi eleito o "Empreendedor Digital do Ano no Brasil" pela Associação Brasileira de Startups e a Startup Brasil.

Palavras-chave: Inteligência artificial; Setor público; Direito digital; Inclusão digital; Governança algorítmica.

Abstract

This article analyzes the fundamental concepts of artificial intelligence (AI) and its strategic applications in the public sector, highlighting its intersections with digital law and fundamental rights. It begins by conceptualizing AI and its fields, such as machine learning, deep learning, and natural language processing. The paper addresses the use of AI in smart cities for resource management, healthcare, public security, fraud detection, and citizen services, emphasizing ethical challenges such as algorithmic bias, data privacy, and civil liability. It discusses the need for democratic governance, human rights-based regulation, and digital inclusion policies to prevent the deepening of existing inequalities. The study concludes that AI, when implemented ethically and inclusively, can become a tool for realizing fundamental rights in Brazil.

Keywords: Artificial intelligence; Public sector; Digital law; Digital inclusion; Algorithmic governance.

INTRODUÇÃO

Este artigo é fruto de pesquisa realizada durante o estágio de pós-doutorado na Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), sob a supervisão da Professora Dra. Adriana Benevides Soares, vinculada ao Laboratório de Relações Interpessoais e Contextos Educativos desta instituição. O referido estágio integrou o projeto de pesquisa intitulado “Cidades Inteligentes, Inclusão Digital e Direitos Fundamentais: o papel das políticas públicas de conectividade no avanço da igualdade social”, no qual foram examinadas as interseções entre inteligência artificial (IA), políticas públicas e direitos fundamentais, com enfoque especial no direito digital.

O presente estudo objetiva analisar os conceitos estruturantes de inteligência artificial, suas aplicações estratégicas no setor público e suas inter-relações com o direito digital, a partir de uma perspectiva crítica que

incorpora aspectos de ética algorítmica, inclusão digital e governança democrática das tecnologias emergentes.

1. CONCEITOS FUNDAMENTAIS DE INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

A inteligência artificial pode ser definida como o campo da ciência da computação que desenvolve sistemas capazes de realizar tarefas que, tradicionalmente, exigiriam inteligência humana, como raciocínio lógico, percepção visual, processamento de linguagem natural e tomada de decisão (Russell & Norvig, 2020). Suas áreas principais incluem:

- Machine Learning (Aprendizado de Máquina): algoritmos que aprendem padrões a partir de dados, podendo ser supervisionados, não supervisionados ou por reforço (Goodfellow et al., 2016).

- Deep Learning (Aprendizado Profundo): subset do machine learning baseado em redes neurais profundas, com aplicações em reconhecimento de imagens, voz e texto (Domingos, 2015).

- Processamento de Linguagem Natural (PLN): capacidade de interpretar, compreender e gerar linguagem humana de forma contextualizada, aplicada em chatbots e análise de sentimentos (Bostrom, 2014).

2. IA, Inclusão Digital e Smart Cities

No contexto de cidades inteligentes (smart cities), a IA desempenha papel estruturante na gestão de recursos, mobilidade urbana, saúde pública e segurança. Segundo Vinuesa et al. (2020), a IA pode contribuir diretamente para o cumprimento de 79% das metas dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) da ONU, desde que acompanhada de políticas inclusivas e regulatórias adequadas.

No Brasil, a inclusão digital permanece como desafio para a efetivação de políticas públicas mediadas por IA. Dados da pesquisa TIC Domicílios (2022) indicam que aproximadamente 20% dos lares brasileiros não possuem acesso regular à internet, limitando a eficácia de soluções digitais implementadas pelo Estado e gerando exclusão no acesso a direitos fundamentais. Esse cenário evidencia que o uso de IA deve ser acompanhado de políticas de conectividade universal e letramento digital, sob pena de aprofundar desigualdades preexistentes (Bioni, 2021).

3. Aplicações Estratégicas no Setor Público

As aplicações de IA na administração pública abrangem diferentes campos:

3.1. Saúde pública: sistemas de machine learning têm sido utilizados para previsão de surtos epidemiológicos, gestão de filas de cirurgias eletivas e alocação de recursos hospitalares (Goodfellow et al., 2016).

