



Revista Processus de Estudos de Gestão, Jurídicos e Financeiros ISSN: 2237-2342 (impresso) L-ISSN: 2178-2008 (on-line) Ano X, Vol.X, n.39, jul./dez., 2019.

Tramitação editorial:

Data de submissão: 30/07/2019.

Data de reformulação: 15/09/2019.

Data de aceite definitivo: 30/11/2019.

Data de publicação: 20/12/2019.

Editor Responsável: Me. Jonas Rodrigo Gonçalves.

Publicado: 2019-08-21

Artigos

GESTÃO FINANCEIRA E FINANCIAMENTO DO EMPREENDEDOR SOCIAL

Dr. Alessandro Aveni

04-19



PDF



PKP/INDEX



REDIB



BASE

PERSPECTIVAS DISTINTAS DE AVALIAÇÃO DO RESULTADO

Lúcio Carlos de Pinho Filho

20-32



PDF



PKP/INDEX



REDIB



BASE

IMUNIDADE TRIBUTÁRIA NOS LIVROS DIGITAIS E-BOOK

Mateus Guimarães Torres, Esp. Maria Christina Barreiros D'Oliveira, Me. Jonas Rodrigo Gonçalves

33-66



PDF



PKP/INDEX



REDIB



BASE

TERCEIRIZAÇÃO E SUAS IMPLICAÇÕES NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

DANILO FELICIO GONÇALVES FERREIRA

67-91



PDF



PKP/INDEX



REDIB



BASE

DIREITOS À VERDADE E À MEMÓRIA – SITUAÇÃO NO BRASIL

Dr. João Carlos Medeiros de Aragão, Luiza Gil Barbosa de Aragão

92-105

[PDF](#)

[PKP/INDEX](#)

[REDIB](#)

[BASE](#)

FEMINICÍDIO: UMA ANÁLISE APLICADA SOB A LEI MARIA DA PENHA

Amanda Silva Marciano, Me. Iel Marciano de Moraes Filho, Me. Mayara Cândida Pereira, Dra. Francidalma Soares Carvalho Filha, Esp. Goiacymar Campos dos Santos

106-121

[PDF](#)

[PKP/INDEX](#)

[REDIB](#)

[BASE](#)

TRABALHO INFANTIL: COMO PROTEGER O DIREITO FUNDAMENTAL DE PROTEÇÃO A CRIANÇAS EM SITUAÇÃO DE VULNERABILIDADE

Dra. Dulce Teresinha Barros Mendes de Moraes, Débora Marques Ramos

122-136

[PDF](#)

[PKP/INDEX](#)

[REDIB](#)

[BASE](#)

LIMITES DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL PELA VIA DA INTERPRETAÇÃO JUDICIAL: UMA PROPOSTA DE CATALOGAÇÃO E DEFINIÇÃO

Me. Álvaro Osório do Valle Simeão, Dr. Inocêncio Mártires Coelho

137-150

[PDF](#)

[PKP/INDEX](#)

[REDIB](#)

[BASE](#)

A APOSENTADORIA ESPECIAL DO SERVIDOR PÚBLICO E SUAS POLÊMICAS

Me. Lourivânia Soares de Lacerda

151-160

[PDF](#)

[PKP/INDEX](#)

[REDIB](#)

[BASE](#)

BASE NACIONAL COMUM CURRICULAR

Me. Maria Aparecida De Assunção, Marliane Corado Lobato, Walter Robson Vieira Torres

161-179

[PDF](#)

[PKP/INDEX](#)

[REDIB](#)

[BASE](#)

DIREITO À VIDA E ABORTO: ANÁLISE DA ADPF 54

Otho Cezar Miranda de Carvalho, Danilo da Costa, Jonas Rodrigo Gonçalves

180-192

[PDF](#)

[PKP/INDEX](#)

[REDIB](#)

[BASE](#)

CRIMES CONTRA A MULHER E A EFICIÊNCIA DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Me. Jonas Rodrigo Goncalves, Letícia Fernandes Gaudêncio Leão

193-201

[PDF](#)

[PKP/INDEX](#)

[REDIB](#)

[BASE](#)

FEMINICÍDIO: A EFICÁCIA DA LEI Nº 13.104/2015 NO COMBATE À VIOLÊNCIA DO GÊNERO

Bruna Soares Silva, Caroline Pereira Gurgel, Me. Jonas Rodrigo Gonçalves

202-221

 PDF

 PKP/INDEX

 REDIB

 BASE

REFLEXOS DA SENTENÇA TRABALHISTA NO INSS

Me. Lourivânia Soares de Lacerda, MSc. Juliana de Oliveira Xavier Ribeiro

222-229

 PDF

 PKP/INDEX

 REDIB

 BASE

ALIENAÇÃO PARENTAL: UMA DISCUSSÃO SOBRE A RESPONSABILIZAÇÃO DECORRENTE DA ALIENAÇÃO PARENTAL

Cleison Virgínio Gomes de Almeida, Me. Jonas Rodrigo Gonçalves, Natalye Vilela Almeida

230-251

 PDF

 PKP/INDEX

 REDIB

 BASE

VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER: TRATAMENTO LEGISLATIVO E JURISPRUDENCIAL

Cleison Virgínio Gomes de Almeida, Adson Lucas dos Santos Capelete, Jonas Rodrigo Gonçalves

252-266

 PDF

 PKP/INDEX

 REDIB

 BASE

A IMPORTÂNCIA DA MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO PARA A DESOBSTRUÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO DO MUNICÍPIO DE VALPARAISO DE GOIÁS - GO

Me. Jonas Rodrigo Gonçalves, Cleison Virgínio Gomes de Almeida, Leonardo Duarte dos Santos

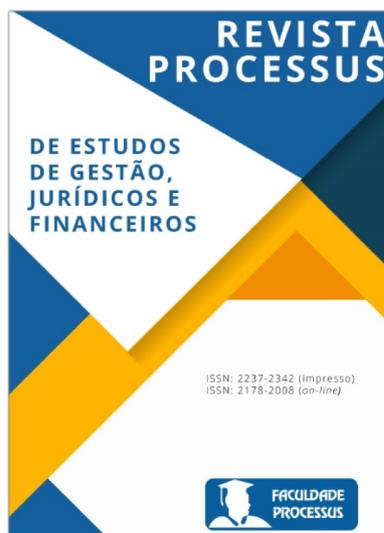
267-278

 PDF

 PKP/INDEX

 REDIB

 BASE



Revista Processus de Estudos de Gestão, Jurídicos e Financeiros.

ISSN: 2237-2342 (impresso)
L-ISSN: 2178-2008 (on-line)

Ano X, Vol.X, n.39, jul./dez., 2019.

Tramitação editorial:

Data de submissão: 30/07/2019.

Data de reformulação: 15/09/2019.

Data de aceite definitivo: 30/11/2019.

Data de publicação: 20/12/2019.

Editor Responsável: Me. Jonas Rodrigo Gonçalves.

GESTÃO FINANCEIRA E FINANCIAMENTO DO EMPREENDEDOR SOCIAL

FINANCIAL MANAGEMENT AND FINANCING OF THE SOCIAL ENTREPRENEUR

Dr. Alessandro Aveni¹

Resumo

Neste trabalho se exploram as formas de financiamento do empreendedor social. Este ator é pouco presente na pesquisa acadêmica e se confunde com empreendedor clássico que tem impacto social. O impacto social é uma forma de produzir serviços e produtos para uma faixa de baixa renda. Além de esclarecer as diferenças entre tipos de empreendedores o trabalho mostra as diferentes formas de financiamento e de administração financeira de uma empresa social apontando a novas e velhas formas presentes no mercado. O empreendedor social deve definir sua estratégia de financiamento, para encontrar investidores, deve pensar a seu capital financeiro e humano e ao desenvolvimento para continuar suas atividades. Como resultado da pesquisa se aponta ao desenvolvimento de novas formas de financiamento desse ator. Também o crescente grau de profissionalismo presente hoje torna a administração da empresa social fundamental para orientar e gerenciar e manter contato com investidores e sua sustentabilidade.

Palavras-chave: Empreendedorismo Social. Financiamentos. Gestão Financeira.

Abstract

This paper explores the forms of social entrepreneur financing. This actor is little present in academic research and is confused with classic entrepreneur who has social impact. Social impact is a way of producing services and products for a low-income group. In addition to clarifying the differences between types of entrepreneurs the work shows the different forms of financing and financial administration of a social enterprise aimed at new and old forms present in the market. The social entrepreneur must define

¹ Professor da Universidade de Brasília (DF) e da Faculdade Processus (DF).

his financing strategy, to find investors, he must think his financial and human capital and development to continue his activities. As a result of the research, it points to the development of new ways of financing this actor. Also the increasing degree of professionalism present today makes corporate social management fundamental to guide and manage and maintain contact with investors and their sustainability.

Keywords: Social Entrepreneurship. Financing. Financial Management.

1. Introdução

Empreendedorismo social é uma forma de empreender que tem significados diferentes em diferentes lugares e economias principalmente devido a dicotomia entre conceito de empresa e da cultura social. O problema que a atual pesquisa quer explorar é quais soluções de financiamento existem e podem ser disponíveis para empreendedores sociais no Brasil. Este é parte de uma pesquisa mais abrangente que trata a gestão financeira do empreendedorismo social e é um desafio para administradores sendo poucas disciplinas nos cursos de administração que tem destaque neste assunto. Justifica-se o trabalho pelo fato que não existem muitas pesquisas sobre financiamentos do empreendedor social, sua gestão do capital social, humano e organizacional. Poucas pesquisas se preocupam do processo de empreendedorismo social e da gestão financeira das empresas sociais.

O objetivo é entender empiricamente o relacionamento dos principais atores: empreendedores, doadores e investidores e entender o sistema de financiamento disponível. Depois a análise bibliográfica sobre conceito de empreendedorismo social e fontes de financiamento a pesquisa usa um método exploratório e o procedimento metodológico de análise de informações nas instituições financeiras e no internet buscando uma síntese das principais formas e fontes de financiamento no Brasil. A pesquisa se divide em três partes sendo a primeira uma síntese do referencial teórico sobre os conceitos de empreendedorismo social, gestão financeira e as formas de financiamento dos empreendedores sociais Uma segunda parte mostra a pesquisa empírica e os resultados obtidos explorando e sistematizando as fontes de financiamento disponíveis no Brasil. Se discute os resultados e se encerra o trabalho colocando sugestões de pesquisa futuras.

2. Referencial Teórico

Conceituação de empreendedorismo social

Administrar uma empresa social apresenta desafios sobretudo no entendimento da sua colocação no mercado seu escopo e missão. Partindo de uma análise econômica Birch e Wittham (2008) explicam o posicionamento do empreendedorismo social na economia e em particular na divisão dos setores econômicos². A empresa social e o empreendedor social, segundo os autores, se colocam no terceiro setor, ou seja, nas organizações que tem um foco econômico social, mas não estão no setor público que seria o primeiro setor em que se divide a economia em relação aos atores. No terceiro setor há as famílias o setor informal e as organizações. As organizações chamadas de voluntárias se dividem das organizações sociais entre as quais há o empreendedorismo social. Essa divisão cria

² Isso não é diferenciação em atividades segundo o PIB ou seja setor primário ou agricultura, setor secundário ou seja indústria e setor terciário ou seja os serviços.

naturalmente vários problemas. O primeiro é que as empresas sociais e o empreendedor social têm uma forte dimensão pública e privada portanto é difícil avaliar uma empresa social somente por ser o empreendedor orientado ao social.

Outra caracterização das empresas sociais pode ser referenciada, segundo vários autores (GRASSEL 2012, HULGÅRD 2010), na definição que existe na União Europeia que reconhece as empresas no terceiro setor se elas:

- têm como objetivo satisfazer interesses comunitários e quer beneficiar a comunidade com externalidades positivas na sua ação (esse elemento é importante para organizações locais que não beneficiam a sociedade como tudo);
- têm como constrangimento a distribuição de lucros. O lucro final deve ser doado ou repassado para outra organização similar (mas isso não quer dizer que os membros não devem ganhar um salário)
- finalizam a gestão anual com um balanço social público e para comunidade que beneficia (este elemento é fundamental para atribuição do status de empresa)

Deve-se também ressaltar que na União Europeia há uma forte vertente regional e de coesão que aponta a uma análise do desenvolvimento devido a elementos econômicos privados, do governo, das instituições de ensino e também do governo local: a chamada quádrupla hélice. Assim o empreendedorismo social na vertente Europeia valoriza as comunidades locais e as diferenças regionais sem necessariamente colocar o empreendedorismo social numa vertente exclusivamente solidária. Finalmente com portaria n. 346/2013 em 17 abril 2013 foram atualizadas as regras para constituição de fundos da EU para empreendedorismo social.

No Brasil empresas sociais nessas definições mais abrangentes nos EUA e na União Europeia não foram legalmente reconhecidas somente em 1999, por meio da Lei n. 9.790 de 23/03/99, que institui as chamadas Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIPs) (MARTINS, 2002).

Nos EUA frisa-se a união das organizações da sociedade civil seja empreendedor social, empresas sem fins lucrativos e empreendedorismo “verde” com intuito de incluir o empreendedorismo social em uma economia que se engaja em problemas sociais, do meio ambiente e da sustentabilidade. O empreendedorismo não pode ser um motor de desenvolvimento, mas um meio sistêmico de mudanças para melhorar o bem-estar e reduzir os impactos sociais e naturais da ação econômica. O enfoque nos EUA é nos impactos e não na divisão teórica ou acadêmica. Em relação a isso Aveni (2014) sustenta que há uma lógica que envolve o empreendedorismo “verde”, social e sustentável como uma divisão das tipologias dos empreendedores e não dos mercados. Porém a divisão é utópica por ser tanto diferente com objetivos divergentes devido a mesma definição de sustentabilidade que pretende alcançar simultaneamente objetivos em conflito.

Em relação a posição Europeia, Defourny e Marthe (2010) ressaltam ainda que na Europa o foco está em entender as estrutura de governo ou liderança do empreendedor social, principalmente o controle democrático e o engajamento dos stakeholders na tradição democrática das cooperativas. Na Europa é colocado como objetivo das organizações sociais o resultado social e não ter lucro a distribuir.

A descrição Europeia permite um suporte público, pois não há dúvida sobre gestão e objetivos sociais e o risco de contribuir em empresas que podem sobreviver com lucros e atuar no mercado. O suporte público com esse sistema permite evitar as empresas precisar prioritariamente de filantropia. Nos EUA o foco fica mais na missão social e menos na garantia que não há lucro ou lucro distribuído. A escola americana frisa a necessidade das empresas de utilizar planos e gestão administrativa, ou seja, elementos de administração empresarial, para manter eficiência. Em geral eficiência

e alcance de desafios sociais parece o ponto de convergência mais próximo das escolas atuais. Por isso em particular pela escola americana qualquer empresa que produz impactos sociais pode ser considerada empresa social.

No Brasil, Santos (2009) aponta ao fato que o empreendedorismo social é a resposta ao trade-off econômico presente no mercado ou seja a escolha entre criação de valor e apropriação de valor. Em particular isso se realiza quando há uma falha no mercado não resolvida com ações públicas ou de serviço público. Assim se cria uma oportunidade única para um ator social. Assim o empreendedorismo social é uma ação efetiva que segue soluções sustentáveis relacionadas aos problemas das externalidades, criando externalidades positivas no mercado. A lógica do empreendedor social é diferente da lógica do empreendedor de controle do mercado que deriva da teoria clássica econômica. O empreendedorismo social é assim um mecanismo do mercado que preenche as falhas que podem ser exploradas como oportunidades e produzir externalidades positivas para sociedade. Deve-se diferenciar o empreendedorismo social de outros tipos de comportamento empresarial como o empreendedorismo clássico, a responsabilidade corporativa e a filantropia.

Segundo Paredo e McLean (2006) a taxonomia do empreendedor social se coloca como um empreendedorismo de um número reduzido de pessoas, que trabalham com objetivos prioritários de criar um valor social (capital humano) usando conhecimento e explorando oportunidades para criação desse valor, tolerando riscos e reconhecendo a limitação dos recursos disponíveis. Weerawardena e Mort (2006) sugerem que empreendedorismo social pode ser definido como um conceito complexo multidimensional. Suas características são a inovação a proatividade e a gestão do risco. Entretanto estas características se desenvolvem em diferentes dimensões com a limitação de uma missão social e sustentável. A dicotomia entre social e empresa que se refere a dicotomia entre missão e lucro pode ser resolvida colocando o fato que a missão do empresário é sempre o lucro, mas nesse contexto o fator social coloca uma limitação a este objetivo colocando-o em relação a objetivos sociais.

Zahara e ali (2009) explicam que uma definição clara de empreendedorismo social deve incorporar elementos sociais e econômicos. Contudo a pesquisa deve identificar o sentido do social nessa definição. É prioritária a pesquisa organizacional com análise custo benefício das empresas sociais. A definição de oportunidade de mercado dessa categoria também precisa melhor entendimento. O empreendedor social encontra e explora oportunidades, mas captura a motivação individual dos participantes a organização empresarial social. A motivação parece portanto um elemento chave na definição do empreendedorismo social (Certo e Miller 2008; Zahara 2009). Uma análise histórica faz sentido por que algumas empresas remetem a organizações já conhecidas e outras são inovadoras de acordo com Zahara (2009) deve-se considerar em fim também o tamanho do engajamento e do objetivo social, e também os efeitos finais das empresas sociais.

Segundo os autores citados ainda tem uma diferencia entre ser empreendedor social e ter uma empresa social. Também empreendedorismo social é diferente de outras organizações sem fins lucrativos. A discussão até aqui mostra que o empreendedor social na realidade não precisa necessariamente de uma empresa para se manifestar na sua ação social. O empreendedor social se coloca conceitualmente entre o empreendedor e a organização filantrópica.

O empreendedor social é diferente do empreendedor com impacto social. Empresa com impacto social é uma forma de empreendedorismo emergente no Brasil que deriva do conceito de negócios que tem uma estratégia de explorar a base da

pirâmide. Esta estratégia procura trabalhar com produtos ou serviços de baixo custo que possam satisfazer as exigências da grande parte da população mundial de baixa renda. A lógica econômica é de atingir um mercado maior com produtos e serviços básicos com preços adequados aos clientes. Como exemplo são sistemas de energia a baixo custo, sistemas de comunicação e educação via internet ofertados de graça e em geral produtos e serviços que possam oferecer funções básicas como alimentação, saúde, educação, segurança etc.

O empreendedor social precisa segundo (BARON E BRUSH, 1999) de cinco habilidades interpessoais são importantes para o empreendedor atrair recursos:

- Percepção social: a precisão com que o empreendedor avalia os traços, as intenções e as motivações dos outros.
- Gerenciamento da influência: a maneira como uma pessoa induz reações positivas nos outros.
- Capacidade de expressão: a habilidade de expressar claramente emoções e sentimentos e gerar motivação nos outros.
- Persuasão: habilidade para alterar a visão ou comportamento dos outros em encontros pessoais.
- Adaptabilidade social: habilidade para se adaptar ou se sentir confortável em uma ampla variedade de situações sociais.

A seguir se mostram diferentes opções de financiamento pelo empreendedor social que quer financiar seus projetos com o sem constituição de empresa. Alguns empréstimos públicos, entretanto, além da empresa precisam de que a empresa seja em ativo e também de garantias pessoais.

Empreendedor social e gestão financeira

Um empreendimento social tem um ciclo que mostra diferenças a respeito um ciclo empreendedor clássico. Em 1997 Leadbeter (1997) desenvolveu um trabalho que ressalta o crescimento do conceito empreendedorismo social e coloca em evidência o processo do desenvolvimento de uma empresa social. Nessa análise é fundamental o desenvolvimento do capital social e humano, ou os recursos necessários para empreender. Esses recursos classificaram-se em seis tipos: humano, social, financeiro, físico, tecnológico e organizacional (Greene, Brush e Brown, 1997; Greene e Brown, 1997). Recursos simples são tangíveis, descontínuos e baseados na propriedade, enquanto recursos complexos são intangíveis, sistemáticos e baseados no conhecimento (Penrose, 1959; Amit e Shoemaker, 1993; Miller e Shamsie, 1996).

Considerando que o crescimento da empresa social passa compulsivamente para o investimento de capital social e humano e também em capital organizacional ou da comunidade e principalmente dos recursos financeiros. Os recursos humanos são complexos e muitas vezes intangíveis, dificultando sua identificação e mensuração (Becker, 1964) tornando-se uma vantagem única. A dimensão humana e social será analisada no longo do trabalho.

Em relação ao capital financeiro a teoria financeira divide em capital próprio, investido no longo prazo, em geral para criar e iniciar a empresa que será reembolsado no final da vida útil da empresa e o capital de médio e curto prazo. Da análise do ativo e passivo da empresa o empreendedor deve tomar conhecimento do capital de giro que serve para sustentar os negócios da empresa. O empreendedor social, devido a suas características de serviço para comunidade, não precisa de grandes capitais fixos e de longo prazo mas de manter o capital de giro. ou seja, ao final, os recursos

que sustentam a atividade do dia a dia do serviço prestado ³. O capital fixo é um elemento residual na gestão financeira pois o empreendedor social tem como objetivo o serviço e a gestão e menos a gestão dos ativos e do capital da empresa.

Assaf Neto (2005) define o capital de giro como montante de recursos próprio ou de terceiros que se encontra financiando ativos de curto prazo indicando a folga da empresa, calculado pela diferença entre ativo circulante e passivo circulante. Ativo circulante é o grupo de ativos que inclui as disponibilidades imediatas (caixa, bancos ativos etc.), direitos realizáveis (como os créditos) estoques e despesas antecipadas. Os passivos circulantes são as dívidas que podem ser exigidas de curto prazo como fornecedores, parcelas de financiamentos ou financiamentos de curto prazo, taxas, salários e todos os elementos passivos que podem ser exigidos no curto prazo.

Financiamento do capital do empreendedor social com base a teoria financeira são do financiamento do curto prazo (por exemplo: gestão de caixa, credores e fornecedores) e de médio longo (por exemplo: máquinas ou veículos instrumentais ao funcionamento do serviço). Também podemos considerar os financiamentos do ponto de vista do capital social.

Podemos assim considerar que diferentes atores financeiros do mercado participam no investimento do capital de giro da atividade empresarial e também trocam recursos no dia a dia. Uma parte dos atores que participam ao financiamento como investidores são os que fornecem capital de longo prazo, ou seja, não exigível no dia a dia e esses são necessários no startup da empresa, mas também em fornecer capital de giro. Isso acontece quando a empresa não consegue sustentar a atividade financeira e precisa de recursos. Assim uma entrada de caixa (sobretudo doações) é fundamental para balancear um capital de giro da gestão que se apresenta estruturalmente passivo. Formas de financiamento do capital de giro e do empreendedorismo social são então: trabalho voluntário; contribuições e doações e financiamento público. Atualmente a pesquisa mostra que há também outras formas de financiamento emergentes: crowdfunding, redes de fundações, parecerias público-privado.

A administração financeira da empresa social deve evidenciar com técnicas de pesquisa ou auditoria os impactos sociais que em geral são ligados ao número de atendimentos, ao volume monetário figurativo⁴ dos serviços prestados, aos fundos levantados para a empresa e para eventos, a gestão financeira dos fundos no caso de serviço de microcrédito⁵. Esse aspecto que implica que o administrador deve ser preparado para lidar com conceitos de auditoria e pesquisa social deve ser frisado e debatido sobretudo nos conselhos regionais em parceria com as universidades para fornecer cursos de capacitação.

As formas de financiamento do capital de giro social, portanto deve ser dividido principalmente em capital humano e capital financeiro. O financiamento do capital humano é um discurso complexo que entra numa esfera de análise mais ampla do atual trabalho e pode ser discutida em um sucessivo trabalho. As formas de financiamento monetário do capital financeiro são divididas aqui a seguir em função dos agentes financiadores ou investidores. Uma forma de analisar o capital de giro

³ Devido a complexidade da teoria financeira relativa ao financiamento das empresas, nessa versão do artigo se propõe um foco e uma definição relativamente enxuta para sustentar o tema. O desenvolvimento de teoria financeira do empreendedor social que será tema de um artigo sucessivo.

⁴ Chamamos de figurativos os valores dos serviços mesmo se isso não comporta movimentos financeiros de caixa, por exemplo as horas de trabalho voluntário valorizadas com um preço padrão no mercado de trabalho.

⁵ Não somente microcrédito financeiro mas também pelo uso de bens e antecipo de serviços como fosse um crédito comercial.

das empresas sociais também poderia ser a análise do balanço de várias empresas sociais. Isso é mais viável em nações em que as práticas de certificação e balanço são mais usadas e, portanto, na atual pesquisa se optou para uma análise dos atores.

3. Pesquisa sobre Formas de Financiamento para Empresas Sociais

Uma pesquisa da PWC⁶ na Holanda identifica 5 atores e formas para o financiamento do capital social: instituições financeiras, investidor anjo, crowdfunding, *venture capitalist* e fundos de investimento específicos para empreendedores sociais. Na realidade brasileira e na atual pesquisa foram mantidas as principais formas acrescentando o financiamento público sendo para empresas sociais muito mais importante em nações em desenvolvimento. Assim a pesquisa procura entender:

- financiamento das instituições financeiras IF
- financiamento com formas emergentes, incluindo anjos, Crowdfunding e *venture capitalists*
- financiamento de redes ou Fundações
- financiamento Público

Entre estas formas seguindo um critério do Credit Suisse, ressaltando a diferença entre empreendedor e empresa social, pode-se diferenciar a filantropia do investimento de impacto, sendo a primeira um suporte primário para empreendedorismo social citando fundos e fundações e o segundo um investimento que tem como objetivo mudanças social e no meio ambiente combinadas com retorno moderado do capital citando micro finança e *venture capital*. Contudo esta diferenciação deriva mais dos objetivos do empreendedor social e menos da modalidade.

• IF Instituições de crédito e empreendedor social

Já no início dos anos 80, do século passado, no Brasil existiam instituições de crédito para empresas sociais com a criação da rede Ceape (1987) e diversos outros fundos desenvolvidos por ONGs . Fundos comuns eram presentes, na área rural, com ajuda de cooperativismo internacional. O crescimento dessas experiências tem ocorrido nos anos 90 com o aparecimento de iniciativas urbanas, com a introdução do poder público e amadurecimento das ONGs. Também iniciaram formas de financiamento por meio das instituições bancárias e não-bancárias de crédito e microcrédito.

Bancos Comunitários e Informais.

Nas considerações do autor Gilson Alceu Bittencourt , o banco de Palmas (banco popular) , criado em 98 (BITTENCOURT 2001, Pág. 28) na cidade de Fortaleza-Ceará , surgiu como alternativa da associação dos moradores , um projeto voltado para geração e ocupação de renda , social , de mobilização e organizado pelos moradores sendo totalmente administrado e gerenciado pelos líderes comunitários.

Programas de Microcrédito

Foi reconhecido mundialmente que Muhammad Yunus foi o primeiro exemplo de sucesso do microcrédito em países em desenvolvimento. Yunus acredita que todo ser humano possui instintos de sobrevivência e autopreservação, uma prova disto são os milhões de pobres que existem no mundo, onde mesmo miseráveis, conseguem contornar ao máximo sua situação. Sendo assim, a forma mais efetiva de ajudar estas

⁶ www.pwc.nl

peças é incentivar o que elas já têm, seu instinto. Quando confere recursos para estas pessoas, por pouco que seja, consegue melhorar sua condição de vida utilizando-se do seu já senso de sobrevivência.

O Gramenn Bank sustenta que para eliminar a pobreza tudo o que temos de fazer é implementar as mudanças apropriadas nas instituições e políticas, e/ou criar novas instituições e políticas(...) o Grameen Bank criou uma metodologia e uma instituição para atender às necessidades financeiras dos pobres e criou condições razoáveis de acesso a crédito, capacitando os pobres a desenvolverem suas habilidades profissionais para obter uma renda maior a cada ciclo de empréstimos. O "Grameencredit" procura operar a uma taxa de juros o mais próximo possível dos juros do mercado local, cobrando a taxa básica (no Brasil seria a taxa SELIC) ,, não a taxa cobrada pelos emprestadores tradicionais. As operações do "Grameencredit" devem ser autossustentáveis. A prioridade do "Grameencredit" é construir o "*capital social*". Isso é obtido pela criação de grupos e centros, destinados a desenvolver lideranças. O "Grameencredit" dá uma ênfase toda especial à "*formação do capital humano*" e à *proteção do meio-ambiente* .

No Brasil o microcrédito é a concessão de empréstimo de baixo valor a pequenos empreendedores informais e microempresa sem acesso ao sistema financeiro tradicional . O impacto social do microcrédito resulta em um reconhecimento positivo, melhorias em condições habitacionais, alimentação, saúde, contribui para a cidadania. No Brasil, o microcrédito é concedido de várias formas , por meio das ações do poder público , da sociedade civil e da iniciativa privada .Os microcrédito do poder público atuando por bancos oficiais com carteira especializada, Exemplos são o CredAmigo do Banco do Nordeste , através do programa “Banco do povo “ , programa de crédito do BNDES , e do programa SEBRAE . Programas públicos de fomento a instituições de microcrédito da sociedade civil e da iniciativa privada. Outros programas disponíveis são o Banco Mulher , A Porto sol , A rede Ceape , O vivaCred, O CredAmigo , o programa de crédito popular do BNDES , SEBRAE de Microcrédito, A Caixa Econômica Federal, e outras experiências Estaduais e Municipais .

Ações históricas recentes foram: os programas Softex, geração de novas empresas de software, informação e serviço, programa Brasil empreendedor, do governo federal dirigido à capacitação de mais de 6 milhões de empreendedores em todo o país. Esse programa vigorou de 1999 a 2002. programa Empretec e jovem empreendedor do SEBRAE diversos curso nas universidades brasileiras para o ensino empreendedorismo. Estes programas de apoio e financiamento de capacidades empreendedoras são desenvolvidas por meio de agências e incubadoras públicas.

Entre as IF o Banco do Brasil não possui uma linha específica de crédito para financiar empreendimentos sociais. Pode ser liberado um crédito, como pessoa física ou jurídica, um empréstimo sem ser específico para tal empreendimento. O Banco do Brasil possui uma proposta para o empreendedor individual, empréstimo à juros baixos pagando a 1ª parcela após uma carência, segundo pesquisa feita no próprio Banco, um cadastro rápido e fácil, valor empréstimo dependerá da renda, e outras exigências burocráticas. O grande problema é que estas exigências incluem a predisposição da proposta por profissional indicado pelo banco que é obrigatória e cara.

Tanto os bancos públicos ou privados demandam projetos sociais e para participar é preciso seguir o edital, tem que seguir todos os critérios, de impactos sociais, sustentabilidade e gerar renda, e dizer por que razão seu projeto deve ser financiado, devido a bastante demandas. Financiamento de empreendedorismo sociais, tanto nos Bancos públicos ou privados, só através de editais. No GDF , a

secretaria de apoio a micro e pequeno empreendedor e economia solidária , financiam projetos (10/2014) . O financiamento da instituição bancária é mais burocrática e fechada e não há uma linha específica para financiamento de empreendedorismo social. Para participar de um financiamento, deve-se seguir o edital de cada instituição bancária e criar o projeto de acordo com a demanda e exigência de cada um.

- **Financiamento via internet ou crowdfunding**

Recentemente assumiu um papel interessante uma forma de financiamento via internet, solidário e participativo. O financiamento *Crowdfunding* , como um modelo de negócio , é uma nova forma de financiamento sobretudo para Startups , baseado no fenômeno Web 2.0 , uma inovação nas empresas .Uma ferramenta para praticar e explorar no maneira de se reacionar , com o advento da segunda onda da internet (Web 2.0) , firma uma mudança radical , nas empresas que desenvolvem hoje seus próprios negócios aproveitando do internet , de diversas formas , até investimento de recursos financeiros por parte do usuário para financiar projetos de terceiros ., se apresenta como nova opção para empresas e empreendedores.

Empresas sociais e com impacto social que operam nesse mercado são, além da Catarse : Benfeitoria , Kickante , Artemísia , Catraca Livre , Elo Crowking , Clube FC , projetos sem fins lucrativos quando é um projeto de doação financiados pelas mesma e os financiadores não recebem recompensas .O site CATARSE é a maior comunidade de financiamento coletivo do Brasil (2013 -2014) , estudos da CHORUS ,empresa de pesquisa em foco em projeto cultura e sociedade , em parceria com a Catarse mostra o retrato do financiamento coletivo no Brasil . Pessoas que participam do financiamento coletivo no Brasil , sua distribuição. Segundo um estudo do financiamento coletivo da Catarse (2013 – 2014) as pessoas hoje têm maior interesse em apoiar uma causa 52% dos investidores em *crowdfunding* fomentam projetos artísticos e culturais de forma independente , 41% em viés social , 24% em viés empreendedor , que viabilizem novas empresas , produtos e iniciativas . Os fatores que importam na hora de apoiar um projeto 88% identificação da causa , 71% confiar no potencial do realizador ,70% na qualidade de apresentação do projeto , 48% indicação de amigo , 42% conhecer pessoalmente o idealizador , 41% as recompensas , 35% conhecer outros apoiadores .

Um exemplo de financiamento social bem sucedido da CATARSE foi o projeto o Quilombo do Terere , pela associação Quilombo do Terere na Bahia , com objetivos de treinos , rodas e vivências de capoeiras , oficinas e cursos de formação desde musical à profissional , reforço escolar com espaço para uma biblioteca , 120% financiado , valor R\$10.233,00 (2014) .

Outro projeto bem sucedido foi o Expedicionários da Saúde no Xingu , objetivo levar atendimento cirúrgico aos indígenas do Parque do Xingu valor do projeto R\$ 34.510,00 , 115% (2014) . Construindo a creche de Eliana Silva , projeto comunidade , mais de 60 famílias beneficiadas . Financiado R\$ 51.107,00 , a esperança de ter acesso a educação infantil gratuita e de qualidade , construção para uma sala de aula , refeitório , biblioteca , berçário e área de lazer externa (2013) .

- **Financiamento por meio de Fundações e entes beneficentes**

Aceleradoras são sistemas de financiamento emergentes, pois utilizam internet para levantar capitais necessários aos projetos empresariais e de empreendedores. As ações de financiamento incluem também investimentos em capital humano. As

aceleradoras participam na fase de startup da empresa social que é o início do ciclo do empreendimento. Diversas instituições têm colaborado para desenvolvimento de negócios sociais, como a organização internacional Artemisia, a Ashoka, pioneira no campo da inovação social e a Fundação Schwab, responsável no Brasil pelo prêmio 'Empreendedor Social'. E mais, diversos eventos voltados para Startups também têm espaços reservados para o debate e a troca de ideias acerca de empreendimentos sociais.

Artemisia é uma organização sem fins lucrativos pioneira na disseminação de negócios de impacto social no Brasil. O Programa Aceleradora é um programa intensivo onde os empreendedores são desafiados a testar na prática novos modelos de receita e refinar seu impacto social em ambiente de co-criação e colaboração efetiva com comunidades de baixa renda, os empreendedores mentores e investidores. Objetivo em curto período de tempo que os negócios acelerados estejam mais preparados para alcançar resultados econômicos e sociais em larga escala (produção em massa) e mais atraentes para investidores nacionais e internacionais.

Os Negócios Que a Artemisia financia:

- Na Educação : projetos les2 , Kiduca , Ligado no Enem , Meritt informação educacional , Neofuturo .

- Na Empregabilidade : Egalitê recursos humanos especiais

- Habitação : Na área de reformas

Negócios Inclusivos : Sementes de Paz , comércio orgânicos online ,Solidarium artesanatos .

- Na Saúde rede de clínicas Facilitasaúde , Sim .

- Serviços Financeiros : Togarantido.com.br , Banco Pérola , Financeira Konkero .

- Tecnologia Assistiva : incluir Tecnologia e outras

A Artemisia acelera as startups e oferece formatação do modelo de negócio, Capacitação da equipe, Mentores, executivos, empreendedores, Refinamento do Impacto Social, Conexões investidores anjos, fundações, instituições, doadores, empresas. Porém há um Investimento para participar pagado à vista, sendo que a Artemisia não cobra participação acionária das empresas e subsidia os custos dos programas de aceleração. O valor cobrado é apenas uma taxa de comprometimento dos empreendedores. Seleciona empresas de todo o Brasil. Não há necessidade de sediar e residir em S. Paulo, mas o empreendedor precisa participar de 3 módulos em S. Paulo

A Artemisia não se responsabiliza por custos e hospedagem. Os módulos são: Módulo de Negócio, Impacto Social, Acesso à Investimento. O empreendedor social deve ser avaliado com Critérios de Seleção, deve preencher formulários, explicar seu impacto Social, as mudança que quer fomentar e capacidade para atrair investimentos. Deve-se avaliar o potencial de escala. A Artemisa avalia o estágio de maturidade, o negócio em fase inicial desde ideias em fase de piloto /protótipo até as Startups com produto de mercado buscando rápido crescimento. A aceleração Artemisia tem duração de 3 meses e consiste em um processo Business development individual e contínuo, elaborado para cada empresa. Com 3 grandes objetivos que é acelerar o crescimento Startups em um curto período de tempo, metas e atividades claras. Outra é potencializar o impacto social e por último buscar analisar alternativa de financiamento. Os empreendedores fazem um PITCH para os investidores da rede apresentando estratégia de crescimento e financiamento.

As fundações hoje em dia formam rede de fomento e apoio aos empreendedores. As fundações de apoio e fomento ao empreendedorismo social são criadas para empresários sociais de sucesso. Elas participam ao financiamento de maneira limitada em geral com prêmios e competições em que o vencedor leva um prêmio para financiar sua iniciativa, mas sobretudo como pontos focais de uma rede mundial de investidores em projetos sociais. Uma parte do trabalho das fundações é aumentar a capacitação dos empreendedores sociais com cursos e material didático. As rede ligadas as fundações fomentam cursos e apoio em particular para novos empreendedores, mantêm contato com Anjos que, podem veicular fundos para as iniciativas sociais.

A Ashoka é uma organização mundial, sem fins lucrativos, pioneira no campo da inovação social, trabalho e apoio aos empreendedores sociais – pessoas com ideias criativas e inovadoras capazes de provocar transformações com amplo impacto social. Presente em mais de 60 países e criada na Índia em 1980, pelo norte americano Bill Drayton . Os empreendedores sociais da Ashoka fazem parte de uma rede mundial de intercâmbio de informações, colaboração e disseminação de projetos composta hoje por mais de 3000 empreendedores localizados nos diversos países em que atuam. No Brasil, já foram selecionados mais 360 empreendedores de todas as regiões do país . Rigoroso e qualificado processo de seleção voltado para a busca permanente por inovação, ao apoio dado aos empreendedores sociais nos diferentes estágios de desenvolvimento de suas ideias e ao investimento realizado em pessoas, e não em projetos, a Ashoka se faz uma organização única, diferenciada no contexto do setor social no Brasil e no mundo.

A seleção de empreendedores Sociais da Ashoka está centrado na pessoa e na solução inovadora de amplo impacto social. O processo de seleção para tornar-se Empreendedor(a) Social é rigoroso e baseia-se numa avaliação tanto da trajetória pessoal como a trajetória profissional do(a) candidato(a) por membros da Equipe Ashoka Brasil e Global e pelos próprios Fellows, utilizando para isso os cinco critérios da Ashoka: inovação, perfil empreendedor, criatividade, impacto social e fibra ética. A Ashoka não fomenta financeiramente projetos, cursos e trabalhos assistenciais. Para as pessoas que atualmente estão ligadas ao governo, seja em nível Municipal, Estadual e/ou Federal, a Ashoka busca integrá-los em suas iniciativas temáticas ou articulá-los com Empreendedores que estejam influenciando em políticas públicas. No entanto, estas pessoas não estão aptas a integrar a Rede Ashoka de Empreendedores Sociais.

Na rede Ashoka a busca e seleção de novos empreendedores não acontecem em prazos determinados. A fundação recebe indicações de candidatos em qualquer época do ano. No entanto, isto não significa que a análise da candidatura tenha uma data exata para acontecer. O processo de análise das candidaturas varia de acordo com o volume de iniciativas que chegam e dos recursos disponíveis e pode durar alguns meses. Há uma rede global de nomeadores, uma entrevista com equipe local da Ashoka, visitas de campo ,entrevistas com representantes da Ashoka global , entrevista de segunda opinião com outros Fellows da Ashoka e formadores de opinião. Critérios para ser Selecionado são ligados a inovação pois a Ashoka seleciona o empreendedor que tiver uma nova ideia – uma nova solução ou método para lidar com um problema social – que modificará o sistema em que este problema está inserido, seja na área de direitos humanos, meio ambiente ou outra.

Ashoka avalia a ideia historicamente e em comparação a outras soluções existentes em campo, buscando inovação e real poder de transformação social; criatividade ou seja Empreendedores sociais de sucesso precisam ser criativos tanto

como visionários que têm um plano estratégico, assim como implementadores, capazes de colocar o plano em ação e transformar suas visões em realidade. Criatividade não é uma qualidade que aparece repentinamente – quase sempre demonstra-se presente desde a infância.

Dentre as perguntas que podemos fazer está: O indivíduo tem uma visão de como pode tratar uma necessidade social de melhor maneira do que vem sendo feito até então? O candidato tem histórico de criar outras novas ideias?; perfil Empreendedor, o perfil empreendedor define líderes que veem oportunidades de mudança e inovação nos desafios e se dedicam integralmente para que esta aconteça. Esses líderes geralmente possuem pouco interesse em outra coisa além de sua missão e estão dispostos a passar os próximos dez ou quinze anos trabalhando e lutando para atingi-la. Essa absorção total é crítica para transformar uma ideia em realidade e é por essa razão que a Ashoka insiste que os candidatos dediquem tempo integral para colocar a ideia em prática em sua fase inicial.

O critério de seleção foca na ideia do candidato e não no candidato. A Ashoka tem interesse apenas em ideias que possam transformar realidades significativamente e causar impacto em nível nacional. Por exemplo, a Ashoka não visa apoiar a implantação de uma nova escola ou clínica a menos que esta seja parte de uma estratégia mais ampla de reforma do sistema educacional ou de saúde a nível nacional. Se o empreendedor não inspirar confiança, sua probabilidade de sucesso é significativamente reduzida. A Ashoka avalia com rigor esse critério em todos os participantes do processo seletivo. A pergunta essencial é: “Você acredita piamente nessa pessoa?” Se houver qualquer dúvida, o processo é finalizado.

- **Financiamento governamental Público e internacional**

Apesar do momento de crise, bancos e agências de fomento apostam no financiamento de ideias que possam colaborar e promover o desenvolvimento do país. No DF, a Caixa Econômica Federal (CEF) e o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), ambas instituições financeira, sob a forma de empresa pública do governo federal brasileiro, disponibilizam à empreendedores, independente do porte, linhas de crédito e de financiamento.

Na CEF entre as principais linhas de crédito e de financiamento destacam-se os programas: BENS de Consumo Duráveis; BNDES Automático; Cartão BNDES CAIXA; PROGER Investgiro; Producard Caixa Empresa; Empreendedor Individual; Financiamento de Máquinas e Equipamentos; Producard Para Você. Os valores concedidos vão de R\$ 1.000,00 a R\$ 7,5 milhões, de acordo com a classificação de cada programa.

Com certa similaridade aos programas acima mencionados, o BNDES com o objetivo de promover a competitividade da economia brasileira, agregada à geração de emprego e renda e à redução das desigualdades sociais e regionais e à sustentabilidade, disponibiliza linhas de financiamento condicionadas à classificação e receita operacional bruta anual da empresa. De acordo com a classificação, os valor financiados podem chegar até 90% do valor do investimento do negócio.

Adicionalmente, agências de fomento como Financiadora de Estudos e Projetos (FINEP), de abrangência nacional, e a Fundação de Apoio à Pesquisa do Distrito Federal (FAPDF), de abrangência regional. Ambas instituições vinculadas Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação (MCTI) que têm como objeto social a concessão de financiamentos. Para estes, a oferta de financiamento está sujeita a aprovação por meio de Chamada Pública.

Os programas FINEP são hoje: Implementação e Modernização de Centros Vocacionais Tecnológicos Desenvolvimento Regional com Enfoque em Desenvolvimento Local APLs.html Apoio a Pesquisa e ao Desenvolvimento Aplicado a Segurança Alimentar e Nutricional Pesquisa e Desenvolvimento Agropecuário e Agroindustrial para Inserção Social

Capacitação em CT I para o Desenvolvimento Social. Esse último tem como Objetivos: Desencadear um processo de discussão e capacitação sobre C&T e Desenvolvimento Social junto à comunidade científica e tecnológica, estudantes, movimentos sociais, servidores públicos e sociedade em geral, visando a aumentar a capacidade de atender as demandas cognitivas da inclusão social mediante a utilização do potencial existente nas instituições públicas de ensino e pesquisa.

Público Alvo previsto: População excluída rural e urbana; pequenos produtores; micro e pequenas empresas; populações de regiões deprimidas social e economicamente, especificamente, e empreendimentos econômicos solidários. Instrumentos: Convênios, Termos de Parceria, Termos de Descentralização e Editais. Todos condicionados à disponibilidade orçamentária. A FINEP mostra no seu site produtos e empresas para o Social. Em particular são produtos para deficiência auditiva, deficiência intelectual, deficiência visual, deficiência física, deficiência múltipla, idosos.