3.2. Segurança pública: ferramentas de IA são aplicadas na análise de imagens de câmeras urbanas para reconhecimento facial e identificação de suspeitos, além de sistemas de previsão criminal (predictive policing). Contudo, estudos apontam riscos de discriminação algorítmica contra minorias raciais, exigindo regulamentação baseada em direitos humanos (Eubanks, 2018).

3.3. Gestão fiscal e detecção de fraudes: órgãos de controle interno utilizam IA para cruzamento de dados fiscais, trabalhistas e bancários visando identificar inconsistências, lavagem de dinheiro e fraudes tributárias (Domingos, 2015).

3.4. Atendimento ao cidadão: sistemas de PLN, como chatbots, viabilizam atendimento 24/7 em serviços como agendamento de consultas, emissão de documentos e esclarecimento de dúvidas jurídicas (Goodfellow et al., 2016).

4. DESAFIOS ÉTICOS E REGULATÓRIOS

4.1. Viés algorítmico: ocorre quando sistemas reproduzem discriminações presentes nos dados de treinamento (O'Neil, 2016).

4.2. Privacidade e proteção de dados: a coleta massiva de dados pessoais pelo Estado afronta o direito fundamental à privacidade. A LGPD estabelece princípios como minimização, finalidade e transparência, mas sua efetividade requer capacitação institucional contínua (Bioni, 2021).

4.3. Responsabilidade civil: a atribuição de responsabilidade por decisões autônomas de sistemas de IA permanece um tema aberto (Pasquale, 2020).

5. GOVERNANÇA ALGORÍTMICA E DIREITO DIGITAL

A governança de IA demanda participação multissetorial. Recomendações internacionais, como as Ethics Guidelines for Trustworthy AI da União Europeia (2019), propõem princípios como supervisão humana, robustez técnica, não discriminação, transparência, accountability e promoção do bem-estar social.

No Brasil, a Estratégia Brasileira de Inteligência Artificial (EBIA) destaca a necessidade de regulamentação setorial que concilie inovação e direitos fundamentais.

6. IMPACTOS CONSTITUCIONAIS E DIREITOS FUNDAMENTAIS

O uso de IA no setor público provoca impactos diretos sobre princípios constitucionais, como dignidade da pessoa humana, igualdade material, eficiência administrativa, transparência e controle social.

CONCLUSÃO

O presente artigo analisou os conceitos fundamentais de inteligência artificial, suas aplicações no setor público e suas interseções com o direito digital, enfatizando aspectos éticos, regulatórios e constitucionais. Verifica-se que, embora a IA tenha potencial de transformação profunda na gestão pública e na promoção da igualdade social, sua implementação exige políticas de inclusão digital, regulamentação baseada em direitos humanos, governança democrática e mecanismos de accountability. Em sociedades plurais, como a brasileira, a construção de um ecossistema de IA inclusivo, ético e transparente é condição indispensável para que a tecnologia se converta em instrumento de efetivação dos direitos fundamentais e não em vetor de exclusão ou discriminação.

REFERÊNCIAS

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

BOSTROM, Nick. Superintelligence: Paths, Dangers, Strategies. Oxford: Oxford University Press, 2014.

DOMINGOS, Pedro. The Master Algorithm: How the Quest for the Ultimate Learning Machine Will Remake Our World. New York: Basic Books, 2015.

EUBANKS, Virginia. Automating Inequality: How High-Tech Tools Profile, Police, and Punish the Poor. New York: St. Martin's Press, 2018.

EUROPEAN COMMISSION. Ethics Guidelines for Trustworthy AI. Brussels, 2019.

FLORIDI, Luciano. The Ethics of Artificial Intelligence. Oxford: Oxford University Press, 2022.

GOODFELLOW, Ian; BENGIO, Yoshua; COURVILLE, Aaron. Deep Learning. Cambridge: MIT Press, 2016.

JOBIN, Anna; IENCA, Marcello; VAYENA, Effy. The global landscape of AI ethics guidelines. Nature Machine Intelligence, v. 1, p. 389–399, 2019.

O'NEIL, Cathy. Weapons of Math Destruction: How Big Data Increases Inequality and Threatens Democracy. New York: Crown, 2016.

PASQUALE, Frank. New Laws of Robotics: Defending Human Expertise in the Age of AI. Cambridge: Harvard University Press, 2020.