Existem também agências internacionais que financiam o empreendedorismo social Programa de Empreendedorismo Social. O Programa de Empreendedorismo Social (PES) do Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID) promove o desenvolvimento e a implantação de mecanismos de financiamento que fornecem soluções sustentáveis para os problemas socioeconômicos que afetam as populações pobres e marginalizadas. O PES fornece financiamento através de organizações parceiras locais para indivíduos e grupos que normalmente não têm acesso a empréstimos comerciais ou de desenvolvimento sob as condições normais de mercado. Neste programa, o Banco concede empréstimos e subvenções a empresas privadas, sem fins de lucros e organizações locais ou regionais que fornecem serviços financeiros, comerciais, sociais e de desenvolvimento comunitário a populações desfavorecidas. O PES oferece cerca de US\$ 10 milhões em financiamento a cada ano para projetos em 26 países da América Latina e Caribe.

O PES apoia projetos que financiam soluções empresariais para a pobreza através de duas grandes áreas ou tipos de projetos: 1) finanças e Agronegócios (incluindo produção, processamento, marketing e cadeias de valor). Os projetos sujeitos a financiamento desta área terão como alvo os produtores rurais de micro e pequenas comunidades marginalizadas, com a finalidade de proporcionar: (a) o acesso a financiamento com o apoio de mecanismos de financiamento inovadores, e (b) acesso aos mercados nacional e internacional através de cadeias de valor que ligam os pequenos empreendimentos a empresas de escala mais ampla; 2) financiamento à Prestação de Serviços Básicos (incluindo o apoio a credores privados alternativos nas áreas de educação, saúde, água potável, eletricidade e/ou energias renováveis, entre outros). Os projetos sujeitos a financiamento desta área serão iniciativas-piloto e projetos sociais com abordagens de negócios que podem ser ampliadas, proporcionando assim um efeito de demonstração no fornecimento de serviços básicos.

Como resultado da pesquisa pode-se sintetizar em uma tabela que resume as diferentes formas de financiamento e o foco. Os investidores podem assumir o papel de crédito ou de apoio ao crescimento do capital humano ou ambos.

Quadro 1 – Resultado da pesquisa – quadro de síntese

INVESTIDORES:	CAPITAL	
	financeiro	humano
Instituições financeiras		
Bancos	X	
Bancos internacionais	X	
Microcredito	X	
Outras formas	X	
Financiamento Público		
Programas de governo	X	
Programas internacionais	X	
Programas locais	X	X
Formas emergentes (privadas)		
Anjos	X	
Venture capitalist	X	
Crowdfunding	X	
Fundos e Fundações (privadas)		
Aceleradoras		X
Fundos privados	X	
Redes	X	X
Fundações	X	X

Fonte: elaboração do autor: Alessandro Aveni. Alessandro@unb.br

As formas de financiamento emergentes das empresas sociais estão fornecendo ambas as soluções por dois motivos: primeiro fornecer financiamentos sem capacitação aumenta os riscos de falecimento da associação e segundo por que a capacitação permite uma filiação e uma continuidade dos laços entre a empresa filiada e a fundação aumentando o número de doações e do pessoal capacitado que futuramente pode criar novas iniciativas.

Em síntese as diferentes formas de financiamento apresentadas mostram que há uma evolução e ampliação das formas de financiamento de empresas sociais. Os privados que investem pretendem tratar com profissionais, ou seja, o nível cultural e de conhecimentos dos empreendedores sociais, sobretudo na administração deve ser adequado. Sobretudo o que é mensuração de resultados e capacidade de organização são elementos que podem ser melhorados com uma boa administração. Com utilizo de internet e formas de comunicação mais complexas também é necessário que o empreendedor social seja capaz de usar estas ferramentas e manter seu nível de comunicação com as instituições que investem na empresa. Com isso formas de financiamento via internet são mais acessíveis, mas é preciso um planejamento e uma campanha de marketing.

Além das formas clássicas de financiamento: instituições financeiras e financiamento público, que foi integrado para sistemas de microcrédito institucionalizado, hoje há redes e fundos especializados assim como investidores anjos e sistemas de Crowdfunding que permitem levantamento de fundos e financiamentos diretamente no mercado de capitais. A forma de cooperação com Associações e empresas especializadas em startup e aceleração do empreendimento social é uma novidade que não deve ser sub-estimada pois para ter acesso as formas de cooperação. É preciso avaliar custos e benefícios dessa forma de financiamento e

apoio. A novidade é que também estes investidores fornecem meio para melhorar o capital humano da empresa, pois pretendem ampliar e manter uma rede. O fenômeno de colaboração em rede é um elemento chave para entender por que há muitas novas formas de financiamento, isso deriva do atual aumento no desenvolvimento e utilização de redes sociais.

Uma forma de avaliar a dinâmica do acesso a fundos de empresas sociais é uma pesquisa no Brasil nas últimas duas décadas, mas infelizmente não há um banco de dados público e assim se reza para que agências nacionais de pesquisa possam desenvolver análises importantes para este mercado no futuro. O que a atual pesquisa ressalta é que nas últimas décadas há um aumento de investidores internacionais e no Brasil além das fontes institucionais presentes nos anos 90. Pode-se inferir que por falta de capacitação, ainda muitas associações no Brasil não terão acesso a estas formas de financiamento a não ser que possam ter bom recursos humanos internos sobretudo na área de administração.

4. Conclusões

Empresas sociais e empreendedores sociais devem se preparar a uma realidade de competição para os recursos humanos e financeiros e demonstrar profissionalismo e para poder acrescentar valor aos serviços para comunidade. Com isso o papel dos administradores como atividade de apoio ao empreendimento se torna um elemento fundamental. Também os financiadores hoje suportam desenvolvimento de ambos o capital humano e financeiro.

O administrador da empresa seja o empreendedor social ou parte da sua equipe, em relação ao resultado da pesquisa deve ter uma capacitação para lidar com formas de gestão financeira e de gestão de recursos específicas por este ator econômico. O empreendedor social em particular deve poder demonstrar continuamente sua capacitação em levantar e gerir recursos com foco no capital de giro e manter uma visibilidade com os investidores.

Os impactos dos serviços e produtos ofertados devem ser demonstrados e fiscalizados como premissa para a sustentabilidade da sua atuação por isso a administração e sua função financeira é uma atividade de suporte fundamental para a sustentabilidade da empresa social, pois é o recurso que permite demonstrar eficiência e efetividade das ações nas comunidades. Nesse sentido há uma vizinhança entre empresas sociais e empresas com impacto social.

Referências

ASSAF NETO A. Finanças Corporativas e valor, ed.. Atlas, São Paulo, 2005.

AVENI A. Empreendedorismo contemporâneo. Ed Atlas, São Paulo 2014.

BIRCH KEAN ; WHITTAM GEOFF. The Third Sector and the Regional Development of Social Capital Regional Studies, Vol. 42.3, pp. 437–450, April 2008.

BITTENCOURT, Gilson Alceu. Cooperativas de crédito solidário: constituição e funcionamento. In: Estudos NEAD. n. 4. v. 2. ed. revisada, 2001.

CERTO S. TREVIS , MILLER TOYAH. Social entrepreneurship: Key issues and concepts Business Horizons 51, 267—27, 2008.

Conselho da Comunidade Solidária , INTRODUÇÃO AO MICROCRÉDITO
DEFOURNY, JACQUES AND NYSENS MARTHE, (2010) 'Conceptions of Social Enterprise and Social Entrepreneurship in Europe and the United States: Convergences and Divergences', Journal of Social Entrepreneurship, 1: 1, 32 — 53

GRASSL WOLFGANG Business Models of Social Enterprise: A Design Approach to Hybridity ACRN Journal of Entrepreneurship Perspectives Vol. 1, Issue 1, p. 37 – 60, Feb. 2012

HULGÅRD Lars Discourses of social entrepreneurship – Variation of the same theme? Centre for Social Entrepreneurship Roskilde University, Denmark WP no. 10/0. EMES European Research Network 2010

LEADBEATER CHARLES The rise of the social entrepreneur. Demos, London (1997)

PEREDO ANA MARIA ,MURDITH MCLEAN. Social entrepreneurship: A critical review of the concept Journal of World Business 41 (2006) 56–65

SANTOS FILIPE M. A Positive Theory of Social Entrepreneurship INSEAD/SIC Faculty and research Working paper, 2009.

ZAHRA SHAKER A., Gedajlovic Eric Neubaum Donald O. Shulman Joel M A typology of social entrepreneurs: Motives, search processes and ethical challenges Journal of Business Venturing 24 (2009) 519–532

WEERAWARDENA JAY, MORT GILLIAN SULLIVAN, Investigating social entrepreneurship: A multidimensional model . Journal of World Business 41 (2006) 21–35

SÍTIOS VISITADOS

<http://artemisia.org.br/>

<https://acegis.wordpress.com/about/quem-somos/>

<http://brasil.ashoka.org/>

<http://www.ceats.org.br/>

<http://www.einstein.br/responsabilidade-social/Departamento-de-Voluntarios/nossos-parceiros/Paginas/empresas-parceiras-patrocinadoras-e-apoiadores.aspx>

<http://www.feac.org.br/tag/empreendedorismo-social/>

<http://www.schwabfound.org/>

<http://www.schwabfound.org/entrepreneurs>



Revista Processus de Estudos de Gestão, Jurídicos e Financeiros

ISSN: 2237-2342 (impresso)
L-ISSN: 2178-2008 (on-line)

Ano X, Vol.X, n.39, jul./dez., 2019.

Tramitação editorial:
Data de submissão: 30/07/2019.
Data de reformulação: 15/09/2019.
Data de aceite definitivo: 30/11/2019.
Data de publicação: 20/12/2019.

Editor Responsável: Me. Jonas Rodrigo Gonçalves.

PERSPECTIVAS DISTINTAS DE AVALIAÇÃO DO RESULTADO: SETOR PÚBLICO X SETOR PRIVADO

OUTPUTS OTHER THAN RESULTS EVALUATION: PUBLIC SECTOR X PRIVATE SECTOR

*Andressa Kethlen Ribeiro¹.
Lúcio Carlos de Pinho Filho².
Ruthe de Queiroz e Silva³.*

Resumo

O presente artigo tem o objetivo de demonstrar a diferença da percepção de resultado entre o setor público e o setor privado, e como ele é interpretado por esses dois setores. Para tal finalidade foi utilizada as demonstrações contábeis peculiares de cada uma dessas entidades. A Demonstração do Resultado do Exercício (DRE), obrigatória para o setor privado e a Demonstração das Variações Patrimoniais (DVP), obrigatória para o setor público. Neste artigo é apresentado também a base normativa para cada uma dessas demonstrações. E, por fim, é feita uma análise da comparação de resultado entre a Demonstração do Resultado do Exercício (DRE) e a Demonstração das Variações Patrimoniais (DVP) utilizando-se de dados atuais e reais tendo como objetivo interpretar os indicadores de resultado- Superávit ou o Déficit na (DVP) e o lucro ou o prejuízo na (DRE).

Palavras-chave: DVP. DRE. Resultado.

¹ Aluna do curso de graduação em Ciências Contábeis da Faculdade Processus.

² Mestrando em *Desarrollo Humano* pela FLACSO/Argentina com especializações *lato sensu* diversas. Graduado em Ciências Contábeis pela UnB, com Complementação Pedagógica – Licenciatura em Matemática pela UNIVEN e Curso Superior de Política e Estratégia – CSuPe pela Escola Superior de Guerra – ESG. Professor do curso de graduação em Ciências Contábeis da Faculdade Processus.

³ Aluna do curso de graduação em Ciências Contábeis da Faculdade Processus.

Abstract

The present article aims to demonstrate the difference between the perception of the result between the public sector and the private sector, and how it is interpreted by these two sectors. For this purpose, the accounting statements peculiar to each of these entities were used. The Statement of Income for the Year (SIY), mandatory for the private sector and the Statement of Changes in Equity (SCE), mandatory for the public sector. This article also presents the normative basis for each of these statements. Finally, an analysis of the comparison of results between the Statement of Income (SIY) and the Statement of Changes in Equity (SCE) is carried out using current and real data in order to interpret the result indicators - Surplus or the Deficit in (SCE) and profit or loss in (SIY).

Keywords: DVP. DRE. Organizational Performance.

1 - Introdução

Conforme Ludícibus e Marion (1999), a Contabilidade surgiu no mundo antigo para atender à necessidade de avaliar a riqueza do homem, bem como os acréscimos dessa riqueza em uma época em que ainda não existiam números, escrita ou moeda.⁴

Desde então, obter lucro, tem sido o objetivo do mundo corporativo, que busca tornar-se cada vez mais competitivo, a fim de, alcançar lucratividade com economia, eficiência e efetividade. O setor público por sua vez tem a missão de tornar os recursos arrecadados em benefícios para a sociedade, uma vez que seu principal cliente é o povo e o seu principal objetivo é o bem-estar dele, ou seja, o Estado não tem o objetivo de lucrar, mas sim, atender as demandas da sociedade como saúde, educação, segurança. Ou seja, elevar o bem-estar social, sendo esse o objetivo principal de um governo⁵.

Nesse sentido, os arts. 196 e 205 da Constituição Federal de 1988⁶ relatam respectivamente o dever do Estado de beneficiar a sociedade por intermédio de políticas públicas (...) “A saúde é direito de todos e dever do Estado (...)”. “A educação, direito de todos e dever do Estado (...). Diante disso, há de se concordar que, a forma como o Estado e o Setor Privado enxergam o resultado, positivo ou negativo, é realmente diferente uma da outra. A metodologia utilizada neste artigo foi a pesquisa descritiva, utilizando-se de fontes bibliográficas, assim como também das demonstrações contábeis dos dois setores com dados reais e atuais.

Via de regra, a avaliação do resultado nas contas públicas e de empresas privadas tem sido analisada somente pela ótica contábil, financeira e orçamentária.

⁴ BEUREN, Ilse Maria. Como elaborar trabalhos monográficos em contabilidade: teoria e prática. In: BEUREN, Ilse Maria (Org.); COLAUTO, Romualdo Douglas; LONGARAY, André Andrade; PORTON, Rosimere Alves de Bona; RAUPP, Fabiano Maury; SOUSA, Marco Aurélio Batista de. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

⁵ SEN, Amartya. *Desarrollo y libertad*. Buenos Aires: Planeta, 2000.

⁶ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 jun. 2019,

Todavia no setor público tem que se vislumbrar também os resultados alcançados nos aspectos sociais, sendo esse último um forte indicador de desempenho⁷.

A escassa discussão desse assunto envolvendo o setor público e setor privado e a sua pouca elucidação em trabalhos acadêmicos constitui o motivo para a escolha desse tema, uma vez que a diferença da perspectiva de resultado entre o setor público e setor privado é um assunto atual e de extrema relevância, não só em se tratando de números, mas também no que diz respeito ao bem-estar social da população como um todo. Esta pesquisa acadêmica tem o objetivo de suprir essa carência de informação deixada pelos trabalhos poucos existentes, sensibilizando os próximos pesquisadores para a importância desse tema com a finalidade de aprimorar as técnicas de avaliação de resultado no setor público.

2 - Resultado

Segundo o Dicionário Aurélio, resultado é “o lucro obtido em determinado negócio”.⁸ Para a contabilidade societária, resultado é a diferença entre receitas e despesas depois de deduzida a provisão para o imposto de renda, e contribuição social, assim como a participações de empregados, administradores e partes beneficiadas. Só assim se chegará ao tão almejado lucro, conforme trata os art. 189 à 191 da **Lei nº 6.404⁹, de 15 de Dezembro de 1976**, que dispõe sobre as Sociedades Por Ações. Esse resultado é indicado pela Demonstração do Resultado do Exercício-DRE.

Art. 189. Do resultado do exercício serão deduzidos, antes de qualquer participação, os prejuízos acumulados e a provisão para o Imposto sobre a Renda.

Parágrafo único. o prejuízo do exercício será obrigatoriamente absorvido pelos lucros acumulados, pelas reservas de lucros e pela reserva legal, nessa ordem.

Participações

Art. 190. As participações estatutárias de empregados, administradores e partes beneficiárias serão determinadas, sucessivamente e nessa ordem, com base nos lucros que remanescerem depois de deduzida a participação anteriormente calculada.

Parágrafo único. Aplica-se ao pagamento das participações dos administradores e das partes beneficiárias o disposto nos parágrafos do artigo 201.

Lucro Líquido

Art. 191. Lucro líquido do exercício é o resultado do exercício que remanescer depois de deduzidas as participações de que trata o artigo 190.

Noutra vertente, o Manual de Contabilidade Aplicado ao Setor Público – MCASP define o resultado patrimonial da seguinte forma:

⁷OSLAK, Oscar; ORELLANA, Edgardo. *El análisis de la capacidad institucional: aplicación de la metodología SADCi*. Buenos Aires: 2001. Recuperado en: <http://www.oscaroszlak.org.ar/images/articulos espanol/OSZLAKO_scaryORELLANA_EdgaroElanálisisdelacapacidad_institucional.pdf> Acesso em: 10 jun. 2019.

⁸ Disponível em: < <https://www.dicio.com.br/resultado/>>. Acesso em: 23 maio 2019.

⁹ BRASIL. **Lei nº 6404, de 15 de dezembro de 1976**. Estatui sobre as Características e Natureza das Companhias ou Sociedades Anônimas com ou sem capital aberto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6404compilada.htm>. Acesso em: 23 maio 2019.

O resultado patrimonial do período é apurado na DVP pelo confronto entre as variações patrimoniais quantitativas aumentativas e diminutivas. O valor apurado passa a compor o saldo patrimonial do Balanço Patrimonial (BP) do exercício.

Para Silva¹⁰, o conceito de Resultado traz as seguintes considerações:

A Demonstração das Variações Patrimoniais evidenciará o resultado patrimonial do período que é apurado, confrontando as Variações Quantitativas Aumentativas com as Variações Diminutivas Quantitativas. Apresentamos a seguir esses resultados: > Variações Quantitativas Aumentativas são maiores que as Variações Diminutivas Quantitativas = Resultado do Período (Superávit Patrimonial). > Variações Quantitativas Aumentativas são menores que as Variações Diminutivas Quantitativas = Resultado do Período (Déficit Patrimonial). > Variações Quantitativas Aumentativas são iguais as Variações Diminutivas Quantitativas = Resultado do Período (Resultado Patrimonial Nulo).¹¹

Todavia, para se obter uma análise de resultado satisfatória, é preciso verificar se houve indicadores de eficácia, eficiência e efetividade. Eficácia é atingir o alvo, ou a meta proposta. Eficiência vai mais além, pois é atingir o alvo ou a meta com excelência. Efetividade, por sua vez, é a capacidade de funcionar normalmente de acordo com a realidade.

O setor privado gerencia seus recursos com eficácia, eficiência e efetividade a fim de garantir o lucro ao final do exercício, limitando a apresentação do resultado apenas à exatidão dos números. No setor público, por sua vez, esses recursos são gerenciados a fim de assegurar que as demandas da sociedade sejam atendidas. Isso, no entanto, é avaliado através de indicadores sociais e que por sua vez devem estar em constante evolução conforme as demandas da sociedade forem atingindo novos níveis de exigência.

Os indicadores sociais devem visar o cumprimento dos direitos sociais garantidos pela Constituição de 1988, o caput do artigo 6º se refere á esses direitos. “Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência ao desamparados, na forma dessa Constituição. ” Desta forma, é necessário estabelecer indicadores para cada um desses direitos assegurados pela Constituição Federal de 1988. É necessário também analisar o resultado do setor público como um todo e não somente a partir de números que indiquem superávit ou déficit, só assim, é possível diferenciar a Expectativa da Realidade.

2.1 - Perspectiva de Evidenciação do Resultado

Para uma correta avaliação do resultado é necessário a escolha de indicadores, ou seja, medidas de desempenho que se encaixem à realidade específica de cada setor. Em ambos os casos, as medidas de desempenho devem demonstrar se as necessidades dos clientes estão sendo atendidas, apontar problemas juntamente com as melhorias e revelar se as melhorias estão de fato acontecendo.

¹⁰ SILVA, José Antônio. **Série Provas & Concursos - Contabilidade Pública** – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

¹¹ *Bis in idem.*

De acordo com o MCASP 2019 é possível fazer uma interpretação a respeito da perspectiva do Resultado do setor público, demonstrado pela DVP e a perspectiva do Resultado do setor privado através da DRE - Enquanto para o setor privado o lucro é um bom indicador, para o setor público não será, se as demandas da sociedade não tiverem sido atendidas.

(...) é importante ressaltar que a DRE apura o resultado em termos de lucro ou prejuízo líquido, como um dos principais indicadores de desempenho da entidade. Já no setor público, o resultado patrimonial não é um indicador de desempenho, mas um medidor do quanto o serviço público ofertado promoveu alterações quantitativas dos elementos patrimoniais.¹²

O objetivo da empresa no âmbito societário é a obtenção de lucro para aumentar o seu Patrimônio. Esse lucro ao final do exercício pode ser partilhado em forma de dividendos aos sócios da empresa ou investido em forma de bem de capital para a empresa. Para a contabilidade societária, o desempenho é medido através do lucro ou prejuízo evidenciado preliminarmente na DRE e posteriormente no Balanço Patrimonial. De forma que um resultado positivo ao final do exercício é sinal de que a empresa está caminhando bem, assim como, um resultado negativo reflete o mau desempenho dessa entidade.

Para a Contabilidade Pública o objetivo do Estado não é gerar lucro, mas sim valor público, pois a medida de desempenho é computada quando houver algum impacto significativo na vida das pessoas, uma vez que, o cliente maior da administração pública é a sociedade. Com isso as políticas públicas são revertidas em bens ou serviços para ela. Um resultado superavitário ao final do exercício não necessariamente, se constitui um bom indicador, se para tanto, não houver mudanças significativas na educação, saúde e segurança. Por outro lado, se o resultado ao final do exercício tiver sido deficitário, pelo motivo do governo ter aumentado o efetivo de policiais, ou ampliado um trecho de rodovia, ou ainda ter construído mais escolas e hospitais, se endividando para tanto, faz com que esse resultado seja visto como um bom indicador, pois o governo gastou mais para investir em melhorias para a sociedade.

Para SILVA, “o resultado patrimonial no setor público é um importante indicador de gestão fiscal, indo muito além de resultado superavitário ou deficitário, pois exige uma análise das metas fiscais contidas na Lei de Diretrizes Orçamentárias”¹³. Já no setor privado a indicação de lucro ou prejuízo ao final do exercício é um forte indicador do desempenho da empresa. Dessa forma é possível verificar como a percepção de Resultado é bem diferente na perspectiva do olhar entre o setor público e o setor privado. Enquanto para um, significa lucratividade, para o outro significa melhorias para a sociedade. O problema é quando o resultado deficitário no exercício do governo não gerou mudanças relevantes na sociedade, devido à má administração ou desvio de dinheiro público, provocado pelo desvio de dinheiro dos cofres públicos. Mas esse artigo não tem por pretensão aprofundar nessa última questão.

¹² STN. Manual de Contabilidade Aplicado ao Setor Público - MCASP, 2019, p.442.

¹³ SILVA, José Antônio da. Série Provas & Concursos - Contabilidade Pública – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO: 2015, p. 182.

As entidades públicas segundo SLOMKI¹⁴ são geradoras de produtos ou serviços que visam atender o bem-estar do cidadão de forma contínua e segura, a fim de, gerar valor á sociedade e não lucro.

A mensuração do resultado econômico gerado pelo setor público possibilita a tomada de decisão com o intuito de buscar a melhor alternativa para garantir uma gestão pública eficiente que atenda as demandas da sociedade¹⁵.

2.2- Da Demonstração do Resultado do Exercício - DRE

A DRE é um instrumento utilizado por entidades privadas como indicador econômico, com o qual é possível avaliar o seu desempenho. Resultado é a diferença que se obtém ao apurar as receitas e as despesas. Quando as receitas são maiores que as despesas se aufer de um lucro. Conquanto se as despesas ultrapassam as receitas aufer-se então um prejuízo. O valor apurado passa a compor o Balanço Patrimonial no Patrimônio Líquido, nas contas de Prejuízo Acumulado ou Reserva de Lucro.

A Lei nº 6404/76 no art. 176, inciso III, torna a DRE como peça obrigatória do conjunto das Demonstrações Contábeis para as empresas do setor privado. “ Ao fim de cada exercício social, a diretoria fará elaborar, com base na escrituração mercantil da companhia, as seguintes demonstrações financeiras, que deverão exprimir com clareza a situação do patrimônio da companhia e as mutações ocorridas no exercício: (...) III - demonstração do resultado do exercício; e” (...) Para CHAGAS (2013), p. 141 a DRE “ Consiste numa relação de contas de receitas e despesas geradas pela entidade - dispostas em ordem vertical e dedutiva. Destina-se a demonstrar a apuração do lucro ou prejuízo da empresa, feita no encerramento do exercício”.

A Lei nº 6404/76 transcreve os elementos que a DRE deverá discriminar em ordem vertical e dedutiva:

Art. 187. A demonstração do resultado do exercício discriminará:

- I - a receita bruta das vendas e serviços, as deduções das vendas, os abatimentos e os impostos;
- II - a receita líquida das vendas e serviços, o custo das mercadorias e serviços vendidos e o lucro bruto;
- III - as despesas com as vendas, as despesas financeiras, deduzidas das receitas, as despesas gerais e administrativas, e outras despesas operacionais.

Após essas disposições, o art. 187 continua a descrever os elementos da DRE de forma sucinta e objetiva dando a ideia de dinheiro em cascata como assim descreve (CHAGAS, 2013, p. 143).

- VI – As participações de debêntures, empregados, administradores e partes beneficiárias, mesmo na forma de instrumentos financeiros, e de instituições ou fundos de assistência ou previdência de empregados, que não se caracterizem como despesa; (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)
- VII - o lucro ou prejuízo líquido do exercício e o seu montante por ação do capital social.

¹⁴ SLOMSKI, Valmor. Controladoria e Governança na Gestão Pública. 1 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

¹⁵ SANTOS, Danielle Cristina Gonzaga dos. **Valor econômico gerado por instituições públicas: avaliação do IFPA Campus Abaetetuba.** In: XVIII Congresso Brasileiro de Custo- CBC. **Anais...** Rio de Janeiro, 2011.

No inciso VII o texto da Lei menciona nada mais que uma simples divisão proporcional do lucro líquido pela quantidade de ações que a empresa detém em seu capital. O art. 187 se encerra fazendo menção em seu parágrafo 1º alíneas a e b das receitas e ganhos computados pelo regime de competência e os custos, despesas, encargos e perdas pagos ou não referentes a esses ganhos e receitas a fim de, serem elementos determinantes da demonstração do resultado do exercício.

Necessário, porém, ressaltar os conceitos advindos da Lei. Pois, a relação conceitual e finalística deste artigo não estariam completas sem o esgotamento daquelas definições primordiais para o entendimento geral da Demonstração.

Preliminarmente, se faz necessária a apresentação do conceito de Receita Bruta das Vendas e Serviços. Tal receita se trata dos aumentos nos benefícios econômicos advindos de vendas e/ou prestações de serviços a um valor considerado justo. Contudo, não há de se falar em deduções ou abatimentos de qualquer espécie neste momento.

Quando se considerar, porém, tais fatores dedutivos, a Receita Bruta transformar-se-á em Receita Líquida de Vendas e Serviços, ou seja, a Receita Líquida se trata do cálculo matemático da Receita Bruta efetuadas as deduções, abatimentos e os impostos.

Estes levarão em conta as subtrações nas vendas decorrentes de cancelamento, devolução ou descontos realizados durante o processo. Válido ainda ressaltar que os impostos, tais como IPI, ICMS, ISS, PIS e CONFINS, auferem diretamente sobre a receita bruta.

O Lucro Bruto será a primeira deliberação após a análise das receitas. Esse se refere ao primeiro sinal de real acúmulo patrimonial almejado pela entidade comercial, correlacionando os dados obtidos na Receita Líquida, supracitada por este artigo, subtraída o custo das mercadorias e serviços. O Custo de Mercadorias e Serviços, conhecido como CMV, compor-se-á do Estoque Inicial (EI) somada às Compras ou Entrada de produtos no período analisado (C), subtraído o estoque atual ou final (EF).

Auferido o Lucro Bruto, será possível realizar a primeira apuração de acúmulo ou déficit de capital devido às operações realizadas para que o produto chegasse ao seu consumidor destinatário, conseqüentemente comercializado, o chamado Lucro ou Prejuízo Operacional. Esta operação será lograda uma vez que os dados obtidos com o lucro bruto for subtraído às: Despesas com vendas, entendida como toda despesa paga ou incorrida para que a venda fosse viável, desde o marketing e publicidade para que o produto tivesse conhecimento do público até perdas estimadas em crédito de liquidação duvidosa; Despesas Gerais e Administrativas, entendidas como gastos pagos ou incorridos para a gestão ou direção da empresa; e por último outras despesas operacionais, que podem ser exempladas como:

- **Outras Receitas e Outras Despesas:** Atividades que não constituam as práticas ordinárias da entidade.
- **Resultado do exercício antes do imposto sobre a Renda:** Lucro ou Prejuízo Operacional - Outras Receitas e Outras Despesas.
- **Provisão para o Imposto de Renda e CSLL.**
- **Participações de debêntures, empregados administradores e partes beneficiárias, mesmo que na forma de instrumentos financeiros, e de instituições ou fundos de assistência ou previdência de empregados, que não se caracterizem como despesa**

- **Lucro ou Prejuízo Líquido do Exercício:** Resultado do exercício antes do Imposto sobre a Renda - Participações de debêntures, empregados administradores e partes beneficiárias, mesmo na forma de instrumentos financeiros, e de instituições ou fundos de assistência ou previdência de empregados, que não se caracterizem como despesa.

2.3 - Da Demonstração das Variações Patrimoniais - DVP

O art. 104 da Lei nº 4320/64 menciona a DVP como um instrumento capaz de evidenciar as alterações ocorridas no patrimônio público. “A Demonstração das Variações Patrimoniais evidenciará as alterações verificadas no patrimônio, resultantes ou independentes da execução orçamentária, e indicará o resultado patrimonial do exercício. A DVP será elaborada utilizando-se as classes Variações Patrimoniais Aumentativas e Variações Patrimoniais Diminutivas e, deverá conter os seguintes itens de acordo com a NBC TSP:

- A. receita, correspondente às variações patrimoniais aumentativas;
- b. despesa, correspondente às variações patrimoniais diminutivas;
- c. parcela do resultado de coligadas e empreendimento controlado em conjunto mensurada pelo método da equivalência patrimonial;
- d. ganhos ou perdas antes dos tributos reconhecidos na alienação de ativos ou pagamento de passivos relativos a operações em descontinuidade;
- e. resultado do período.

Devem ser divulgados ainda, como alocações do resultado do período:

- a. resultado atribuível aos acionistas não controladores;
- b. resultado atribuível aos acionistas controladores da entidade.

A evidenciação do resultado ou do aspecto patrimonial será obtido através da confrontação das VPA (variação patrimonial aumentativa) com as VPD (variação patrimonial diminutiva), ou seja, $VPA - VPD = \text{Resultado}$. A DVP é capaz ainda, de mensurar as variações em Quantitativa e Qualitativa segregadas uma da outra para fins de apresentação. A NBC T 16.6 descreve o que vem a ser as variações patrimoniais quantitativas e qualitativas.

As variações quantitativas são decorrentes de transações no setor público que aumentam ou diminuem o patrimônio líquido. As variações qualitativas são decorrentes de transações no setor público que alteram a composição dos elementos patrimoniais sem afetar o patrimônio líquido.

3 - Comparação da DVP X DRE Utilizando Dados Reais

Para fazer a comparação foram utilizados dados reais de uma DRE e de uma DVP. Ambas do ano de 2017 e 2018. A entidade privada escolhida foi a empresa Quality Aluguel de Veículos S.A, fundada em 1995, com sede em Brasília. Essa empresa atua no mercado de locação de veículos em terceirização de frotas, com operações nos estados de Alagoas, Amazonas, Bahia, Ceará, Espírito Santo, Goiás, Mato Grosso, Paraíba, Paraná, Rio de Janeiro, Santa Catarina, São Paulo, Tocantins e no Distrito Federal. Conta com uma frota diversificada de aproximadamente 3.300 veículos distribuída por todo o território nacional. (Diário Oficial do Distrito Federal – DODF nº 83, 2019). Abaixo segue a DRE da empresa supracitada:

Figura 1 – DRE (Quality – 2018).

DEMONSTRAÇÃO DO RESULTADO Em 31 de dezembro de 2018 e 2017 - Em reais					
		Controladora		Consolidado	
	NE	31/12/2018	31/12/2017	31/12/2018	31/12/2017
Operações continuadas					
Receita líquida	16	98.193.003	90.715.172	110.570.227	109.409.782
(-) Custos da operação	17	(65.713.560)	(67.869.957)	(67.839.651)	(67.593.294)
Lucro operacional bruto		<u>32.479.443</u>	<u>22.845.215</u>	<u>42.730.576</u>	<u>41.816.487</u>
(Despesas) / receitas operacionais					
Despesas comerciais	18	(3.708.894)	(2.987.605)	(3.708.894)	(2.987.605)
Despesas gerais e administrativas	19	(8.721.176)	(9.724.666)	(8.896.460)	(9.855.765)
Depreciação e amortização		(50.730)	(43.888)	(50.730)	(43.888)
Resultado de equivalência patrimonial		6.731.813	13.661.875		
Resultado na alienação de ativos					
Outras receitas (despesas) operacionais		1.389.145	6.189.866	1.389.442	6.196.546
		(4.359.842)	7.095.582	(11.266.642)	(6.690.713)
Resultado financeiro líquido	20				
Receitas financeiras		785.865	653.729	810.824	669.603
Despesas financeiras		(11.870.009)	(11.410.530)	(12.135.487)	(11.880.337)
		<u>(11.084.144)</u>	<u>(10.756.801)</u>	<u>(11.324.663)</u>	<u>(11.210.734)</u>
Resultado antes dos tributos s/ lucro		<u>17.035.458</u>	<u>19.183.996</u>	<u>20.139.272</u>	<u>23.915.041</u>
IR & CS		(3.530.949)	(1.696.810)	(4.729.819)	(3.892.497)
Lucro do exercício		<u>13.504.508</u>	<u>17.487.186</u>	<u>15.409.453</u>	<u>20.022.543</u>
Atribuível a:					
Participantes não controladores	15			1.904.945	2.535.357
Aos controladores		<u>13.504.508</u>	<u>17.487.186</u>	<u>13.504.508</u>	<u>17.487.186</u>

As notas explicativas da administração são parte integrante das demonstrações contábeis.

Por intermédio dos dados acima, exposto, é possível observar que a Quality Aluguel de Veículos S/A ao final do exercício de 2018 logrou um lucro de R\$ 15.409.453 milhões de reais, expressando, portanto, um ótimo desempenho. Visto que para as entidades societárias, quanto maior o Lucro de uma empresa, melhor foi a sua performance. Diferente do setor público, no setor privado, o lucro é sempre visto como algo positivo e prejuízo como resultado negativo. Para dar seguimento ao estudo, foi escolhido os dados da Demonstração das Variações Patrimoniais do Governo do Distrito Federal.

Figura 2 – DVP (Distrito Federal – 2018).

GOVERNO DO DISTRITO FEDERAL				Exercício 2018	
DEMONSTRAÇÃO DAS VARIAÇÕES PATRIMONIAIS				Com Intra	
Versão : 1		Anexo 15		PSIAG550	
Mes de Referência 13 - Encerramento				Posição em: 30/01/2019 às 23:52:45	
Consolidado					
	Ano Anterior	Ano Atual		Ano Anterior	Ano Atual
VARIAÇÕES PATRIMONIAIS AUMENTATIVAS	84.757.873.214,95	63.368.687.649,56	VARIAÇÕES PATRIMONIAIS DIMINUTIVAS	84.757.873.214,95	63.368.687.649,56
IMPOSTOS, TAXAS E CONTRIBUIÇÕES DE MELHORIA	14.850.639.045,40	15.934.250.773,71	PESSOAL E ENCARGOS	10.692.650.274,36	11.159.434.747,34
Impostos	14.629.339.082,48	15.701.883.130,86	Remuneração a Pessoal	7.533.848.331,51	7.589.428.805,15
Taxas	221.299.962,92	232.367.642,85	Encargos Patronais	2.052.468.472,50	2.302.425.120,91
CONTRIBUIÇÕES	3.162.031.164,58	2.731.413.668,02	Benefícios a Pessoal	798.993.636,11	849.298.673,98
Contribuições Sociais	2.866.592.700,00	2.508.698.554,40	Outras VPD - Pessoal e Encargos	307.539.834,24	418.284.147,30
Contribuições de Intervenção no Domínio Econômico	1.153.452,86	1.237.166,27	BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS E ASSISTENCIAIS	4.670.299.179,83	4.711.551.036,83
Contribuição de Iluminação Pública	294.285.011,23	223.477.947,35	Aposentadorias e Reformas	3.382.486.594,90	3.392.728.510,66
EXPLORAÇÃO E VENDA DE BENS, SERVIÇOS E DIREITOS	289.856.973,48	314.977.403,96	Pensões	781.957.460,06	850.265.840,41
Venda de Mercadorias	76.837,88	30.901,80	Políticas Públicas de Transferência de Renda	511.811.324,66	452.738.450,83
Venda de Produtos	3.883.942,11	3.398.839,29	Outros Benefícios Previdenciários e Assistenciais	14.043.830,21	15.818.234,93
Exploração de Bens e Direitos e Prestação de Servi	285.896.193,49	311.547.662,87	USO DE BENS, SERVIÇOS E CONSUMO DE CAPITAL FIXO	3.941.736.451,31	4.763.264.864,11
VARIAÇÕES PATRIMONIAIS AUMENTATIVAS FINANCEIRAS	2.923.052.889,73	2.297.660.002,87	Uso de Material de Consumo	174.201.166,90	283.073.108,46
Juros e Encargos de Empréstimos e Financiamentos C	57.207.037,24	18.708.870,91	Serviços	3.699.405.490,49	4.430.735.782,01
Juros e Encargos de Mora	254.425.542,12	122.915.087,05	Depreciação, Amortização de Exaustão	68.129.793,92	69.455.975,64
Variações Monetárias e Cambiais	2.046.261.063,59	1.744.098.134,13	VARIAÇÕES PATRIMONIAIS DIMINUTIVAS FINANCEIRAS	519.433.629,79	884.835.511,99
Descontos Financeiros Obtidos	90.355,51	228.283,71	Juros e Encargos de Empréstimos e Financ. Obtidos	219.289.954,16	251.985.500,00
Remuneração de Depósitos Bancários e Aplicações Fi	585.068.891,27	411.711.647,07	Juros e Encargos de Mora	5.320.082,49	1.091.378,98
TRANSFERÊNCIAS E DELEGAÇÕES RECEBIDAS	56.392.967.880,09	35.598.461.246,89	Variações Monetárias e Cambiais	274.933.999,76	605.318.053,65
Transferências Intragovernamentais	52.328.195.794,78	30.984.871.815,65	Descontos Financeiros Concedidos	19.887.188,04	26.440.579,36
Transferências Intergovernamentais	4.046.009.611,05	4.504.040.236,61	Outras Variações Patrimoniais Diminutivas - Financ	2.434,44	0,00
Transferências das Instituições Privadas	11.709.041,42	10.861.173,99	TRANSFERÊNCIAS E DELEGAÇÕES CONCEDIDAS	53.927.822.415,58	32.976.136.728,01
Transferências de Pessoas Físicas	7.053.432,86	7.788.020,64	Transferências Intragovernamentais - INTRA OFSS	51.770.828.940,80	30.338.807.955,22
VALORIZAÇÃO E GANHOS C/ ATIVOS E DESINC. DE PASS.	106.731.127,97	1.750.961.065,23	Transferências Intergovernamentais	1.988.258.284,29	2.479.771.172,14
Reavaliação de Ativos	0,00	117.318.002,11	Transferências a Instituições Privadas	158.735.190,49	157.557.600,65
Ganhos com Alienação	29.785.294,93	59.154.100,45	DESVALORIZAÇÃO E PERDA DE ATIVOS E INC. DE PASSIVO	1.890.612.726,87	1.581.354.402,74
Ganhos com Incorp. Ativos	75.137.797,90	1.501.308.107,11	Redução a Valor Recuperável e Provisão para Perdas	1.620.984.787,65	1.439.985.882,12
Ganhos com Desincorporação de Passivos	1.828.035,14	73.182.855,56	Perdas com Alienação	264.630,00	1.055.328,65
OUTRAS VARIAÇÕES PATRIMONIAIS AUMENTATIVAS	7.032.594.133,70	4.740.963.488,88	Perdas Involuntárias	177.103.018,29	70.364.626,36

Página: 1

Emitido por: NILTON

Emitido em: 19/02/2019

Figura 3 – DVP (Distrito Federal – 2018).

GOVERNO DO DISTRITO FEDERAL		Exercício 2018			
DEMONSTRAÇÃO DAS VARIAÇÕES PATRIMONIAIS		Com Intra			
Versão : 1		PSIAG550			
Anexo 15		Posição em: 30/01/2019 às 23:52:45			
Mes de Referência 13 - Encerramento					
Consolidado					
	Ano Anterior	Ano Atual			
	Ano Anterior	Ano Atual			
Varição Patrimonial Aumentativa a Classificar	340.893.988,62	392.949.074,04	Incorporação de Passivos	0,00	57.623.051,24
Resultado Positivo de Participações	1.013.963.472,96	108.804.474,84	Desincorporação de Ativos	92.260.290,93	12.295.512,37
VPA de Instituições Financeiras	138.734.166,17	267.016.531,36	TRIBUTÁRIAS	229.249.858,81	246.538.520,39
Reversão de Provisões e Ajustes para Perdas	41.280.316,14	91.265.647,12	Impostos, Taxas e Contribuições de Melhoria	7.071.774,40	8.018.582,37
Diversas Variações Patrimoniais Aumentativas	5.497.942.189,81	3.880.927.761,52	Contribuições	222.178.084,41	238.519.938,02
			OUTRAS VARIAÇÕES PATRIMONIAIS DIMINUTIVAS	1.359.375.242,08	1.658.516.754,19
			Premiações	1.630.053,45	1.733.664,64
			Resultado Negativo de Participações	118.738,58	4.030.644,39
			Incentivos	72.393.953,14	81.982.445,86
			Constituição de Provisões	76.912.933,66	120.726.916,24
			Diversas Variações Patrimoniais Diminutivas	1.208.319.563,25	1.450.042.883,06
			RESULTADO PATRIMONIAL DO PERÍODO	7.526.693.436,32	5.387.055.083,96

Mediante esses dados é possível verificar que houve um aumento no patrimônio do Distrito Federal que, no ano de 2017 apresentava R\$ 5.387.055.083,96 (cinco bilhões trezentos e oitenta e sete milhões cinquenta e cinco mil oitenta e três reais e noventa e seis centavos) e em 2018 saltou para R\$ 7.526.693.436,32 (sete bilhões quinhentos e vinte e seis milhões seiscentos e noventa e três mil quatrocentos e trinta e seis reais e trinta e dois centavos). Ou seja, houve uma variação patrimonial aumentativa e conseqüentemente um Superávit financeiro.

Todavia, o Superávit de R\$ 7.526.693.436,32 (sete bilhões quinhentos e vinte e seis milhões seiscentos e noventa e três mil quatrocentos e trinta e seis reais e trinta e dois centavos) não refletiu um resultado positivo em termos de melhoria para a população do Distrito Federal. Um mês após a divulgação dessa demonstração, houve vários pontos de alagamento na Vicente Pires, cidade satélite do Distrito Federal, causada pelas chuvas e pela falta de obras nas redes pluviais, gerando muito transtorno e prejuízo aos moradores daquela região. É sabido que a DVP reflete o aspecto patrimonial público não em termos de lucro ou prejuízo, mas no quanto as políticas públicas ofertadas à população impactam o patrimônio de forma aumentativa ou diminutiva.

4. Conclusão

A percepção de Resultado no Setor Público é evidenciada pela diferença entre as Variações Patrimoniais Aumentativas e Diminutivas demonstrada pela DVP – Demonstração das Variações Patrimoniais. Esta ainda evidencia a mutação patrimonial de forma qualitativa e quantitativa.

No Setor Privado, o Resultado é evidenciado pela diferença entre as Receitas e Despesas demonstrado pela DRE- Demonstração do Resultado do Exercício e, tanto a DVP quanto a DRE possuem legislação própria, sendo elas regidas pela Lei

nº 4320/64 e pela Lei nº 6.404/76 respectivamente. Em ambas as demonstrações, o regime adotado é da competência e o valor apurado é transferido para o saldo do Balanço Patrimonial.

No entanto a distinção entre os resultados na perspectiva pública e privada é muito importante, pois pressupostos analíticos errados levam à interpretação equivocada de resultados. Não é possível enquadrar o resultado no Setor Público a partir da ótica do Setor Privado, uma vez que neste setor, o lucro sempre será um bom indicador e o contrário ocorre com o prejuízo que, sempre será um péssimo indicador de desempenho.