RUSSELL, Stuart; NORVIG, Peter. Artificial Intelligence: A Modern Approach. 4. ed. Boston: Pearson, 2020.

SILVA, Juliana; NASCIMENTO, Lucas; GOMES, Rafael. Reconhecimento facial, segurança pública e racismo algorítmico no Brasil. Revista Brasileira de Segurança Pública, v. 15, n. 2, p. 70-90, 2021.

UNESCO. Recommendation on the Ethics of Artificial Intelligence. Paris: UNESCO Publishing, 2021.

VINUESA, Ricardo et al. The role of artificial intelligence in achieving the Sustainable Development Goals. Nature Communications, v. 11, n. 233, 2020.

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÃO NA JURISPRUDÊNCIA DO STF: ANÁLISE DO RE 608.880

THE CIVIL RESPONSIBILITY OF THE STATE FOR OMISSION IN THE JURISPRUDENCE OF THE STF: ANALYSIS OF RE 608.880

Yasmin Duarte[137][138]

RESUMO

A responsabilidade civil do Estado apresentou significativa evolução ao longo da história, partindo das fases de irresponsabilidade estatal até chegar ao atual momento, no qual se imputa ao Estado a responsabilidade de forma objetiva. Além das condutas comissivas, o Estado também pode causar danos a outrem por meio de omissões. A análise da responsabilidade civil do Estado por omissão, entretanto, é permeada de controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais, sobretudo quanto à modalidade – se objetiva ou subjetiva. Manifestou-se o Supremo Tribunal Federal pela aplicação da modalidade objetiva. Ao analisar o RE 608.880, a Corte Constitucional fixou tese de repercussão geral reforçando a necessidade de nexo de causalidade direto para a configuração de responsabilidade civil do Estado por omissão decorrente de fuga de pessoa sob a custódia do sistema prisional.

Palavras-chave: Responsabilidade civil. Estado. Omissão.

---

137 Bacharela em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). Especialista em Direito Civil Avançado (UNIVALI) e Direito Público (ESTÁCIO).

138 Artigo de autoria exclusiva da autora.

ABSTRACT

The civil liability of the State has undergone significant evolution throughout history, starting from the phases of state irresponsibility and reaching the current moment, in which the State is held liable in an objective manner. In addition to commission of acts, the State may also cause harm to others through omissions. However, the analysis of State civil liability for omissions is fraught with doctrinal and jurisprudential controversies, particularly regarding the type - whether objective or subjective. The Supreme Court has expressed its support for the objective type. By analyzing the RE 608,880 case, the Constitutional Court established a thesis of general repercussion, reinforcing the need for a direct causal link to establish civil liability of the State for omissions resulting from a person's escape from the prison system.

Keywords: State. Civil liability. Omission.

INTRODUÇÃO

A responsabilidade civil por omissão é ponto de intensa controvérsia jurisprudencial. No presente artigo, busca-se desenvolver um breve histórico acerca da responsabilidade civil, passando-se, num segundo momento, a enfrentar os elementos da responsabilidade civil do Estado na modalidade omissiva.

Na parte final, realiza-se uma análise da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal nos autos do Recurso Extraordinário n 608880, que versou sobre a responsabilidade civil do estado por dano causado a terceiro por fugitivo do sistema prisional, buscando identificar os elementos de convicção adotados pela Corte Constitucional e os pontos mais relevantes do julgado no que tange ao enfrentamento da modalidade omissiva de responsabilização civil.

1. BREVE HISTÓRICO ACERCA DA RESPONSABILIDADE CIVIL

O estudo da responsabilidade civil remonta à Antiguidade, com o surgimento das primeiras formas de sociedade e, por conseguinte, com os conflitos dela advindos. Nessa fase, marcada pela vingança privada, merece destaque a Lei do Talião, repetida no Código de Hamurabi, por meio da qual assegurava-se a retribuição do dano causado. Posteriormente, o Código de Manu, da cultura hindu, passou a prever multa ou indenização para aquele prejudicado por ato de outrem, representando significativa evolução do instituto.[139]

Tratando-se de tema afeto ao Direito Privado, houve relevante contribuição do Direito Romano, que trouxe instrumentos, como a Lei das XII Tábuas e a *Lex Aquilia* de Damno. Hodiernamente, em referência à lei citada, tal espécie de responsabilidade é conhecida como responsabilidade aquiliana (ou extracontratual).[140]