O Resultado no Setor Público só poderá ser mensurado após uma análise das políticas públicas empregadas na sociedade, ou seja, se os serviços ou produtos públicos ofertados a ela provocaram mudanças no patrimônio de forma aumentativa ou diminutiva. Uma vez que, o papel do Estado é agregar valor público e não gerar lucro. Um Superávit ou um Déficit ao final do exercício, só poderão ser classificados como positivo ou negativo se o resultado desses forem impactantes para a sociedade por meio de melhorias.

Portanto, se o Governo precisar se endividar para fazer investimentos em que resultem em melhorias na condição atual do cidadão brasileiro, isto sim, poderá ser visto com bons olhos de acordo com a perspectiva do Resultado do Setor Público. Ou seja, o Governo pode aumentar a sua despesa e terminar o exercício com um resultado deficitário, desde que seja com o objetivo de fazer investimentos e, que estes resultem em melhorias para toda a sociedade.

Por fim, o artigo contribui para uma discussão científica que vem se fortalecendo no cenário acadêmico nacional, destacando-se as pesquisas realizadas pelos professores doutores José Marilson Martins Dantas¹⁶ e Magda de Lima Lúcio¹⁷, no que se demonstra propício o aprofundamento do presente trabalho científico.

5. Referências

BRASIL. **Lei nº 4.320, de 17 março de 1964.** Estatui normas gerais de direito financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14320.html>. Acesso em: 23 maio 2019.

BRASIL. **Lei nº 6404, de 15 de dezembro de 1976.** Estatui sobre as Características e Natureza das Companhias ou Sociedades Anônimas com ou sem capital aberto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6404compilada.htm>. Acesso em: 23 maio 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituição/Constituição.html>. Acesso em: 23 maio 2019.

STN. Manual de Contabilidade Aplicada ao Setor Público (MCASP), publicado pela Secretaria do Tesouro Nacional (STN), no dia 19 de dezembro. **MCASP, 2019, 8ª**

¹⁶ Disponível em: <<https://scholar.google.com.br/citations?user=DafOYx8AAAAJ&hl=pt-BR>>. Acesso em: 11 jun. de 2019.

¹⁷ Disponível em: <<https://scholar.google.com.br/citations?user=GSwD2sYAAAAJ&hl=pt-BR>>. Acesso em: 11 jun. 2019.

Edição. Disponível em:

<https://www.tesouro.fazenda.gov.br/documents/10180/695350/CPU_MCA_SP+8%C2%AA%20ed+-+publica%C3%A7%C3%A3o_com+capa_2vs/4b3db821-e4f9-43f8-8064-04f5d778c9f6>. Acesso em: 23 maio 2019.

CHAGAS, G. **Contabilidade Geral Simplificada**. São Paulo: Saraiva, 2013

OSLAK, Oscar; ORELLANA, Edgardo. ***El análisis de la capacidad institucional: aplicación de la metodología SADCI***. Buenos Aires: 2001 Disponível em: <<http://www.oscarozlak.org.ar/images/articulos espanol/OSZLAKOscaryORELLANA Edgar doEl analisis de la capacidad institucional.pdf>> Acesso em: 10 jun. 2019.

SANTOS, Danielle Cristina Gonzaga dos. **Valor econômico gerado por instituições públicas: avaliação do IFPA Campus Abaetetuba**. In: XVIII Congresso Brasileiro de Custo- CBC. **Anais...** Rio de Janeiro, 2011.

SEN, Amartya. ***Desarrollo y libertad***. Buenos Aires: Planeta, 2000.

SILVA, José Antônio. **Série Provas & Concursos - Contabilidade Pública** – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

SLOMSKI, Valmor. **Controladoria e Governança na Gestão Pública**. 1 ed. São Paulo: Atlas, 2009.



Revista Processus de Estudos de Gestão, Jurídicos e Financeiros

ISSN: 2237-2342 (impresso)
L-ISSN: 2178-2008 (on-line)

Ano X, Vol.X, n.39, jul./dez., 2019.

Tramitação editorial:
Data de submissão: 30/07/2019.
Data de reformulação: 15/09/2019.
Data de aceite definitivo: 30/11/2019.
Data de publicação: 20/12/2019.

Editor Responsável: Me. Jonas Rodrigo Gonçalves.

IMUNIDADE TRIBUTÁRIA NOS LIVROS DIGITAIS E-BOOK *TAX IMMUNITY IN DIGITAL BOOKS*

Mateus Guimarães Torres¹
Esp. Maria Christina Barreiros D'Oliveira²
Me. Jonas Rodrigo Gonçalves³

Resumo

O presente trabalho aborda a Imunidade Tributária sobre os Livros Eletrônicos E-book, com suas imunidades tributárias, concedidas pelo Governo Federal, como forma de incentivar a cultura e estimular o desenvolvimento cultural. Iniciando assim um estudo acerca dos principais Princípios do Direito Tributário, a saber: O estudo acerca das imunidades tributárias, fazendo um esboço sobre o instituto, demonstrar sua natureza jurídica e sua forma de interpretação extensiva. Por segundo, o estudo das interpretações da imunidade e sua extensividade, concedida aos livros eletrônicos, que através de julgamento recente do STF teve sua interpretação extensiva, deixando de fazer uma interpretação literal e taxativa a respeito da finalidade e promovendo um desenvolvimento ainda maior, através da interpretação extensiva, de alteração dos meios de informação. Tendo como incentivos a leitura e

¹ Bacharel em Direito pela Faculdade Processus. Monitor na Faculdade Processus. Participa dos projetos de pesquisa "Português Jurídico" e "A Metodologia Científica aplicada ao Direito", sob coordenação do professor Me. Jonas Rodrigo Gonçalves.

² Graduada em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (2004). Pós Graduada em Direito Público. Doutoranda em Ciências Jurídicas e Sociais pela UMSA. Professora de Direito Administrativo, Constitucional e Tributário em regime horista (40 horas semanais), na Faculdade Processus, no Curso de bacharelado em Direito. Professora em Cursos preparatórios para o Exame de Ordem 1° e 2° fase em Direito Tributário e pós Graduação. Professora no Grancurso *On-line* e na AMAGIS-DF Advogada militante nas áreas de Direito Tributário, Administrativo, Trabalhista e Cível.

³ Doutorando em Psicologia (Cultura Contemporânea e Relações Humanas). Mestre em Ciência Política (Políticas Públicas, Direitos Humanos e Cidadania). Especialista em Revisão de Texto; em Didática do Ensino Superior em EAD; em Formação em EAD; em Docência na Educação Superior; em Gestão do Agronegócio. Licenciado em Letras (Português e Inglês); em Filosofia; e em Sociologia. Escritor (autor de 61 livros didáticos). Professor das faculdades Processus (DF); CNA (DF); Facesa (GO); e Unip (SP). Revisor e Editor. E-mail: professorjonas@gmail.com.

a informação. E por fim, deixando evidente os benefícios positivos e negativos, da imunidade tributária sobre os Livros Eletrônicos.

Palavras-chave: Imunidade. Interpretação restritiva e extensiva aos Livros Eletrônicos. E-book.

Abstract

The present work deals with tax immunity on electronic books e-book, with its tax immunities, granted by the federal government, as a way of encouraging culture and stimulating cultural development. In this way, a study of the main principles of tax law, namely: the study of the tax immunities, making an advance on the institute, demonstrate its juridical nature and its extensive form of interpretation. Secondly, the study of the interpretations of immunity and its extensiveness, granted to electronic books, which through its recent judgment of the STF had its extensive interpretation, failing to make a literal and definitive interpretation regarding the purpose and promoting an even greater development, through of the extensive interpretation, of alteration of the means of information. Having as incentives the reading and the information. And finally, making evident the positive and negative benefits of tax immunity on electronic books.

Keywords: Immunity. Restrictive and extensive interpretation of electronic books. E-book.

Introdução

A Imunidade Tributária ainda é objeto de estudos, portanto, vem sofrendo grandes transformações nos últimos tempos, mormente com o desenvolvimento social e tecnológico vivenciado nos últimos séculos. Novas necessidades foram sendo percebidas e com isso o direito foi instado a responder uma série de novas questões que até então não eram objeto de estudo mais aprofundado. Conceitos do passado não mais respondem as peculiaridades da vida moderna.

Temas muito importantes foram colocados em destaque para que diversos institutos pudessem ser aperfeiçoados. Dessa forma, a imunidade tributária sobre livros eletrônicos, ganha importante destaque, pois tem o escopo de fazer com que antigos conceitos sejam repensados para atender as exigências atuais.

A interpretação, que antigamente exercia papel mais restritivo na letra da lei, com a doutrina moderna, passa a receber maior extensão. O enfoque principal deixa de ser analisado de forma restritiva. Para que isso possa ser concretizado, os elementos da imunidade tributária, quais sejam: normas contidas no texto da constituição atuam limitando as regras de competência tributárias das entidades federativas e afastam a possibilidade de instituições de tributos sobre determinados atos, fatos e pessoas. A partir dessa visão deve ser estudada a imunidade tributária sobre livros eletrônicos.

Para o estudo do tema, importante se faz a análise dos elementos da imunidade tributária, pois são de vital importância para que entenda a interpretação das normas. Entretanto, preliminarmente, fizeram-se alguns comentários acerca das diferenças que permeiam a imunidade subjetiva e objetiva assim como a sua interpretação restritiva e extensiva.

Esta monografia trata da imunidade tributária sobre livros eletrônicos, na qual salienta a interpretação, fazendo relevantes considerações sobre sua extensão, diferenciações quanto à interpretação restritiva.

O tema proposto para este trabalho, qual seja, a imunidade tributária sobre livros eletrônicos – e-book há um enfoque maior na interpretação extensiva. Posteriormente, destacaram-se os argumentos utilizados pela doutrina para que seja aceita no ordenamento jurídico brasileiro a teoria em comento.

E por fim verificar junto à doutrina e jurisprudência o requisito para que seja aplicada a teoria, ou seja, a seriedade da interpretação extensiva.

Portanto, o objetivo da presente monografia é trabalhar um tema que era pouco debatido pela doutrina pátria, mas que vem ganhando seu espaço e com isso demonstrar através do julgado recente do STF que em determinados pontos deve utilizar a interpretação mais extensiva.

Então serão analisadas algumas das características das imunidades tributárias no direito brasileiro, especialmente no que concerne ao que está posto no artigo 150, VI, da Constituição da República Federativa do Brasil. Nesse ponto, haverá abordagem ampla da forma como a doutrina e a jurisprudência trata o instituto imunitório no direito pátrio. Cada uma das imunidades previstas nesse dispositivo de nossa Carta Magna será avaliada e discutida para, só então, passarmos à análise daquela que é tema principal deste trabalho: a imunidade tributária dos livros, jornais, periódicos e do papel utilizado em sua fabricação.

Para esse intento, serão visitadas passagens doutrinárias acerca dos diversos conceitos e das diversas divergências, em especial dentro do Direito Tributário e Constitucional, sem prejuízo de algum ponto que busque conceitos de outros ramos da ciência jurídica. Haverá, nesse sentido, análise não apenas da doutrina, mas também da jurisprudência, notadamente de julgados do Supremo Tribunal Federal, já que o trabalho trata de normas de cunho constitucional e é essa a instância responsável por fazer a última análise de nossa Lei Maior.

A espécie de imunidade tributária da alínea “d” do referido dispositivo, nesse sentido, receberá capítulo autônomo em nosso estudo. Nesse último tema, serão analisados os caminhos históricos e os fundamentos da imunidade tributária do papel, jornal, periódico e livro. Ao final, especial relevância será conferida à apreciação da recente mutação constitucional que sofreu a referida norma no que tange à aplicação da imunidade a livros digitais e a aparelhos de leitura digital, explicitando os motivos que levaram o STF, que antes entendia pela não aplicação da benesse nesse caso, a alterar diametralmente seu entendimento, optando pela atual solução no sentido positivo à aplicação.

1.Limitações ao poder de tributar

Sem prejuízo de todo o debate da teoria geral sobre as motivações e justificativas para a existência do Estado, é fato que sua existência o faz carecedor de recursos para a execução de suas finalidades.

De posse da soberania, além de governar e administrar as mãos variados interesses dos integrantes daquela sociedade, o organismo estatal possui ainda a capacidade de criar os tributos. Assim sendo o poder de tributar é essa parcela ou emanção do poder estatal que lhe permite legislar sobre todos os aspectos do

tributo de forma a ter a capacidade de exigir dos sujeitos submetidos àquela norma criada.⁴

Nesse sentido de limitações, o doutrinador Sabbag⁵ explica que os limites ao poder de tributar já existem no âmbito da Constituição Federal, impõem limites ao poder de tributar, ou seja, limites a invasão patrimonial tendente a percepção estatal do tributo. Essas limitações advêm, basicamente, dos princípios e das imunidades constitucionais tributárias e estão inseridas nos artigos. 150 151 e 152 da Carta Magna.

Como existem garantias fundamentais do contribuinte e, ao mesmo tempo, limitações constitucionais ao poder de tributar decorrem dessa natureza dúplice as seguintes consequências.⁶

Como adiantado na concepção da atividade tributária, a realidade tributária não se limita a identificar as espécies de tributo, mas convive igualmente com Limitações do Poder de Tributar, adicionando outros elementos principiológicos ao tratamento das normas constitucionais do Sistema Tributário Nacional.

A estrutura do Sistema Tributário Nacional envolve não apenas os caracteres básicos de cada espécie de tributo. Em razão da posição desequilibrada dessa relação jurídica, associada ainda ao atributo da compulsoriedade, o histórico constitucional trouxe toda uma série de limites a tal poder de tributação estatal. Não faria qualquer sentido no Estado Democrático de Direito a existência das exações coativas, sem limites ao poder público que a exige. Como já foi analisado pelo próprio Superior Tribunal Federal.

Não são absolutos os poderes de que se acham investidos os órgãos e agentes da administração tributária, pois o Estado, em tema de tributação, inclusive em matéria de fiscalização tributária, está sujeito à observância de um complexo de direitos e prerrogativas que assistem, constitucionalmente, aos contribuintes e aos cidadãos em geral. Na realidade, os poderes do Estado encontram, nos direitos e garantias individuais, limites intransponíveis, cujo desrespeito pode caracterizar ilícito constitucional⁷

E ao determinar à competência das unidades federativas e as modalidades tributárias a constituição definiu o poder dos entes políticos. Entretanto, tal poder de é absoluto, como afirmou o próprio STF, tendo como fundamento a própria carta política definindo uma série de limites ao exercício daquele poder, que vieram sendo construídos ao longo da história jurídica com a positivação de várias normas limitadoras.

O texto Constitucional de 1998 reformulou bastante o que era entendido antes serem as limitações, bata comparar com as previsões ainda existentes nos Arts. 9º a 11 do Código. Mas não que necessariamente tenha inovado com questão que já não eram aplicáveis no decorrer do tempo ou outras que eram entendidas como implícitas ao Direito Tributário nacional. Basicamente, o constituinte de 1988 consolidou as proteções. Alguns princípios que haviam sumido, a Carta de 1988 trouxe de volta.⁸

⁴ BELTRÃO, Irapuã. **Curso de Direito Tributário**. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2014.

⁵ SABBAG, Eduardo. **Manual de Direito Tributário**. 9.ed. São Paul, Saraiva: 2017.

⁶ MAZZA, Alexandre; **Manual de Direito Tributário**. 3.ed. São Paulo: Saraiva; 2017.

⁷ STF – 2º Turma, HC nº 93.050-RJ, rel. Min. Celso de Mello, DJ 31-7-2008.

⁸ AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. 16. Ed. São Paulo: Saraival, 2010.

As limitações ao poder de tributar, para melhor compreender covem analisar alguns conceitos de Estado e poder.

Por esta razão “o poder de tributar é entendido como um fator, indiscutível da soberania do Estado exerce sobre as pessoas de seu território, correspondente, por parte de todas de todos os polos envolvidos, a obrigação de dever uma prestação”.

Com toda certeza o poder de tributar envolve uma relação de pessoas, integrantes de um liame, em um plano de sujeição, de um com relação ao outro, ficando o questionamento sobre a tributação, de que forma fica entendido a relação entre o contribuinte, de um lado, e o Estado, de outro.⁹

1.1 princípios limitadores do Direito Tributário

Entrementes, ao longo do estudo dos princípios limitadores e na maioria dos diplomas do direito positivo encontram-se normas tratando a respeito dos limites do direito tributário, a qual, no seu conteúdo, corresponde às obrigações decorrentes de seu limite. Pode-se dizer sem temor que em cada ramo do direito está inerente considerável parcela tratando da limitação. Por essa razão, Ruy Barbosa Nogueira¹⁰ esclarece que “o poder de tributar é, portanto, uma decorrência inevitável da soberania que o Estado exerce sobre as pessoas de seu território, ao qual corresponde, por parte dos indivíduos, um dever de prestação”, por isso a necessidade de restabelecer esse equilíbrio com a limitação existente e o poder de tributar, inspirado no sentimento de justiça.

Eduardo Sabbag, em uma análise conjunta da Carta Magna, dos limites constitucionais ao poder de tributar, concluiu:

A Constituição Federal impõe limites ao poder de tributar, ou seja, limites a invasão patrimonial tendente à percepção estatal do tributo. Essas limitações advêm, basicamente, dos princípios e das imunidades constitucionais tributárias e estão inseridas nos Arts. 150, 151 e 152 da Carta Magna.¹¹

Para uma melhor compreensão dos estudos é necessário ponderar os princípios tributários, analisando a legalidade tributária (art. 150, I); anterioridade tributária (art. 150, III, b e c); isonomia tributária (150 II); irretroatividade tributária (art. 150, III, a); vedação ao confisco (art. 150, IV); não limitação ao tráfego de pessoas e bens e a ressalva do pedágio (art. 150, V); uniformidade geográfica (art.151, I) proibição da tributação federal diferenciada da renda da dívida pública e da remuneração dos agentes, em âmbito não federal (art.151, II) e proibição das isenções heterônomas (art. 151, III).

Para uma melhor compreensão do tema abordado é necessária uma breve consideração inicial, fazendo entender que o princípio da legalidade é multissecular, com previsão legal na Carta Magna inglesa, de 1215, do Rei João Sem Terra. À época, a nobreza e a plebe, reunindo esforços e se insurgindo contra o poder unipessoal de tributar, impuseram ao príncipe João um estatuto, visando inibir a atividade tributária esmagadora do governo. Em outras palavras, objetivaram impor a necessidade de aprovação previa dos súditos para a cobrança de tributos.

⁹ MACHADO, Hugo de Brito, **Curso de direito tributário**, 29.ed.

¹⁰ NOGUEIRA, Ruy Barbosa. **Direito tributário: estudo de casos e problemas**. São Paulo: Bushatsky, 1973.

¹¹ SABBAG, Eduardo. **Manual de Direito Tributário**. 9ª Ed. São Paul, Saraiva: 2017.

Hugo de Brito Machado¹² define que “no Brasil, como, em geral, nos países que consagram a divisão de poderes do Estado, o princípio da legalidade constitui o mais importante limite aos governantes na atividade de tributação”.

O princípio da legalidade deixa evidente para a existência de um tributo é necessária prévia autorização legal, (*nullum tributum sine praevia lege*) ou no *taxation without representation*, dos ingleses, esclarecendo assim o direito dos contribuintes consentirem, pelo voto de seus representantes eleitos, na declaração ou majoração de tributos. Mas devem emergir do fato que o princípio da legalidade tributária é um princípio genérico de direito e um princípio específico de direito tributário. Decorrente do Estado constitucional, do Estado de Direito, onde há total defesa do império da lei, combatendo a tributação arbitrária ou as discriminações.

A lei deixa evidente que em qualquer situação, o único meio de manifestação possível de consentimento da imposição tributária, o povo consentindo que o Estado retire parte de seu rendimento para sustentar o segundo para benefício, satisfação das necessidades coletivas.

Nas lições de Fábio Leopoldo de Oliveira, o princípio da legalidade não reflete, propriamente, uma barreira ou uma limitação ao poder de tributário do Estado. Ele constitui o seu único e exclusivo modo de manifestação.¹³

Evidentemente que para demonstrar suas características, deve ser elaborada pelo poder legislativo, que é o titular do poder fiscal para a exigência de tributos. Os representantes do povo têm a faculdade de criar as contribuições necessárias para existência do Estado.

Posto isso, pode-se afirmar que o tributo só existe quando criado por lei e na medida por ela criado¹⁴. Isso porque a lei deve conter os elementos característicos e essenciais da figura tributária, as leis tributárias não podem ter efeito retroativos, sendo que a lei aplicável é a lei vigente ao tempo da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária.

O autor Martins¹⁵ disserta que discorrer sobre o tema que a obrigação tributária não deriva da vontade das partes, mas da expressa disposição da lei, por isso, é uma obrigação *ex lege*, decorrente do princípio da legalidade tributária. Um tributo não pode ser lançado pela autoridade administrativa por mera portaria ou circular, pela ausência de norma legal para tanto.

Com a promulgação da Constituição de 1988, pairou a dúvida sobre se os impostos poderiam ser instituídos ou majorados por meio de medida provisória. A medida provisória poderá criar ou aumentar tributos desde que haja relevância ou urgência para sua instituição.¹⁶

Não basta apenas o fato concreto, mas também a lei hipoteticamente o descreva, para que, ao ser realizado, ele torne-se suscetível de valorização jurídica. Um ato administrativo que pretenda exigir tributo é simplesmente nulo. O vínculo

¹² MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 29ª edição.

¹³ OLIVEIRA, Fábio Leopoldo de. **Manual de direito tributário**. São Paulo: Resenha Tributária, 1982. p.59

¹⁴ NOGUEIRA, Ruy Barbosa. **Da interpretação e aplicação das leis tributárias**. São Paulo: Jose Bushatsky, 1965. p.39

¹⁵ Martins, Sergio Pinto. **Manual de Direito Tributário**, 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2003.

¹⁶ MARTINS, Ives Granda da Silva. **Comentários a Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1990. v.6, t. 1, p.145

obrigatório não pode surgir se não existir uma norma legal que determine seu nascimento, em relação a determinado fato jurídico. Ao qual a lei atribua a eficácia de fazer surgir uma obrigação tributária.

O princípio da isonomia tributária, diz respeito a regra da igualdade, consiste então em aquinhoar igualmente aos iguais e desiguais aos desiguais, na medida em que se desigualem. Tal afirmação se originou-se do sábio ensinamento de Duguit, que, reproduzindo o pensamento de Aristóteles, permitiu que a clássica ideia da igualdade relativa fosse divulgada a nós por Ruy Barbosa.¹⁷

A igualdade perante a lei mostra-se na substituição do governo dos homens pelo governo das leis, aproximando-se a isonomia do princípio da legalidade¹⁸. Aqui a igualdade não vem regular uma situação, levando-se em conta as condições pessoais dos sujeitos envolvidos, mas, em uma lógica estritamente formal, servir como imperativos de hipoteticidade da norma jurídica.¹⁹

O princípio da isonomia ou igualdade tributária, por sua vez, está expresso no art.150, II, nos seguintes termos:

É vedado (...) instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão da ocupação profissional ou por ele exercida, independente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos.