Modernamente, o Código Civil Francês de 1804 (Código de Napoleão) avançou ao estabelecer princípios gerais da responsabilidade civil e inseriu a culpa como elemento básico da responsabilidade civil aquiliana, influenciando diversos diplomas normativos pelo mundo, inclusive o Código Civil Brasileiro de 1916.[141]

Todavia, a teoria clássica que elencava a culpa como requisito para a configuração da responsabilidade civil não se mostrava apta a satisfazer todas as necessidades das sociedades. A respeito da necessidade de uma nova abordagem, escrevem Pablo Stolze Gagliano e Rodrigo Pamplona Filho[142]

> Assim, num fenômeno dialético, praticamente autopoiético, dentro do próprio sistema se começou a vislumbrar na jurisprudência novas soluções, com a ampliação do conceito de culpa e mesmo o

139 TARTUCE, Flávio. **Manual de responsabilidade civil**: volume único. São Paulo: Método, 2018. p. 19

140 GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**, v.3: responsabilidade civil. 15. ed. Saraiva: São Paulo, 2017 p. 62

141 TARTUCE, Flávio. **Manual de responsabilidade civil**: volume único. São Paulo: Método, 2018. p.21

142 GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**, v.3: responsabilidade civil. 15. ed. Saraiva: São Paulo, 2017 p. 63

> acolhimento excepcional de novas teorias dogmáticas, que propugnavam pela reparação do dano decorrente, exclusivamente, pelo fato ou em virtude do risco criado.

Nesse contexto, surge, na França, a teoria do risco, segundo a qual aquele que criou o risco à custa de outrem deve suportar as suas consequências, respondendo perante a outra parte. A responsabilidade, antes, portanto, centrada na análise da culpa (ou seja, subjetiva), passa a ter caráter objetivo, em determinadas situações. A responsabilidade objetiva pautada no risco popularizou-se no século XIX nos países da Europa, sendo especialmente desenvolvida na Itália.[143] Essas espécies de responsabilidade serão abordadas em detalhes nos próximos tópicos desta pesquisa. Por ora, basta mencionar que ambas convivem harmonicamente no ordenamento jurídico pátrio.

O Código Civil de 2002, representando avanço em relação à codificação de 1916, tratou da responsabilidade civil com maior profundidade.[144] Nesse sentido, dispõe o artigo 927 que "Aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo."[145], funcionando ambos como cláusula geral para análise da responsabilidade civil.

2. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

A responsabilidade civil do Estado refere-se às condutas dos três ramos de atuação estatal, ou seja, trata-se tanto de funções administrativas quanto das jurisdicionais ou legislativas. Consoante a conceituação da doutrina, a responsabilidade extracontratual do Estado "corresponde à obrigação de reparar danos causados a

143 TARTUCE, Flávio. **Manual de responsabilidade civil**: volume único. São Paulo: Método, 2018. p. 23

144 VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: obrigações e responsabilidade civil. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 391

145 BRASIL, **Código Civil**. Lei n. 10.406, 10 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 19 mar. 2019.

terceiros em decorrência de comportamentos comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos, lícitos ou ilícitos, imputáveis aos agentes públicos."[146]

Observa Fernanda Marinela[147]:

> A ordem jurídica nacional é una, isto é, todos estão sujeitos à mesma estrutura normativa, inclusive o Estado. Assim sendo, se todos que causarem danos a outrem terão que indenizar, com o Estado não poderá ser diferente. Em nome do princípio da isonomia de todos perante a lei, o Estado, assim como os demais indivíduos, serão sujeitos responsáveis pelos prejuízos que causarem a terceiros. Representa coerência lógica o dever de uns e outros que, sem distinção, devem responder por seus comportamentos.

A responsabilidade civil do Estado sofreu intensa evolução ao longo da história. Até a metade do século XIX, vigorava a Teoria da Irresponsabilidade Estatal, marcada pela máxima "the king can do no wrong" ("o rei não pode errar"). Assim, não seria possível responsabilizar o Estado pelos atos de seus agentes, visto que o Estado estava em um nível superior ao do súdito, não sendo obrigado a ressarcir prejuízos que seus agentes causassem a terceiros.