De modo expresso deixando veiculado o que veda o tratamento desigual a contribuinte que se encontre em situações em situações de equivalência ou equipolência.

O princípio da irretroatividade tributária, é significativo devido ao fato de este expresso no texto constitucional, sendo literal no art.150, III, “a”, informando que o princípio da irretroatividade tributária como um dos princípios limitadores da tributação, expresso também no art 5º, XXXVI, fundado no poder constituinte originário.

Entendendo que a lei deve dispor para o futuro, em regra, sendo aplicada a irretroatividade à lei tributária, de modo genérico, mas como toda regra existe exceções, visando à segurança jurídica e à previsibilidade que lhe é intrínseca.

Nesse sentido, não podemos trazer à baila as palavras de Hans Kelsen²⁰, para quem “as leis retroativas são consideradas censuráveis e indesejáveis porque ferem nosso sentimento da justiça infligir uma sanção, especialmente uma punição, a um indivíduo por causa de uma ação ou omissão às quais o indivíduo não poderia saber que se vincularia tal sanção”.

Nesse passo, Roque Antônio Carrazza²¹ assevera:

Demais disso, a ação do Fisco deve ser previsível. Em nome dessa previsibilidade, a lei que cria ou aumenta um tributo não pode alcançar fatos ocorridos antes de sua entrada em vigor. Sem esse penhor de confiança, toda a vida jurídica do contribuinte perigaria.

¹⁷ BARBOSA, Ruy. **Oração aos Moços**. São Paulo: Arcádia, 1944, p.10.

¹⁸ V.CAMPOS, Francisco. **Direito Internacional**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos,1956, p.12.

¹⁹ MACHADO, Hugo de Brito. **Princípios Jurídicos da Tributação na Constituição de 1988**. 5.ed. São Paulo: Dialética, 2004 p.63.

²⁰ KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. 3.ed. São Paulo: Martins Fonseca, 1988 p.61.

²¹ CARRAZZA, Roque Antônio. **Vigência e Aplicação das leis Tributárias**. in.MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Curso de Direito Tributário**. 7.ed São Paulo: Saraiva, 2000 p.104.

Tendo em vista em regra, quanto às leis em geral, não podem abranger o passado, alcançando situações periféricas. Se a atos a elas anteriores, devem ser analisados pela lei do tempo em foram realizados, ou seja, do fato gerador, à luz do *tempus regit actum*, ou seja, o tempo rege o ato.

Cite-se, por consequência, o pensamento de Walker, trazido à coleção por João Franzen de Lima²², no sentido em que “as leis retroativas, somente tiranos as criam e só escravos a elas se submetem”.

O princípio da anterioridade tributária, esta expressa no art. 150, III, alíneas “a” e “b” da Constituição Federal de 1988, voltada diretamente para a esfera de tributação sendo ela federal, estadual, municipal ou distrital.

1.2 conceito de Imunidade

Quando se começa a estudar sobre o tema de imunidades tributárias, ter ciência que da maioria das normas imunizadoras, que estão contempladas no texto da carta magna, a constituição federal, estão ligados aos princípios e garantias constitucionais, as imunidades não exatamente princípios tributários, são regras de limitação do poder de tributar, podendo também serem chamadas de limitações ao poder de tributar.

Inicialmente cumpre salientar que existem estruturas fundamentais que não serão perturbadas pela tributação, devido a norma imunizadora.

A imunidade para tributos representa uma delimitação negativa da competência de tributar. É que o legislador constituinte adotou a técnica de traçar, de modo cuidadoso, as áreas que refutam a incidência das exações tributárias, levando-se em consideração nosso sistema rígido de distribuição de competências impositivas. Sendo assim, a imunidade não exclui nem suprime competências tributárias, uma vez que estas apresentam o resultado de uma conjunção de normas constitucionais, entre elas, as de imunidade tributária.²³

Segundo Sabbag a competência tributária apresenta-se como aptidão jurídica, para criar, in abstracto, tributos, descrevendo legislativamente, suas hipóteses de incidência, seus sujeitos ativos, seus sujeitos passivos, suas bases de cálculo e suas alíquotas.

Nesta mesma linha de raciocínio aparece o questionamento de quem detém a competência, se seria as pessoas políticas, União, Estados, Municípios e o Distrito Federal, que recebem do legislador a competência de instituir, em caráter privativo, todas as modalidades de tributo sendo elas, impostos, taxas, contribuições de melhoria, empréstimos compulsórios e contribuições.

Segundo Amílcar de Araújo Falcão²⁴ a imunidade é “uma forma qualificada ou especial de não incidência, por supressão, na constituição, da competência impositiva ou do poder de tributar, quando se configuram certos pressupostos, situações ou circunstâncias previstas pelo estatuto supremo”.

A corrobora com o conceito expendido, Misabel Derzi²⁵ preconiza que a “imunidade é forma qualificada de não incidência que decorre da supressão da competência impositiva sobre certos pressupostos na constituição”.

²² LIMA, João Franzen de. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p.88.

²³ SABBAG, Eduardo de Moraes: **Direito Tributário**. 12.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2012.

²⁴ FALCÃO, Amílcar de Araújo. **Fato gerador da obrigação tributária**, 6. ed., p.64.

²⁵ DERZI, Misabel Abreu Machado. **Direito tributário direito penal e tipo**. São Paulo: RT, 1988.

Essa vertente se confirma por Aliomar Baleeiro citado por Sabbag como uma obra clássica

Dizendo que nesse sentido temos por indisponível que desobedecer a uma regra de imunidade equivale a incidir em inconstitucionalidade. Ou, como assevera, expressivamente Aliomar Baleeiro, “as imunidades tornam inconstitucionais as leis ordinárias que as desafiam”.²⁶

Exposto um breve título para conceituar cada um, na tentativa de obter uma melhor concepção do tema.

1.3 Imunidade Recíproca

Para se falar de imunidade recíproca é necessário falar sobre a luz das considerações supracitada de que a imunidade, dentro da doutrina e jurisprudência denominam como imunidade recíproca, esta expressamente demonstrado no art. 150, VI, “a”, da Constituição Federal “É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios instituir impostos sobre patrimônio, renda ou serviço, uns dos outros”.²⁷

A norma é complementada pelo § 2º do mesmo artigo 150, segundo o qual essa imunidade “é extensiva às autarquias e às fundações instituídas e mantidas pelo poder público, no que se refere ao patrimônio, à renda e aos serviços, vinculados a suas finalidades essenciais ou às delas decorrentes”.²⁸

Trata-se de imunidade subjetiva, uma vez que a vedação constitucional, toma em conta a qualidade das pessoas às quais é endereçada, seja os entes federados e as pessoas administrativas autarquias e fundações públicas, e não a natureza de determinadas operação, os melhores detalhes de determinados bens ou direitos, em si mesmo considerados.

Para Paulo de Barros Carvalho, “o preceito de imunidade exerce a função de colaborar, de uma forma especial, no desenho das competências impositivas, são normas constitucionais, não cuidam da problemática da incidência, atuando em instante que antecede, na lógica do sistema no momento da percussão tributária.

Por derradeiro cabe salientar que em nosso sistema as imunidades tributárias explícitas estão hospedadas em normas expressas, e, no reverso, as imunidades implícitas, que, conquanto não textualmente contempladas por normas expressas, podem ser ontologicamente extraídas dos princípios contemplados no ordenamento jurídico. Como exemplo, que podemos citar a imunidade recíprocas, que estão ligadas a capacidade contributiva e ao princípio federativo, e a imunidade para entidade beneficente ou educacional, fundadas na ausência de capacidade contributiva e no princípio da isonomia, entre outras.²⁹

Nos termos do artigo 150, VI, “a”, da Constituição Federal, é vedado à União, aos Estados, aos Municípios e ao Distrito Federal instituir impostos sobre o patrimônio, a renda ou os serviços uns dos outros. A doutrina passou a intitular

²⁶ BALEEIRO, Aliomar. **Direito tributário brasileiro**. 11. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

²⁷ ALEXANDRINO, Marcelo. **Manual de direito tributário**/ Marcelo Alexandrino, Vicente Paulo. 8. Ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo; METÓDO, 2009.

²⁸ ALEXANDRINO, Marcelo. Op. Cit

²⁹ Ibidem, p130; v.ademais, TORRES, Ricardo lobo, **Tratado de direito constitucional financeiro e tributário**.v.III: **Os direitos humanos e a tributação**: imunidade e isonomia. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p.51.

essa vedação de imunidade recíproca ou imunidade das entidades políticas. Essa é a mais antiga das exonerações tributárias³⁰, uma vez que ela existe desde a primeira Constituição Republicana do Brasil, datada de 1891, tendo existido, desde então, dentro de todas as outras constituições brasileiras até o presente momento. Naquele momento, o mentor desse dispositivo foi Ruy Barbosa, o qual sofrera influência do constitucionalismo dos Estados Unidos³¹.

A origem do instituto se deu com o conhecido julgado “McCulloch vs. Maryland”, pela Suprema Corte estadunidense. Em 1819, o Estado de Maryland tinha a intenção de realizar cobrança de imposto de um banco estatal, Bank of U.S, pela selagem com estampilhas. McCulloch, que era gerente dessa instituição financeira, levou o caso a juízo, pois não considerava correta tal prestação. O caso foi presidido pelo lendário Juiz John Marshall, que, em importantíssima decisão, estabeleceu as premissas do instituto, as quais são utilizadas até a atualidade, inclusive no Brasil, já que seguimos o modelo norte-americano³². São elas:

I- A competência para tributar por meio de impostos envolve, eventualmente, a competência para destruir; II- não se deseja – e a própria Constituição não o admite – nem que a União destrua os Estados-membros, nem que estes se destruam mutuamente ou à União; e III – logo, nem a União pode exigir impostos dos Estados-membros, nem estes da União, ou uns dos outros.³³

Essa norma toma por base para sua fundamentação a lógica do princípio federativo. Para esse preceito principiológico, para que a Federação funcione, é necessário que haja harmonia entre os componentes da esfera pública, e uma das maneiras de dar as condições para que isso ocorra é excluindo a possibilidade de um exercer poder político-financeiro através de tributação sobre outro. Além disso, como bem coloca Eduardo Sabbag, o fato de os entes políticos não apresentarem uma hierarquia entre si rechaça a cobrança mútua de imposto, já que essa exação unilateral pressupõe um poder de sujeição do credor da obrigação tributária sobre o devedor³⁴. Nesse sentido, a sistemática tributária, especialmente na figura dos impostos não faz sentido entre entes que não devem se menção de hierarquia reciprocamente, mas, muito pelo contrário, têm como corolário de sua existência a independência entre si.

Na verdade, o que boa parte da doutrina defende é que, ainda que o comando normativo do artigo 150, VI, “a”, da CF não existisse expressamente, a imunidade recíproca seria um instituto presente no direito brasileiro. Isso porque não faria sentido pensar numa igualdade de condições entre os entes políticos caso eles pudessem interferir no patrimônio uns dos outros através da imposição de impostos. Paulo de Barros Carvalho chega a dizer que “se não houvesse disposição expressa nesse sentido, estaríamos forçados a admitir o princípio da imunidade recíproca, como corolário indispensável da conjugação do esquema federativo de Estado com a diretriz da autonomia municipal. Continuar a

³⁰ COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de direito tributário brasileiro**: comentários à Constituição Federal e ao Código Tributário Nacional. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p.291.

³¹ SABBAG, Eduardo. **Manual de direito tributário**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2015. Página 298.

³² CARRAZZA, Roque Antonio. A Imunidade Tributária das Empresas Estatais Delegatárias de Serviços Públicos: um estudo sobre a imunidade tributária da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 29.

³³ Idem; Ibidem

³⁴ SABBAG, Eduardo. **Manual de direito tributário**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 299.

imunidade, ainda que implícita, com o mesmo vigor que a formulação expressa lhe outorgou”³⁵.

Quanto à abrangência da imunidade recíproca em relação às espécies tributárias, é majoritário o braço da doutrina que aponta na direção de considerar que ela apenas se aplica aos tributos não vinculados, ou seja, aos impostos. Assim, não estariam abarcadas dentro da regra imunizadora as outras espécies tributárias, como as taxas e as contribuições de melhoria, por exemplo. Essa posição é sustentada pelo fato de o legislador fazer referência expressa ao termo “impostos” na alínea “a”, inciso VI do importante artigo 150 da CF.

Além desse fato, a extensão da incidência de imunidade se restringiria aos impostos e não a tributos como taxas e contribuições de melhoria em razão do caráter não vinculado que a primeira espécie tributária apresenta. Isso porque os impostos atendem a necessidades gerais do credor tributário, enquanto taxas e contribuições de melhoria, por terem como fim algum benefício mais direto ao tributado, contradiriam a lógica da imunidade.

O entendimento do STF, inclusive, roga no sentido de que apenas os impostos fazem jus às imunidades. Vejamos um julgado em que isso fica explícito (grifo nosso):

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. ECT - EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS: IMUNIDADE TRIBUTÁRIA RECÍPROCA: C.F., art. 150, VI, a. EMPRESA PÚBLICA QUE EXERCE ATIVIDADE ECONÔMICA E EMPRESA PÚBLICA PRESTADORA DE SERVIÇO PÚBLICO: DISTINÇÃO. TAXAS: IMUNIDADE RECÍPROCA: INEXISTÊNCIA. I. - As empresas públicas prestadoras de serviço público distinguem-se das que exercem atividade econômica. A ECT - Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos é prestadora de serviço público de prestação obrigatória e exclusiva do Estado, motivo por que está abrangida pela imunidade tributária recíproca: C.F., art. 22, X; C.F., art. 150, VI, a. Precedentes do STF: RE 424.227/SC, 407.099/RS, 354.897/RS, 356.122/RS e 398.630/SP, Ministro Carlos Velloso, 2ª Turma. II. - A imunidade tributária recíproca -- C.F., art. 150, VI, a -- somente é aplicável a impostos, não alcançando as taxas. III. - R.E. conhecido e improvido. (RE 364202, Min. Carlos Velloso, Segunda Turma, DJ 28-10-2004)

É importante observar que, também em razão da forma como o dispositivo constitucional que estipula a imunidade recíproca está escrito, existe minoritária corrente doutrinária que alegue que apenas os impostos referentes a patrimônio, renda ou serviços estão abarcados por essa norma. Essa mesma posição, diga-se de passagem, também se aplicaria a outros comandos normativos, como o do artigo 150, VI, “c”, da CF, e dos parágrafos 2º e 4º do mesmo dispositivo. Ora, se existe o entendimento de que, ainda que não houvesse dispositivo expresso instituindo a imunidade recíproca, ela continuaria existindo da mesma forma, não é muito coerente interpretar que, ao tecer um rol exemplificativo, o legislador esteja restringindo as hipóteses de proteção do ditame imunitário. O STF, por sua vez, possui o entendimento de que um imposto como o IOF também está abarcado pela imunidade recíproca, como o seguinte julgado deixa explícito:

A proibição constante do art. 150, VI, “a”, da CF/88 (“(...)é vedada à União, aos Estados, ao Distrito (STF, RE n. 196.415-PR, 2ª T., rel. Min. Ilmar Galvão, j. 21-05-96).

³⁵ CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 28.ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 206.

Ainda nesse sentido, Aliomar Baleeiro é incisivo ao dizer que “a imunidade recíproca é um instituto jurídico-político expressamente consagrado na Constituição e não pode ser anulado pelas sutilezas e jogos de palavras do legislador ordinário³⁶”. Na verdade, mais do que isso, a imunidade recíproca, por ser uma característica fundamental à forma federativa do Estado, possui, em nosso sentir, caráter de cláusula pétrea, por força do artigo 60, §4º, I, da Constituição Federal, e, por tal motivo, não pode ser anulada nem mesmo através de Emenda Constitucional.

1.4 Imunidade Sobre Templo

A história do Brasil faz referência a uma ligação estreita entre o Estado e a Igreja, especialmente a Igreja Católica, devido à influência portuguesa em nosso território. Foi assim durante todo o período do Brasil colonial, passando também pelo Brasil independente sob o regime do império. Com a proclamação da República, em 1891, veio nossa primeira Constituição republicana, do mesmo ano, e também o advento da cisão entre Estado e Igreja. O Brasil passava, portanto, a ser considerado laico. É interessante notar que, já na Carta Magna de 1891, havia norma que proibia embaraços a quaisquer cultos através de tributação, buscando preservar a liberdade de celebrações religiosas e afirmar a nova faceta laica do país³⁷.

Norma de cunho semelhante chegou aos nossos tempos através do artigo 150, VI, “b”, da Constituição de 1988, e refere-se ao benefício a que fazem jus os tempos de qualquer culto. É interessante notar que, ao fazer menção aos templos religiosos no texto constitucional, o legislador não esteve se referindo apenas aos locais em que há celebrações propriamente ditos, mas sim às próprias instituições religiosas, ou seja, às igrejas. Evidentemente que essas igrejas são dos mais variados credos, já que, como país laico, o Brasil não poderia favorecer uma instituição em detrimento de outras.

Apesar de possuir a característica da laicidade, o Brasil pode também ser considerado uma nação deísta, já que em alguns trechos de documentos oficiais faz menção a Deus. Isso acontece, por exemplo, no preâmbulo da Constituição, onde há referência à “proteção de Deus”. O preâmbulo, saliente-se, não ser considerado norma constitucional, conforme jurisprudência pacífica do STF, mas ainda assim é uma fonte de interpretação do ordenamento jurídico pátrio, tendo, relevância de cunho político. Nesse sentido, o Ministro Carlos Velloso, no julgamento da ADI 2076/AC, disse que:

O preâmbulo, ressei das lições transcritas, não se situa no âmbito do direito, mas no domínio da política, refletindo posição ideológica do constituinte. É claro que uma constituição que consagra princípios democráticos, liberais, não poderia conter preâmbulo que proclamasse princípios diversos. Não contém o preâmbulo, portanto, relevância jurídica.

É interessante notar que essa imunidade é de cunho subjetivo, isto é, refere-se não a um objeto a uma situação específica, mas a pessoas específicas. No caso, são imunes as instituições religiosas. Assim, não sofrem tributação os serviços realizados pelas igrejas, nem a renda obtida através de doações dos fiéis, bem como não existe IPTU pago por Igreja em razão de patrimônio imóvel que possui

³⁶ SABBAG, Eduardo. **Manual de direito tributário**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p.301.

³⁷ BALEEIRO, Aliomar. **Limitações constitucionais ao poder de tributar**. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977. p.435.

para celebração de cultos. Note-se que os exemplos supracitados são meramente exemplificativos, pois o cerne da imunidade é a instituição religiosa propriamente dita. Apesar disso, a imunidade não se aplica quando as atividades praticadas não guardam relação com aspectos religiosos, até como forma de se evitar fraudes e má-fé. Outro ponto importante diz respeito aos impostos indiretos. Esses também não são abarcados pela imunidade religiosa, já que o STF entende que o contribuinte de fato é figura estranha à relação tributária, não podendo, por esse motivo, beneficiar-se da imunidade nessa situação específica³⁸.

1.5 Imunidade sobre partidos políticos, entidades de educação e entidades de assistência social

A imunidade de que trata o artigo 150, VI, “c”, da Constituição Federal refere-se, na prática a quatro pessoas: os partidos políticos, os sindicatos de empregados, as instituições de educação e as entidades de assistência social³⁹. Todas elas são, certamente, aspectos fundamentais dentro da organização do Estado. Os partidos têm sua fundamental função para a democracia de qualquer nação. Sindicatos têm papel insubstituível na conformação da relação entre as classes de empregados e os empregadores. Já as instituições educacionais e assistenciais cumprem um importante papel de apoio à população quando em situação de necessidade, seja de saúde, seja financeira ao fim da vida. É verdade que essas funções sociais são, em primeira análise, papéis de dever do Estado, mas a prática mostra que, sozinho, o Ente Público não cumpre com todas as demandas que a ele são impostas. É por compreender os papéis de importância dessas pessoas que o constituinte a elas conferiu o benefício da imunidade.

No entanto, a doutrina classifica essa imunidade como “não autoaplicável”, por força do texto constitucional. Vejamos como está posto o dispositivo (grifo nosso):

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: VI - instituir impostos sobre: c) patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei.

A lei deverá, portanto, estabelecer os critérios para que essas imunidades possam ser aplicadas. Porém, não qualquer lei. Por força do artigo 146, II, também da Constituição Federal, há de ser a lei complementar. E o dispositivo regulador existe, trata-se do artigo 14 do Código Tributário Nacional. Paulo de Barros Carvalho leciona que o CTN extrai com acerto o autêntico teor de sua competência, oferecendo os seguintes pressupostos para o implemento da imunidade:

I – Não distribuírem qualquer parcela de seu patrimônio ou de suas rendas, a qualquer título; II - Aplicarem integralmente, no País, os seus recursos na manutenção dos seus objetivos institucionais; III – manterem escrituração de suas receitas e despesas em livros revestidos de formalidades capazes de assegurar sua exatidão⁴⁰.

³⁸ SABBAG, Eduardo. **Manual de direito tributário**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p.348.

³⁹ SABBAG, Eduardo. **Manual de direito tributário**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p.355.

⁴⁰ CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 28.ed. São Paulo: Saraiva, 2017.p.209.

O escopo do legislador fica bem claro ao analisar esse comando normativo é bastante claro. A imunidade é colocada com a finalidade de viabilizar com maior tranquilidade as atividades que ela favorece, não para favorecer financeiramente as pessoas que integram esses tipos de atividade em detrimento de outras. Nesse sentido, a lei determina que as entidades a que fazem jus a imunidade “não autoaplicável” não pode distribuir a renda que afere ou o seu patrimônio de nenhuma maneira. Isso tem como finalidade evitar favorecimentos financeiros indevidos pela utilização de entidades imunizadas como fachada.

O que se quer, na verdade, é favorecer financeiramente os partidos políticos, as entidades sindicais dos trabalhadores e as instituições de educação e assistência social, para que possam cumprir suas atividades da melhor forma possível. Claro que não pode haver favorecimento financeiro imotivado a terceiros que integram e viabilizam as atividades dessas pessoas, pois isso foge completamente ao espírito da norma imunizante. O fundamento é a manutenção de boa saúde financeira das citadas instituições a fim de que cumpram o importante papel que possuem junto à população. É por isso, inclusive, que são imunes as mais diversas atividades dessas entidades. Exemplo disso está contido no enunciado número 724 da súmula do STF, o qual diz que:

Ainda quando alugado a terceiros, permanece imune ao IPTU o imóvel pertencente a qualquer das entidades referidas pelo art. 150, VI, “c”, da Constituição, desde que o valor dos aluguéis seja aplicado nas atividades essenciais de tais entidades.