A teoria, característica de regimes absolutistas[148], passou a perder força em diversos países do mundo; em função de particularidades dos seus sistemas jurídicos, contudo, nos Estados Unidos e na Inglaterra a referida tese somente foi superada em 1946,

146 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 29. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 887

147 MARINELA, Fernanda. **Direito administrativo**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 1154

148 Ricardo Alexandre e João de Deus apontam que a teoria da irresponsabilidade nunca foi adotada no Brasil, sendo inicialmente prevista no ordenamento jurídico nacional a responsabilidade com culpa civil, evoluindo para a responsabilidade pela falta do serviço até chegar à responsabilidade objetiva, hoje aplicável. (ALEXANDRE, Ricardo; DEUS, João de. **Direito Administrativo**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2017. p. 361)

por meio do *Federal Tort Claim Act*, e em 1947, com o *Crown Proceeding Act*, respectivamente.[149]

Passou-se então à responsabilidade com culpa, sendo adotada, portanto, para a responsabilização do Estado teorias fundamentadas no Direito Civil.[150]

Admitia-se a responsabilização estatal apenas por atos de gestão, desde que houvesse conduta oficial, dano, nexo de causalidade e a presença de culpa ou dolo do agente público. Quanto aos atos de império, por serem manifestação da supremacia do Rei ou de seus auxiliares diretos, não era admitida responsabilização. Pela dificuldade da diferenciação, na prática, de quais atos seriam de impérios e quais configurariam atos de gestão, a referida teoria foi abandona.[151]

Apesar de configurar significativo avanço em relação à teoria da irresponsabilidade, ainda era extremamente dificultosa a demonstração da culpa ou dolo do agente público. Ficou evidente, assim, a necessidade de aperfeiçoar o sistema de responsabilidade estatal:

> Para mais uma vez proteger a vítima, facilitando o conjunto probatório, a evolução abre espaço para que a responsabilidade passe da subjetiva na culpa do agente para a subjetiva na culpa do serviço. Nesse caso, a vítima não precisa apontar o agente; basta a demonstração de que o serviço não foi prestado quando deveria ter sido, ou foi prestado de forma ineficiente ou foi malfeito ou a prestação ocorreu com atraso quando deveria funcionar a tempo, o que se denomina falta do serviço, ou para os franceses a *"faute du service"*, também conhecida por culpa anônima.[152]

---

149 ALEXANDRE, Ricardo; DEUS, João de. **Direito Administrativo**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2017. p. 358

150 ALEXANDRE, Ricardo; DEUS, João de. **Direito Administrativo**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2017. p. 358

151 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 29. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 887

152 MARINELA, Fernanda. **Direito administrativo**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 1157

Destarte, para a teoria da responsabilidade com culpa administrativa, consagrada na doutrina de Paul Duez e também denominada de teoria da culpa anônima ou falta do serviço, era suficiente a comprovação do mau funcionamento do serviço público, prescindindo de indicação do agente causador do dano.[153]

Como preleciona Hely Lopes Meirelles[154],

> Já aqui não se indaga da culpa subjetiva do agente administrativo, mas perquire-se a falta objetiva do serviço em si mesmo, como fato gerador da obrigação, de indenizar o dano causado a terceiro. Exige-se, também, uma culpa, mas uma culpa especial da Administração, a que se convencionou chamar de culpa administrativa.

Em razão da dinamicidade das relações jurídicas, há nova mudança na sistemática de reparação civil estatal, surgindo a responsabilidade objetiva.[155]

A responsabilidade civil objetiva, no Brasil, foi reconhecida desde a Constituição Federal de 1946[156], sendo mantida e apenas aperfeiçoada nas que se seguiram. A Constituição de 1988 passou a referir-se ao "agente", expressão cuja abrangência será abordada nessa pesquisa, determinando, no art. 37, §6º, que "as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de

153 CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo.** 30. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016. p. 709

154 MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 42. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 780

155 MARINELA, Fernanda. **Direito administrativo**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 1157

156 "As Constituições de 1824 e 1891 não continham disposição que previsse a responsabilidade do Estado; elas previam apenas a responsabilidade do funcionário em decorrência de abuso ou omissão praticados no exercício de suas funções. Nesse período, contudo, havia leis ordinárias prevendo a responsabilidade do Estado, acolhida pela jurisprudência como sendo solidária com a dos funcionários; era o caso dos danos causados por estrada de ferro, por colocação de linhas telegráficas, pelos serviços de correio." DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 29. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 893

serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros", garantindo ainda direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.[157]

Sobre os motivos que embasaram a adoção da responsabilidade objetiva para as atividades estatais, explica José dos Santos Carvalho Filho[158]:

> Foi com lastro em fundamentos de ordem política e jurídica que os Estados modernos passaram a adotar a teoria da responsabilidade objetiva no direito público. Esses fundamentos vieram à tona na medida em que se tornou plenamente perceptível que o Estado tem maior poder e mais sensíveis prerrogativas do que o administrado. É realmente o sujeito jurídica, política e economicamente mais poderoso. O indivíduo, ao contrário, tem posição de subordinação, mesmo que protegido por inúmeras normas do ordenamento jurídico. Sendo assim, não seria justo que, diante de prejuízos oriundos da atividade estatal, tivesse ele que se empenhar demasiadamente para conquistar o direito à reparação dos danos. Diante disso, passou-se a considerar que, por ser mais poderoso, o Estado teria que arcar com um risco natural decorrente de suas numerosas atividades: à maior quantidade de poderes haveria de corresponder um risco maior.

Houve, portanto, ampliação da responsabilidade civil estatal, abrangendo também as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos (incluindo, dessa forma, até mesmo pessoas jurídicas de direito privado que recebam delegação, a qualquer título, do Poder Público, para prestação de serviços públicos). Destaca-se que as empresas públicas e sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica estão afastadas

---

157 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 02 abr. 2019

158 CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo.** 30. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016. p. 710

da responsabilidade objetiva, vez que a própria Constituição Federal prevê que ambas devem ser regidas pelas normas aplicáveis às empresas privadas.[159]

Tratando-se de responsabilidade objetiva, é dispensada a análise do elemento subjetivo, bastando que o interessado comprove a ocorrência de um fato, lícito ou ilícito[160], do dano e da relação de causalidade entre eles, não havendo necessidade de se perquirir culpa ou dolo do agente estatal.[161]

A responsabilidade civil objetiva no Brasil encontra amparo, via de regra, na teoria do risco administrativo:

> Tal teoria, como o nome está a indicar, baseia-se no risco que a atividade pública gera para os administrados e na possibilidade de acarretar dano a certos membros da comunidade, impondo-lhes um ônus não suportado pelos demais. Para compensar essa desigualdade individual, criada pela própria Administração, todos os outros componentes da coletividade devem concorrer para a reparação do dano, através do erário, representado pela Fazenda Pública. O risco e a solidariedade social são, pois, os suportes desta doutrina, que, por sua objetividade e partilha dos encargos, conduz à mais perfeita justiça distributiva, razão pela qual tem merecido o acolhimento dos Estados modernos, inclusive o Brasil, que a consagrou pela primeira vez no art. 194 da CF/46.[162]

159 ALEXANDRE, Ricardo; DEUS, João de. **Direito Administrativo**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2017. p. 360

160 "O STF, em múltiplas ocasiões, sublinhou que para a responsabilidade civil do Estado é irrelevante a ilicitude ou licitude do ato estatal. A ilicitude ou não do ato, por si só, não diz nada acerca da exclusão da obrigação de reparar". FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Curso de direito civil**: responsabilidade civil. 5. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 611

161 CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo.** 30. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016. p. 709

162 MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 42. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 781

Essa teoria, portanto, perfectibiliza a responsabilidade objetiva, dispondo que haverá dever de indenizar o dano decorrente de ato lesivo causado pelo Poder Público sem cogitação de culpa *lato sensu*,[163] admitindo-se que a responsabilidade seja afastada ou diminuída quando presentes causas excludentes ou atenuantes de responsabilidade, quais sejam: força maior, caso fortuito, culpa de terceiro ou culpa da vítima[164] Tais excludentes, por romperem o nexo de causalidade, afastam o dever de indenizar.

Em casos específicos, adota-se, no Brasil, a teoria do risco integral, a qual considera o ente público como garantidor universal, que não será objeto de análise nesta pesquisa.