1.6 Imunidade Objetiva e Subjetiva

Para melhor entender sobre as objetivas e subjetivas, é preciso fazer uma breve explanação, no sentido geral, sobre a Imunidade, e nesse trilhar entender que, quando falamos de imunidade, temos o conhecimento de que está inserida no texto constitucional como vedações a competência tributária.

A constituição e somente ela, pode impedir, que certos acontecimentos, ligados a pessoas e bens, possam ser recebidos pela hipótese de incidência dos impostos e, conseqüentemente, por essa determinação, apesar de iguais aqueles, fique dela excluídos, permanecendo, então, obrigatoriamente, dentro do campo da não incidência. Daí Geraldo Ataliba aduz que a “imunidade é antologicamente constitucional”.⁴¹

De uma forma menos esotérica as imunidades tributárias descritas nas normas da carta magna de 88, anteriormente foram fundamentadas em uma análise de considerações extrajurídicas, atendendo ao poder constituinte, a cargo dos pensamentos políticos vigentes, culturais e econômicos, todos necessários a sociedade brasileira. Com tudo, o intuito é assegurar o equilíbrio federativo, a liberdade política, religiosa, de associação, do livre pensamento, e da expressão, a expansão da cultura, o desenvolvimento econômico, trazendo a consideração de que imunidade tributária não é um privilégio, mas uma forma de resguardar e garantir os valores e princípios fundamentais descritos no texto constitucional, protegendo o indivíduo e a sociedade como um todo.

⁴¹ MARTINS, Ives Granda da Silva. **Curso de Direito Tributário**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 307.

Mesmo modo é importante sinalizar que a imunidade tributária, são autoaplicáveis as determinações imunizantes, mas por disposição constitucional, considerando que a imunidade se constitui pela própria norma maior, A relação entre o Direito Tributário e o Texto Constitucional é o ato declaratório e não constitutivo o que declara ou não da situação ou requisitos, entendo que este ato é de natureza vinculada e não discricionária. Havendo condições de lei infraconstitucional, fica a imunidade a ela aderida, no aguardo da iniciativa do legislador competente, como exemplos podemos citar as seguintes situações previstas no texto atual: 1) alínea c do inciso VI do art 150, que dispõe haver imunidade quanto ao patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos e de instituições de educação ou de assistência social, observados os requisitos da lei; 2) inciso II do § 2º do art. 153, que reza não incidir imunidade sobre "nos termos e limites fixados em lei, sobre rendimentos provenientes de aposentadoria e pensão, pagos pela previdência social da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.⁴² A imunidade tributária é assim, a qualidade da situação que não pode ser atingida pelo tributo, em razão da norma constitucional que, à vista de alguma especificidade pessoal ou material dessa situação, deixou-a fora do campo sobre que é autorizada a instituição do tributo.⁴³ Imunidades Tributárias:

O Direito Tributário tem de proteger valores que a constituição reputa relevantes (a atuação de certas entidades, a liberdade religiosa, o acesso à informação, a liberdade de expressão etc.)⁴⁴ a assim como os princípios tributários as imunidades, tem natureza jurídica dúplice, na medida em que são ao mesmo tempo, limitações constitucionais, ao poder de tributar.⁴⁵ De fato, há determinação campos competenciais, dentro dos quais não poderá haver a tributação: são áreas delimitadoras de zonas de intributalidade.⁴⁶

O artigo 150º da Constituição Federal informa de forma precisa quais são as imunidades tributárias:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

VI - instituir impostos sobre:

d) livros, jornais, periódicos e o papel destinado à sua impressão.⁴⁷

E mesmo assim, muitos se perguntam a diferença entre imunidade subjetiva e objetiva, dentre os diversos tipos de imunidade tributária. É questionável, até certo ponto, mas se faz necessário seguir doutrina didaticamente para que assim haja uma ordem melhor para facilitar o estudo do tema.

⁴² MARTINS, Ives Granda da Silva. **Curso de Direito Tributário**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 309.

⁴³ AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p.174.

⁴⁴ AMARO, Luciano. Op. Cit.

⁴⁵ MAZZA, Alexandre; **Manual de Direito Tributário**. 3.ed. São Paulo: Saraiva; 2017, p. 322.

⁴⁶ SABBAG, Eduardo de Moraes: **Direito Tributário**. 12.ed. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais. 2012, p.45.

⁴⁷ Constituição Brasileira. (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. "Arts. 150, IV, d, da CF.

Dando o nome de imunidade subjetiva, quando o benefício constitucional for imediatamente dirigido à proteção de pessoas, como exemplo nós temos o

E conceituamos imunidade objetiva, é aquela voltada para afastar a incidência de impostos sobre produtos, e não para proteger diretamente as pessoas.

Nesse trilhar é de se ponderar o que deve ser mais vantajoso, para a sociedade como um todo, e não somente para determinadas classes, sejam elas que trazem referência diretamente as pessoas ou os produtos.

Neste ponto é que deve parar de questionar a diferença que entre imunidade objetiva e subjetiva, e tentar entender e interpreta da melhor forma o tema referente aos diversos tipos de imunidade tributária, entendendo sempre o pilar que sustenta todos os estudos, referentes à Constituição Federal e os pontos mais questionáveis.

Em seguida, é extremamente importante chamar a atenção para o fato de que para melhor entender o Direito Tributário é absolutamente necessário ponderar sua história, bem como sua evolução. A origem da tributação vem das fases mais antigas da humanidade e é preciso compreender o passado para chegar aos dias atuais.

E de uma maneira mais clara, pode-se dar o conceito a respeito do Direito Tributário, explicando de forma direta que é um ramo do Direito Público Interno, e vem do Direito Financeiro, que teve como objetivo estabelecer e colher tributos, onde foi com a nossa Constituição de 1.967 que, pela primeira vez, se institui um sistema tributário.⁴⁸

1.6.1 IMUNIDADE SOBRE PRODUÇÃO DE FONOGRAMAS E VIDEOGRMAS MUSICAIS

A mais nova das imunidades dispostas no artigo 150, VI, da Constituição Federal surgiu por intermédio da Emenda Constitucional número 75, do ano de 2013. Essa emenda adicionou uma nova alínea, a “e”, ao referido dispositivo, deixando-o com a seguinte redação:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: VI - instituir impostos sobre:

e) fonogramas e videofonogramas musicais produzidos no Brasil contendo obras musicais ou literomusicais de autores brasileiros e/ou obras em geral interpretadas por artistas brasileiros bem como os suportes materiais ou arquivos digitais que os contenham, salvo na etapa de replicação industrial de mídias ópticas de leitura a laser.

Ao lermos os termos da alínea “e”, fica clara a intenção protecionista que teve o legislador reformista ao criar essa nova imunidade tributária. Se uma das finalidades primárias do instituto da imunidade tributária é o favorecimento motivado e arrazoado a determinadas pessoas ou situações, fica bem claro, nesse caso, que se deseja proteger e incentivar a produção cultural nacional. Nesse mesmo sentido, Paulo de Barros Carvalho diz que “percebe-se aqui, com clareza, a influência dos valores de proteção do patrimônio cultural brasileiro e do incentivo à produção artística, estampados no art. 215 da Lei Maior, que animam tantas outras

⁴⁸ CHIARATTO, Francisco de Assis. Direito tributário. São Paulo: Àgape Editores, 2011, p.120.

disposições de nosso ordenamento jurídico”⁴⁹. Há na doutrina quem chame a imunidade aqui tratada simplesmente por “imunidade musical”, dada a importância que possui na produção musical dos artistas nacionais. Não é por outro motivo que a própria EC n. 75 nasceu daquela que era conhecida como “PEC da música”

A imunidade musical é de cunho objetivo, isto é, não visa a proteger uma pessoa específica, mas a determinadas situações que envolvam um gênero comercial específico. Assim, os impostos que elas abarcam são aqueles que envolvem os objetos relacionados a música, como seria o caso do ICMS, por exemplo⁵⁰. Portanto, impostos que se refiram às produtoras musicais e ao seu patrimônio não são protegidos pelo ditame imunitário. Assim, diferentemente do que acontece nas imunidades de caráter subjetivo que abordamos mais acima, o prédio ou o automóvel da gravadora musical sofrerá incidência de IPTU ou IPVA normalmente, como todo qualquer outro contribuinte. Além disso, esse tipo de empresa também se verá obrigada a pagar outros tributos como taxas e contribuições, sem nenhum tipo benefício. Vistas quatro das imunidades trazidas pelo artigo 150, VI, da Constituição, abordemos com mais profundidade a quinta delas no capítulo seguinte. Fazemos novamente a ressalva de que este trabalho não faz referência a absolutamente todas as imunidades tributárias do direito brasileiro, já que nossa Carta Magna é composta por outros ditames imunizadores em seus dispositivos, os quais não é nosso objetivo esgotar. Dito isto, coloquemos nossos esforços agora em analisar a imunidade dos livros, jornais, periódicos e papel destinado à sua impressão.

2. Autonomia do Direito Tributário

Segundo Luciano Amaro, o assunto a esse respeito é um tanto controverso, variando as opiniões a respeito. O Direito Tributário não apresenta senão uma especialização do Direito Financeiro.

A doutrina tributária brasileira aponta duas razões para que o direito tributário seja considerado direito especial e não direito comum, afirmando que o direito tributário é especial porque está ligada com vários outros ramos do direito.

Resumindo o direito tributário é ramo do direito comum, porém, ao mesmo tempo, possui certos princípios peculiares, determinados institutos próprios e conceitos abstratos formulados a partir de uma dogmática particular, tais características definem a autonomia, ou a relativa autonomia do direito tributário.

A natureza especial do direito tributário não deve ser compreendida, porém, nem como independência ou completa autonomia em relação aos outros ramos do direito comum, nem tão pouca como integral sujeição. O direito tributário é ramo do direito público comum, em seguida, se encontra subordinado aos seus princípios de índole constitucional e infraconstitucional, aproveitando-se de seus institutos, apoiando-se na sua doutrina e na jurisprudência emanada da Justiça.

Em contrapartida, se trata de um ramo do direito público e, relativamente autônomo no sentido de que apresenta certas singularidades, estipulados particularismos que lhe conferem fisionomia própria.⁵¹

⁴⁹ CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de direito tributário. 28ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. Página 210.

⁵⁰ SABBAG, Eduardo. Manual de direito tributário. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. Página 400

⁵¹ AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. 16. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p.176.

2.1 Imunidade de Livro, Jornal e Periódico

Uma das questões quanto à extensão da aplicação da imunidade de imprensa, no entanto, sofreu recente mutação constitucional. Foi o caso da imunidade para livros eletrônicos e para os aparelhos que permitem leitura de tais arquivos. Até 2016, o STF possuía julgados no sentido de não estender a imunidade a esses casos. No entanto, em 2017, foi julgado um caso com repercussão geral que transformou a jurisprudência quanto à matéria. Analisemos os pontos dessa questão para entender o porquê dessa mudança drástica de entendimento por parte do Supremo.

Iniciemos tecendo alguns comentários acerca da evolução da comunicação humana. O ser humano é um animal eminentemente social. A interação humana, em sua racionalidade, é absolutamente diferente de tudo que os outros seres vivos conhecidos produzem, tamanha é a complexidade dos atos humanos. Assim, nossa espécie desenvolveu, ao longo de toda sua existência, seu modo de comunicação de maneira fortíssima. A comunicação inicialmente acontece pela fala, mas seu desenvolvimento não parou nesse ponto, chegando a formas ainda mais elaboradas, sendo a principal delas a escrita.

A escrita passou por diversas fases de desenvolvimento, iniciando pelos rudimentares desenhos e escritos rupestres, passando pela criação dos primeiros símbolos, até chegar às formas complexas dos diferentes alfabetos, tais como conhecemos atualmente. Como toda produção humana, a escrita foi sendo aperfeiçoada com o passar das gerações que habitaram a Terra. A evolução que representou a passagem de uma comunicação por símbolos simples para uma comunicação através de uma combinação complexa de símbolos (as letras formando palavras, por exemplo) para representar um pensamento é, certamente, uma revolução sem precedentes na comunicação e na história da raça humana.

No entanto, não foram apenas os símbolos que evoluíram. Os suportes que o ser humano utiliza para gravar esses símbolos comunicativos também tiveram muita evolução ao longo das gerações. Se, no início, povos primitivos desenhavam e faziam símbolos pouco complexos em paredes de cavernas para registrar seus conhecimentos e sua comunicação, hoje em dia, o mundo chegou à era digital. Passaram, entre esses dois pontos, muitas formas de guardar o conhecimento pela superfície da Terra. Há, para citar alguns exemplos, o papiro, as inscrições em madeira ou em pedra, o papel e, bem mais recentemente, computadores e tablets. Cada um desses objetos com sua importância e seu contexto histórico, mas sempre com uma finalidade comum: transmissão de conhecimento humano.

Portanto, mais do que apenas revolucionar a forma como se comunica, tornando-a cada vez mais complexa e funcional, o ser humano também transformou as maneiras como distribui esse conhecimento. Houve o tempo em que foi necessário que exemplares de livros fossem reproduzidos todos de forma manual para que outras pessoas recebessem aquelas informações. Posteriormente, a imprensa cresceu de forma nunca antes vista quando foram inventadas máquinas capazes de replicar muitos livros, jornais ou revistas em pouquíssimo tempo. Essa transformação já trouxe grande impacto no número de pessoas atingidas pela divulgação de conteúdos escritos.

No entanto, nada foi tão revolucionário para esse segmento do que a criação dos veículos digitais e da internet. Esses foram os instrumentos que fizeram a comunicação ser otimizada, difundida e barateada como nunca antes na história.

Hoje, com alguns cliques, é possível comprar e acessar conteúdos escritos em segundos, ao passo em que, num passado não tão distante, o acesso a tais conteúdos só existia por meios físicos, o que demanda muito mais esforço, seja de tempo ou de dinheiro, até que o consumidor tenha acesso ao conteúdo.

A sociedade se adaptou e tem moldado sua forma de se relacionar e de repassar conhecimento às facilidades advindas da revolução que a tecnologia tem proporcionado. A lei, como instrumento que serve à sociedade em primeiro lugar, deve também evoluir para acompanhar as mudanças culturais e sociais que aparecem.

2.2 Imunidade dos Aparelhos Eletrônicos

Como vimos, a vida do ser humano foi revolucionada pelas transformações tecnológicas das últimas décadas. Provavelmente, o fim do século XX e início do século XXI proporcionaram a mudança de estilo de vida mais significativa e rápida de toda a história de nossa espécie. Todos os setores da sociedade precisaram, então, revisar seus conceitos e suas convicções no sentido de se adaptar a tantas mudanças. Não pode ser diferente com a legislação e, nesse caso, a mais importante das leis: a Constituição. No entanto, infelizmente, sabemos que o processo de adaptação legal, se tiver que partir única e exclusivamente do Poder Legislativo, certamente não acontecerá na velocidade que a sociedade necessita.

Se o conceito de livro evoluiu com o passar do tempo, passando a ser ressignificado para abranger os livros digitais, também o conceito do material que dá suporte aos livros precisa ser revisto. Ora, a ideia tradicional de livros e publicações periódicas nos remete a um objeto confeccionado através de papel, o qual o legislador expressamente incluiu na imunidade. Se admitirmos que houve intenção de imunizar não apenas a ideia contida no livro, mas também aquilo que possibilita que a mensagem se transporte do emissor até o receptor (que, na ideia tradicional trazida pela Constituição expressamente, é representado pelo papel), é imperioso compreender que, se defendemos a extensão da imunidade a livros digitais, precisamos também defendê-la em relação aos aparelhos eletrônicos que possibilitam a leitura de tais softwares.

Esse raciocínio atualiza o ditame imunizador constitucional de uma forma completamente condizente com outros mandamentos da própria Constituição. Isso porque os meios de comunicação digitais transformaram a forma como circulam as informações através da sociedade. Hoje, livros, jornais e outros periódicos chegam até as pessoas que lhe consomem por meios eletrônicos em quantidade bastante relevante e com uma tendência de que esse tipo de informação por meios digitais passe a ser predominante em relação aos meios físicos em médio prazo. Assim, se a imunidade de imprensa visa a facilitar o acesso da população à informação, ou a diminuir as possibilidades de restrição de circulação de conteúdos educacionais, artísticos ou políticos por parte daqueles que detêm o poder de tributar, ou qualquer outro escopo que possa possuir essa imunidade da qual estamos tratando, tais finalidades só serão atingidas se forem protegidos também os meios eletrônicos de distribuição de comunicação. Chega a ser arcaico o entendimento de que apenas os meios físicos de difusão de jornais, livros e outros períodos distribuídos em papel devam ser abarcados pela imunidade tributária. A interpretação dos preceitos legais e, nesse caso, constitucionais deve seguir seu tempo, acompanhando as evoluções culturais e tecnológicas.

Nesse sentido, numa analogia bem intuitiva, o papel está para os livros físicos, assim como os aparelhos digitais de leitura – como o “kindle”, para citar um exemplo famoso – está para os livros digitais. Por isso, como defendemos que livros, jornais e periódicos mantidos de forma digital devam ser abarcados pela imunidade tributária, também os aparelhos eletrônicos que possibilitam sua leitura devem possuir a mesma benesse. Esse tipo de aparelho produzido especialmente para ler, já que possui uma tela preparada tecnologicamente para essa finalidade, é inclusive conhecido como “papel digital”. Conforme foi visto, o STF já possui jurisprudência de longa data no sentido de aplicar a imunidade a materiais que se assemelham ao papel, colacionemos mais um exemplo disso, dessa vez através de julgado do ministro Eros Grau:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. IMUNIDADE. IMPOSTOS. LIVROS, JORNAIS E PERIÓDICOS. ART. 150, VI, "D", DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. INSUMOS. O Supremo Tribunal Federal fixou entendimento no sentido de que a garantia constitucional da imunidade tributária inserta no art. 150, VI, "d", da Constituição do Brasil, estende-se, exclusivamente --- tratando-se de insumos destinados à impressão de livros, jornais e periódicos --- a materiais que se mostrem assimiláveis ao papel, abrangendo, em consequência, para esse efeito, os filmes e papéis fotográficos. Precedentes. Agravo regimental a que se nega provimento. (RE 495385 AgR, Relator(a): Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 29/09/2009, DJe-200 DIVULG 22-10-2009 PUBLIC 23-10-2009 EMENT VOL02379-07 PP-01514 RT v. 99, n. 891, 2010, p. 226-229)

Nesse sentido, considerando que aparelhos de leitura considerados “papel digital” são, por óbvio, assimiláveis ao próprio papel, razão pela qual fazem também jus à imunidade do artigo 150, VI, “d”, da Constituição da República Federativa do Brasil.

A esse ponto, entretanto, vale uma ressalva. Os aparelhos eletrônicos de leitura são aqueles que servem basicamente para essa finalidade: leitura de arquivos. São os também conhecidos por “papel digital”, como é o caso, por exemplo, do “kindle” ou do “lev”. Eles se diferem de outros aparelhos que, além dessa função, possuem várias outras. Esse seria o caso dos aparelhos conhecidos como “tablets”, que são máquinas eletrônicas multifuncionais, que, entre outras funções, são capazes de reproduzir vídeos, músicas ou jogos. Em nosso entender, eletrônicos desse gênero não devem ser abarcados pela imunidade tributária. Esse benefício deve ficar restrito apenas àqueles que servem especialmente para a leitura, já que estes possuem função análoga ao papel dos livros físicos e, por fazermos uma interpretação funcional do texto constitucional, interpretamos no sentido de que é correta sua imunidade. Saliente-se que o atual entendimento do STF é também no sentido que aqui defendemos, como veremos a seguir.

Em homenagem ao contraditório, é importante registrar que há respeitável doutrina que se posiciona contrariamente à aplicação da imunidade nos casos aqui observados. É o que defende, por exemplo, Saraiva Filho, para quem a interpretação além daquilo que está expressamente escrito na Constituição não é algo possível, mas sim uma violação ao próprio texto constitucional. Esse autor entende que:

O que está amparada, portanto, pela imunidade tributária é, apenas, a mídia escrita tipográfica, tendo, pois, como suporte o papel, não tendo sido acolhida a mídia falada ou vista, nem alcançada a mídia eletrônica — o software ou o também só metaforicamente chamado livro eletrônico, ou seja, DVD, CD-ROM ou disquetes que, em conjunto com um programa, armazenam, com a técnica digital, o conteúdo de um livro, originariamente impresso em papel, necessitando, para ser utilizável, de hardware, conjunto de componentes mecânicos, elétricos e eletrônicos com os quais são construídos os computadores e equipamentos periféricos de computação, ao contrário, aliás, do verdadeiro livro, que basta por si mesmo.⁵²

2.3 Conceito de Livro dentro do Artigo 150, VI, “D” da Constituição

Dentro desse contexto de grandes invenções como a das mídias digitais e a da internet, em muito se alterou o conceito do livro. Vejamos como isso se deu. O livro é, certamente, a forma de transmissão de conhecimento mais importante da história da humanidade. Ele se difere da fala como forma de comunicação principalmente por que deixa registrado às gerações futuras o conhecimento ali inserido, tendo, assim, a capacidade de atingir um número muito maior de pessoas no longo prazo. No entanto, seu conceito funcional não é algo estático e sofreu grande transformação, sobretudo com o advento da revolução tecnológica do fim do século XX e início do atual século.

Inicialmente, colacionemos o que um dicionário atual traz como conceito de livro. O Aurélio define “livro” como “reunião de folhas ou cadernos, cosidos ou por qualquer outra forma presos por um dos lados, e enfeixados ou montados em capa flexível ou rígida”⁵³. Esse é o conceito pragmático de livro atual, e difere-se do conceito funcional, do qual falaremos a seguir. Apesar dessa definição mais prática, trazida tradicionalmente por dicionários, entendemos que o conceito de livro abrange uma quantidade maior de possibilidade além do simples objeto físico a que é comumente associado. Na realidade, deve-se entender livro como uma reunião de ideias ou informações de tal forma escritas em algum meio que lhe suporte que seja possível a outra pessoa ler e compreender o conteúdo. É assim o conceito funcional: define livro pela sua finalidade, e não pelo seu aspecto físico única e simplesmente. Eduardo Sabbag⁵⁴ segue nessa linha ao dizer que “os livros são suportes materiais utilizados à propagação de um pensamento formalmente considerado”. Além disso, ele acrescenta dizendo que:

O conceito de livro é aberto, complexo e ambíguo. Pode ser impresso em papel; pode ser um livro virtual no espaço cibernético; pode ser conter folhas soltas ou cosidas; pode vir com capa flexível ou dura; pode conter informação científica ou leviana; entre tantas outras multifacetadas possibilidades⁵⁵.