Quando o agente público causa prejuízo a outrem por meio de uma ação, estando presente o nexo de causalidade entre o dano e conduta, há responsabilidade civil estatal, portanto. Entretanto, "noutros casos, o Estado deixa de agir e, devido a tal inação, não consegue impedir um resultado lesivo". Em tais casos, está-se diante do dano por omissão.[165]

Em uma análise crítica da responsabilidade civil do estado por omissão, apontam Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosenvald e Felipe Peixoto Braga Netto[166]:

> O intérprete do século XXI deve – cada vez mais – assumir uma postura severa diante das omissões estatais. Diminuem os espaços da omissão estatal legítima. Aumentam os deveres estatais de ação – não qualquer ação, mas uma ação eficiente, proporcional, cuidadosa. Omissões que nos séculos passados não responsabilizariam o Estado, progressivamente, no século atual, passarão a responsabilizá-lo. É a linha da tendência que começa a se desenhar.

163 TARTUCE, Flávio. **Manual de responsabilidade civil**: volume único. São Paulo: Método, 2018. p. 644

164 ALEXANDRE, Ricardo; DEUS, João de. **Direito Administrativo**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2017. p. 361

165 MAZZA, Alexandre. **Manual de direito administrativo**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 480

166 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. C**urso de direito civil**: responsabilidade civil. 5. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 654

A omissão não se caracteriza, contudo, por um mero não agir. É preciso que o Estado tivesse o dever legal de agir, ou que se tenha colocado em situação de risco, assumindo a ocorrência desse risco, como acontece quando o ente público atua como garantidor.

Há intensa discussão jurisprudencial e doutrinária acerca da modalidade de responsabilidade civil aplicável aos atos omissivos estatais. Atualmente, o Supremo Tribunal Federal tem reiteradamente se posicionado acerca da aplicabilidade da responsabilidade por omissão objetiva, como será analisado no caso concreto tratado abaixo.

3. ANÁLISE DO RE 608880: RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR DANO CAUSADO A TERCEIRO POR FUGITIVO DO SISTEMA PRISIONAL.

Em 08.09.2020, o Supremo Tribunal Federal julgou o Recurso Extraordinário n. 608880, fixando, sob a sistemática da repercussão geral, a seguinte tese (Tema 362):

> "Nos termos do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, não se caracteriza a responsabilidade civil objetiva do Estado por danos decorrentes de crime praticado por pessoa foragida do sistema prisional, quando não demonstrado o nexo causal direto entre o momento da fuga e a conduta praticada."

No caso concreto, familiares de vítima de homicídio ingressaram com ação indenizatória em face do Estado do Mato Grosso imputando ao Estado a responsabilidade civil por omissão, uma vez que o autor do homicídio cumpria pena em regime fechado e empreendeu fuga do estabelecimento carcerário.

O Tribunal de Justiça de Mato Grosso havia fixado a responsabilidade civil do Estado como objetiva no caso em apreciação.

O Estado do Mato Grosso ingressou com Recurso Extraordinário apontando a violação do art. 37, 6º, da Constituição Federal, sob argumentação de que inexistia liame entre a fuga do apenado e o ato por ele praticado, considerando que o crime foi praticado apenas três meses depois de sua evasão.

Da análise dos votos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal, denota-se que houve a reafirmação da adoção da modalidade objetiva de responsabilidade civil aos casos de omissão estatal, bem como a menção a teoria do risco administrativo.

O voto proferido pelo relator, Ministro Marco Aurélio, restou vencido, tendo posicionado-se pelo reconhecimento do nexo de causalidade com base na falha de serviço.

Extrai-se do voto:

> Salta aos olhos o nexo de causalidade. Havendo empreendido fuga, veio o detento a incidir em nova prática criminosa, resultando, do assalto, do roubo implementado, a morte de cidadão chefe de família. Tem-se a responsabilidade estatal tal como a reconheceram o Juízo e o Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso. Este sustenta óptica impossível de conceber-se como respaldada na ordem jurídica – a existência de ato de terceiro. Sim, o Estado não praticou o crime de roubo seguido de morte. Falhou, em ato de serviço. Claudicou no que lhe incumbia manter preso o agente, sendo impensável contexto a ensejar fuga. Eis a origem da responsabilidade. Salta aos olhos o nexo de causalidade. A causa remota do dano, indireta, está na omissão do Estado, no que lhe cabe a manutenção da custódia de preso a cumprir pena em regime fechado. Não se trata de saída do presídio, considerado o regime semiaberto, quando, então, inexistente seria o nexo de causalidade, levando-se em conta a postura estatal e o crime.

O relator para o acórdão, Ministro Alexandre de Moraes, em sentido divergente, assim expôs:

> Nesse sentido, a fuga de presidiário e o cometimento de crime (elementos fáticos), sem qualquer relação lógica com sua evasão, extirpa o elemento normativo, *"segundo o qual a responsabilidade civil só se estabelece em relação aos efeitos diretos e imediatos causados pela conduta do agente. A incorreta visualização do nexo causal pode levar à distorção de rumos, fazendo alguém responder pelo que não fez",* adverte SERGIO CAVALIERI FILHO (Programa de Responsabilidade Civil. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2019).

A partir da análise do voto que se sagrou vencedor, denota-se que o nexo de causalidade não resta automaticamente configurado em razão da mera fuga de detento, não bastando a omissão genérica para a demonstração do liame necessário à caracterização de responsabilidade civil. Citou o Ministro, ainda, precedentes da Corte em igual sentido:

> "Ação Rescisória. 2. Ação de Reparação de Danos. Assalto cometido por fugitivo de prisão estadual. Responsabilidade objetiva do Estado. 3. Recurso extraordinário do Estado provido. Inexistência de nexo de causalidade entre o assalto e a omissão da autoridade pública que teria possibilitado a fuga de presidiário, o qual, mais tarde, veio a integrar a quadrilha que praticou o delito, cerca de vinte e um meses após a evasão. 4. Inocorrência de erro de fato. Interpretação diversa quanto aos fatos e provas da causa. 5. Ação rescisória improcedente." (AR 1376, Rel. Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, DJ de 22/9/2006).

Com o mesmo teor:

> "RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ART. 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

> LATROCÍNIO PRATICADO POR PRESO FORAGIDO, MESES DEPOIS DA FUGA. Fora dos parâmetros da causalidade não é possível impor ao Poder Público uma responsabilidade ressarcitória sob o argumento de falha no sistema de segurança dos presos. Precedente da Primeira turma: RE 130.764, Relator Ministro Moreira Alves. Recurso extraordinário não conhecido." (RE 172.025, Rel. Min. ILMAR GALVÃO, Primeira Turma, DJ de 19/12/1996).

Reconhecida, portanto, a adoção da teoria do risco administrativo, admite-se o reconhecimento de causas excludentes de responsabilidade, especialmente frente ao rompimento do nexo de causalidade.

Portanto, no caso em comento, o Supremo Tribunal Federal, por maioria, proveu o recurso extraordinário, julgando improcedente o pleito indenizatório contido na exordial.

CONCLUSÃO

Não obstante as controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais acerca da responsabilidade civil por omissão do Estado, o Supremo Tribunal Federal, em reiterados julgados, manifesta-se pelo reconhecimento da modalidade objetiva.

Contudo, vige, como regra, a teoria do risco administrativo, admitindo a exclusão da responsabilidade civil em determinados casos.

Ainda, deve-se aferir se há nexo de causalidade entre a omissão estatal e o dano, sob pena de excluir-se a responsabilização do Estado e, por via de consequência, o dever de indenizar.

Tal como julgado no RE 608880, caso haja decorrido significativo lapso temporal entre a fuga do preso e a omissão

imputada ao Estado, há quebra da causalidade, inexistindo, portanto, responsabilidade civil.

Com a publicação da tese sob a sistemática da repercussão geral, o Supremo Tribunal Federal busca a pacificação da questão, a despeito de ser necessária aferição no caso concreto acerca do decurso de tempo significativo para o rompimento da causalidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDRE, Ricardo; DEUS, João de. **Direito Administrativo**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2017.

BRASIL, **Código Civil**. Lei n. 10.406, 10 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 02 junho. 2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 2 junho. 2023.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. RE 608880 / MT. Relator para o acórdão: Min. Alexandre de Moraes. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344568158&ext=.pdf. 2 junho. 2023.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo.** 30. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 29. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Curso de direito civil**: responsabilidade civil. 5. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2018.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**, v.3: responsabilidade civil. 15. ed. Saraiva: São Paulo, 2017

MAZZA, Alexandre. **Manual de direito administrativo**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 42. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2016.

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

TARTUCE, Flávio. **Manual de responsabilidade civil**: volume único. São Paulo: Método, 2018.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: obrigações e responsabilidade civil. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017.