Os conceitos acabam sempre variando de geração a geração, a depender dos diversos fatores que integram a vida humana. Assim, caso esse fosse um

⁵² SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes. **A não-extensão da imunidade aos chamados livros, jornais e periódicos eletrônicos**. Revista Dialética de Direito Tributário. n.º. 33, Jun/98. P.136.

⁵³ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário Aurélio Eletrônico – século XXI**. S.1. Nova Fronteira, versão eletrônica: Lexikon Informática, 1999

⁵⁴ SABBAG, Eduardo. **Manual de direito tributário**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2015. P.380.

⁵⁵ SABBAG, Eduardo. **Manual de direito tributário**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2015. P. 381.

trabalho escrito em tempos pré-históricos, citando um exemplo absurdo apenas a título de ilustração, certamente um livro poderia ser definido num sentido pragmático como uma forma de transmissão de ideias através de desenhos em paredes de cavernas ou através de signos escritos em um pedaço de barro. Como estamos no século XXI, ainda muito contaminados pelo pensamento organizado no século XX, a primeira imagem que nos vem à cabeça ao pensar num livro, é a de um objeto físico em papel com diversas folhas envoltas por uma capa. No entanto, a revolução tecnológica dos últimos tempos tem mudado essa ideia e tornado mais comum a figura dos livros digitais. Um livro desse tipo apenas é disponível através da tela de um aparelho eletrônico, mas, ainda assim, tem a mesma finalidade dos livros em papel: transmitir mensagens de um escritor para um leitor.

Seja qual for a forma em que se apresente o livro, o importante é perceber que seu conceito é funcional. Ou seja, é livro aquilo que se preza a transmitir uma mensagem ou pensamentos formalmente organizados, seja em papel, seja num arquivo eletrônico mostrado através de uma tela digital. É assim que deve ser entendido o vocábulo “livro” na norma imunizante ora estudada. Nesse sentido, Aldemário Araújo Castro ensina que:

A toda evidência, o constituinte decidiu proteger o livro como conceito, como ideia, como instrumento de divulgação de informações e de cultura de uma forma geral. O livro referido na Constituição não pode ser entendido somente como um conjunto de folhas impressas em papel e reunidas num volume encadernado. Aquele livro representa uma organização ou sistematização de dados ou conhecimentos, em prosa ou verso, materializadas em qualquer meio hábil de acesso. O meio físico ou substrato material será definido pelos costumes e recursos técnicos da época. Não raciocinar assim é afrontar o sentido da imunidade, que merece interpretação generosa. Por outro lado, significa violentar as melhores técnicas de hermenêutica, notadamente constitucional, engessando o conteúdo da norma ou regra de direito, não a adaptando às mudanças sociais e tecnológicas.⁵⁶

Nesse sentido, o livro de que trata a imunidade do artigo 150, VI, “d”, da Constituição Federal não pode ser entendido de maneira restritiva, como fez o STF por diversas vezes até o ano de 2016 em relação à hipótese dos livros eletrônicos. A interpretação extensiva que englobe os livros em formato digital é medida que se impõe, já que o constituinte, ao criar a regra, não fez ressalvas a fim de excluir essa figura do comando imunitário. Se há apenas referência ao papel no texto constitucional como insumo para a produção de livros, isso não se dá porque o constituinte quis excluir as mídias eletrônicas, mas sim porque, à época da edição de nossa atual Carta Magna, em 1988, não se falava em tecnologias eletrônicas de fácil acesso ao consumidor por meio das quais se venderia livros. Ou seja, àquela altura, o legislador não tinha condições de saber que essa tecnologia passaria a fazer parte da vida das pessoas e, por isso, não tinha como sequer cogitar incluir expressamente essa hipótese no texto do artigo 150, VI, “d”, da Constituição Federal.

3. Análise do Julgamento

⁵⁶ CASTRO, Aldemário Araújo. **Os meios eletrônicos e a tributação**. Revista Direito em Ação. Brasília, v.2, n.1, Set./2001. P. 208.

3.1 Interpretações Restritivas e Extensivas

As interpretações são dadas em cima das imunidades, o tema em questão é imunidade tributária sobre os livros eletrônicos, nem todos que seguem a doutrina pensam na literalidade da lei, dentro disso é entendido que existem duas correntes de interpretações as restritivas e as extensivas.

Por meio deste estudo foi demonstrada a necessidade e a viabilidade de sua extensão para alcançar quaisquer suportes físicos, tais como os disquetes, CDs, DVDs ou similares eletrônicos que estejam sendo utilizados como suporte para a destinação de impressão digitalizada de jornais, periódicos e Livros “sem papel”. Incluindo também os arquivos eletrônicos, disponibilizados na internet, que são os jornais revistas e os livros eletrônicos. Trata-se de uma questão de bastante relevo diante da velocidade de expansão das novas tecnologias da informática, das telecomunicações e da informação.⁵⁷

Os que defendem a interpretação restritiva da alínea “d” do inciso VI do Art. 150 da Constituição Federal o fazem da literalidade do texto da lei, e por não admitirem que o livro em toda a sua história foi apresentado a sociedade sobre diversos suportes, sendo utilizado todos os tipos disponíveis de materiais, como meio de transporte da escrita, exemplos disso nós temos as peles de animais, cascas de árvores, bambu, argila e papel, com todo o processo do tempo foi encontrado vários suportes para que a escrita fosse levada a sociedade como um todo e seria totalmente normal que aqueles que defendem a interpretação restritiva entendessem ao ponto de saber que não é um privilégio não goza de benefício algum o fato de tratar os livros eletrônicos com imunidade tributária.

A finalidade da imunidade do livro e sua importância, defendendo que o Estado, ao tributar, não o faz somente com o intuito de arrecadar divisas, mas é um mecanismo de intervenção econômica, de justa tributação, ou seja, da função extrafiscal do tributo. Explanando mais um pouco o peso do tributo sobre a economia é muito forte, podendo facilitar, dificultar ou inviabilizar uma atividade econômica, e como se pode perceber, o Estado como o seu poder de tributar interfere sistematicamente na economia, na vida empresarial e, de um modo geral na sociedade como um todo.⁵⁸

Balthazar, traz que a imunidade tributária tem por finalidade maior constituir barreiras que impedem, constitucionalmente, a tributação pelo Poder Estatal. E é assim que o objeto deslumbra caminhos livres de impostos, assegurando os direitos fundamentais, possibilitando que se construa uma sociedade com base democrática.⁵⁹

Apesar os debates doutrinários e para que não haja excessiva construção histórica, se pode rogar que na atualidade se arqueiam dos doutrinadores sobre duas interpretações acerca da imunidade.

Conforme entendimento do julgado do RE 330817, segue o entendimento da imunidade tributária sobre livros eletrônicos e-book.

EMENTA Recurso extraordinário. Repercussão geral. Tributário. Imunidade objetiva constante do art. 150, VI, d, da CF/88.

⁵⁷ CHIARATTO, Francisco de Assis. Direito tributário. São Paulo: Âgape Editores, 2011, p.116.

⁵⁸ BALTHAZAR, Ubaldo César. *Temas do Direito Tributário*. Ubaldo César Balthazar, Marcos Rogério Palmeira. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2014, p.154.

⁵⁹ BALTHAZAR, Ubaldo César. Op. Cit, p.158.

Trata-se em apertada síntese, de comentários que tem por desiderato a interpretação do julgado supracitado.

Teleologia multifacetada. Aplicabilidade. Livro eletrônico ou digital. Suportes. Interpretação evolutiva. Avanços tecnológicos, sociais e culturais. Projeção. Aparelhos leitores de livros eletrônicos (ou e-readers).

Aduz que para interpretar a letra da lei, são levados em consideração, os avanços sofridos ao longo do tempo, tais como o acesso facilitado a informática, no contexto geral a informação, entendendo que a maior mudança tem sido nos dispositivos que traz de forma explícita o conhecimento.

1. A teleologia da imunidade contida no art. 150, VI, d, da Constituição, aponta para a proteção de valores, princípios e ideias de elevada importância, tais como a liberdade de expressão, voltada à democratização e à difusão da cultura; a formação cultural do povo indene de manipulações; a neutralidade, de modo a não fazer distinção entre grupos economicamente fortes e fracos, entre grupos políticos etc; a liberdade de informar e de ser informado; o barateamento do custo de produção dos livros, jornais e periódicos, de modo a facilitar e estimular a divulgação de ideias, conhecimentos e informações etc. Ao se invocar a interpretação finalística, se o livro não constituir veículo de ideias, de transmissão de pensamentos, ainda que formalmente possa ser considerado como tal, será descabida a aplicação da imunidade.

Informa, por fim de uma forma direta que a teologia interpretativa contida no Art. 150, VI, d, da carta magna, é voltada para uma interpretação mais extensiva, mostrando de fato que não tem relação com vantagens econômicas, ou qualquer tipo de ligação com classes sociais, sejam elas fortes ou fracas, mas sim com a liberdade de expressão e com o direito de ter acesso a informação.

2. A imunidade dos livros, jornais e periódicos e do papel destinado a sua impressão não deve ser interpretada em seus extremos, sob pena de se subtrair da salvaguarda toda a racionalidade que inspira seu alcance prático, ou de transformar a imunidade em subjetiva, na medida em que acabaria por desonerar de todo a pessoa do contribuinte, numa imunidade a que a Constituição atribui desenganada feição objetiva. A delimitação negativa da competência tributária apenas abrange os impostos incidentes sobre materialidades próprias das operações com livros, jornais, periódicos e com o papel destinado a sua impressão.

Sucedo, no entanto que para melhor limitar a competência tributária, e não tornar a imunidade em vantagem para a pessoa é evidente que após uma ponderação da imunidade subjetiva e objetiva, entender que a competência tributária recai sobre os impostos incidentais, ou seja, sobre a matéria prima.

3. A interpretação das imunidades tributárias deve se projetar no futuro e levar em conta os novos fenômenos sociais, culturais e tecnológicos. Com isso, evita-se o esvaziamento das normas imunizantes por mero lapso temporal, além de se propiciar a constante atualização do alcance de seus preceitos.

Pois bem, ao longo do tempo e com as constantes atualizações dos meios que trazem a informação seja ela por meio de livros eletrônicos ou digitais, a

informação ira chegar a quem a procura, e nesse trilhar é que o legislador através de uma interpretação teológica e utilizando da hermenêutica a regra das imunidades, se faz entender a necessidade de uma melhor interpretação a letra da lei, visando não benefícios subjetivos, mas sim evitar que se percam as normas imunizantes.

4. O Art. 150, VI, d, da Constituição não se refere apenas ao método gutenberguiano de produção de livros, jornais e periódicos. O vocábulo “papel” não é, do mesmo modo, essencial ao conceito desses bens finais. O suporte das publicações é apenas o continente (corpus mechanicum) que abrange o conteúdo (corpus mysticum) das obras. O corpo mecânico não é o essencial ou o condicionante para o gozo da imunidade, pois a variedade de tipos de suporte (tangível ou intangível) que um livro pode ter aponta para a direção de que ele só pode ser considerado como elemento accidental no conceito de livro. A imunidade de que trata o art. 150, VI, d, da Constituição, portanto, alcança o livro digital (e-book).

Nessa oportunidade, como forma de melhor entender fica explicito que não é somente o dispositivo ou a plataforma em que será disponibilizado o livro, mas é necessário que a informação saia da mente de seu criador para um mundo físico, e que de um lado é a criação no mundo espiritual que e sua manifestação no material, pois existe uma grande variedade de meios que trazem a informação e pensando um pouco mais a frente com o intuito de antecipar um problema maior com a interpretação, por isso é entendido através desta ementa, que o Art. 150,VI, d da CF/88, não é somente por método gutenberguiano e que sim abrange aos livros digitais (e-book).

5. É dispensável para o enquadramento do livro na imunidade em questão que seu destinatário (consumidor) tenha necessariamente que passar sua visão pelo texto e decifrar os signos da escrita. Quero dizer que a imunidade alcança o denominado “audio book”, ou audiolivro (livros gravados em áudio, seja no suporte CD-Rom, seja em qualquer outro).

Assim em atenção às plataformas, não é necessário que o consumidor final, tenha que ler, mas seja por meio de uma leitura ou por meio de áudio, abrangendo assim também, os áudios book, que sejam eles gravados no suporte de CD-ROM ou em outro meio que possa ser disponibilizado.

6. A teleologia da regra de imunidade igualmente alcança os aparelhos leitores de livros eletrônicos (ou e-readers) confeccionados exclusivamente para esse fim, ainda que, eventualmente, estejam equipados com funcionalidades acessórias ou rudimentares que auxiliam a leitura digital, tais como dicionário de sinônimos, marcadores, escolha do tipo e do tamanho da fonte etc. Esse entendimento não é aplicável aos aparelhos multifuncionais, como tablets, smartphome e laptops, os quais vão muito além de meros equipamentos utilizados para a leitura de livros digitais.

Dessa forma, evitando que tragam discussões futuras acerca da imunidade, é feita a distinção, das plataformas que são feitas únicas e exclusivamente para que se possam utilizar os livros eletrônicos, não comparados ou se equiparando com tabletes, smartphomes e laptops, que são aparelhos muito mais avançados, e não são apenas destinados diretamente aos livros digitais.

7. O CD-Rom é apenas um corpo mecânico ou suporte. Aquilo que está nele fixado (seu conteúdo textual) é o livro. Tanto o suporte (o CD-Rom) quanto o livro (conteúdo) estão abarcados pela imunidade da alínea d do inciso VI do art. 150 da Constituição Federal.

8. Recurso extraordinário a que se nega provimento. TESE DA REPERCUSSÃO GERAL.

Feitos esses esclarecimentos de ordem fática, é de se concluir pela total plausibilidade jurídica da tese veiculada na ementa, como será demonstrada a frente, que faz outra coisa senão atender a teologia das normas acerca da imunidade tributária, contemplando assim o CD-ROM que é considerado apenas um mecanismo, meio pelo qual será disponibilizado o conteúdo dos livros digitais.

9. Em relação ao tema nº 593 da Gestão por Temas da Repercussão Geral do portal do STF na internet, foi aprovada a seguinte tese: “A imunidade tributária constante do art. 150, VI, d, da CF/88 aplica-se ao livro eletrônico (e-book), inclusive aos suportes exclusivamente utilizados para fixá-lo”.

Sucedo, no entanto que, a interpretação extensiva à imunidade dos escritos eletrônicos, onde a ideia não é convencer de que o tema trata se de um privilégio, mas de uma norma imutável de largo alcance social possibilitando que os custos dos livros, jornais e periódicos, sob qualquer formatação ou meio de divulgação, tornassem menos onerosos, enfatizando que o “papel” destinado à impressão também fosse imune a tributação, fazendo com que toda sociedade tivesse acesso a informação de uma forma menos onerosa, independentemente de onde está veiculada.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal quanto à extensão da aplicação da imunidade tributária de que versa o artigo 150, VI, d, da Constituição da República seguiu um caminho de mudanças até os dias atuais. Em geral, essa evolução se deu partindo de uma linha de interpretação restritiva em direção a uma mais extensiva em relação àquilo que pode ser objeto dessa imunidade. Nesse sentido, por exemplo, o STF já demonstrou entendimento de que a imunidade de que trata o referido dispositivo não guarda nenhuma relação com o valor pedagógico ou cultural do livro, bastando sua qualificação dentro desse conceito para ser englobado pelo benefício tributário. Assim ficou decidido no seguinte julgado:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRIBUTÁRIO. IMUNIDADE. ARTIGO 150, VI, “D”, DA CONSTITUIÇÃO. LIVRO. CONCEITO. INEXISTÊNCIA DE RESSALVA QUANTO À QUALIDADE CULTURAL OU VALOR PEDAGÓGICO. MANUAIS TÉCNICOS. ALCANCE DO PRECEITO IMUNIZANTE. RECURSO DESPROVIDO.

(STF - RE: 935897 PR - PARANÁ, Relator: Min. LUIZ FUX, Data de Julgamento: 23/02/2016, Data de Publicação: DJe-036 26/02/2016)

O citado caso trata de manuais técnicos, aos quais foi aplicada a imunidade tributária objetiva, mas também em casos análogos a solução foi a mesma. Por exemplo, o STF decidiu que álbuns de figurinhas também se enquadram na definição de livros e, por tal motivo, fazem jus a aplicação da imunidade. Vejamos:

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. IMUNIDADE. ART. 150, VI, “D” DA CF/88. ÁLBUM DE FIGURINHAS. ADMISSIBILIDADE. 1. A imunidade tributária sobre livros, jornais, periódicos e o papel destinado à sua impressão tem por escopo evitar embaraços ao exercício da liberdade de expressão intelectual, artística, científica e de comunicação, bem como facilitar o acesso da população à cultura, à informação e à educação. 2. O Constituinte, ao instituir esta benesse, não fez ressalvas quanto ao valor artístico ou didático, à relevância das informações divulgadas ou à qualidade cultural de uma publicação. 3. Não cabe ao aplicador da norma constitucional em tela afastar este benefício fiscal instituído para proteger direito tão importante ao exercício da democracia, por força de um juízo subjetivo acerca da qualidade cultural ou do valor pedagógico de uma publicação destinada ao público infanto-juvenil. 4. Recurso extraordinário conhecido e provido.

(RE 221.239, Rel. Min. Ellen Gracie, 2ª Turma, DJ de 6/8/2004)

De modo definitivo podemos dizer que o STF entende que a aplicação dessa imunidade tributária independe do conteúdo do livro, bastando que o objeto ao qual se deseja aplicar a benesse se enquadre no conceito de livro, o qual, como vimos, tem sido estendido nos últimos tempos. Entendemos que interpretação nesse sentido é correta e fundamental, pois, já que a imunidade se propõe também a evitar casos de censura, seria bastante perigoso reduzir a extensão de sua eficácia em razão do conteúdo do livro, já que isso poderia servir de justificativa para má fé de quem não queira determinado tipo de informação circulando dentro do país. Apesar disso, é importante lembrar que existem certos objetos que não são abarcados pela imunidade, ainda que tenham formato semelhante ao de livros. Segundo Sabbag:

Excluem-se, por sua vez, escapando à imunidade e evitando o elastecimento indevido do preceito imunitório, alguns “livros” que não veiculam ideias, nem pensamentos formalmente considerado: livro de ponto, livro de bordo, livros fiscais, livro-razão, livro de atas.⁶⁰

Existe também um relato sobre a aplicação ou não da imunidade a todos os insumos utilizados na fabricação de livros, jornais ou periódicos. Parte da doutrina pondera uma postura bastante extensiva nesse sentido. Hugo Machado de Brito, por exemplo, entende que não deveria incidir nenhum imposto sobre tais insumos, nem sobre os instrumentos utilizados exclusivamente na confecção desses objetos⁶¹. Doutrina ainda mais radical entende que nem mesmo a distribuição e venda desses itens deveria ser tributada.

O STF, por sua vez, adota uma postura menos ampla. Em relação aos insumos utilizados na fabricação, o Supremo já firmou entendimento de que é a imunidade se aplica àquelas que se assemelham, de alguma forma, ao papel. Assim, como exemplo expressamente citado em diversos julgados, a imunidade se estende aos filmes e aos papéis fotográficos. Foi assim que julgou o Ministro Ricardo Lewandowski em 2011:

⁶⁰ SABBAG, Eduardo. **Manual de direito tributário**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2015. P.380.

⁶¹ MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 33.ed. São Paulo: Saraiva, 2012. P. 295.

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRIBUTÁRIO. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA DO ART. 150, VI, D, DA CF. ABRANGÊNCIA. IPMF. IMPOSSIBILIDADE. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA. AGRAVO IMPROVIDO. I – O Supremo Tribunal Federal possui entendimento no sentido de que a imunidade tributária prevista no art. 150, VI, d, da Constituição Federal deve ser interpretada restritivamente e que seu alcance, tratando-se de insumos destinados à impressão de livros, jornais e periódicos, estende-se, exclusivamente, a materiais que se mostrem assimiláveis ao papel, abrangendo, por consequência, os filmes e papéis fotográficos. Precedentes. II – A imunidade prevista no art. 150, VI, d, da Lei Maior não abrange as operações financeiras realizadas pela agravante. III – Agravo regimental improvido. (RE 504.615 AgR, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, DJe de 19/5/2011)

Além disso, o STF também já julgou procedente o pleito de estender a imunidade desses insumos à fase de comercialização. Vejamos julgado nesse sentido (grifo nosso):

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. EC Nº 01/69. FINSOCIAL. NATUREZA TRIBUTÁRIA. IMUNIDADE ASSEGURADA AO LIVRO, AO JORNAL, AO PERIÓDICO E AO PAPEL DESTINADO À SUA IMPRESSÃO. 1. A jurisprudência desta Corte, à luz da Constituição pretérita, reconheceu a natureza tributária do FINSOCIAL e a amplitude da imunidade assegurada ao livro, ao jornal, ao periódico e ao papel destinado à sua impressão, estendendo-a à fase de comercialização dos mesmos. 2. O FINSOCIAL, na presente ordem constitucional, é modalidade de tributo que não se enquadra na de imposto. É contribuição para a seguridade social, não estando abrangido pela imunidade prevista no artigo 150, VI, "d" da Carta Federal. Agravo regimental não provido. (RE 278636 AgR, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Segunda Turma, julgado em 27/03/2001, DJ 01-06-2001 PP-00082 EMENT VOL-02033-06 PP01207)

Vale destacar também que o STF entende não ser aplicável imunidade à tinta destinada à produção de livros, periódicos e jornais, bem como a serviços de distribuição, conforme vemos nos seguintes julgados (grifos nossos):

ICMS. Tinta para impressão de livros, jornais, revistas e periódicos. Não ocorrência de imunidade tributária. - Esta Corte já firmou o entendimento (a título exemplificativo, nos RREE 190.761, 174.476, 203.859, 204.234, 178.863 e 267.690) de que apenas os materiais relacionados com o papel - assim, papel fotográfico, inclusive para fotocomposição por laser, filmes fotográficos, sensibilizados, não impressionados, para imagens monocromáticas e papel para telefoto - estão abrangidos pela imunidade tributária prevista no artigo 150, VI, "d", da Constituição. - No caso, trata-se de tinta para impressão de livros, jornais, revistas e periódicos, razão por que o acórdão recorrido, por ter esse insumo como abrangido pela referida imunidade, e, portanto, imune ao ICMS, divergiu da jurisprudência desta Corte. Recurso extraordinário conhecido e provido. (RE 265025, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Primeira Turma, julgado em 12/06/2001, DJ 21-09-2001 PP-00054 EMENT VOL-02044-02 PP-00445)

TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ART. 150, VI, d, DA CF. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA. SERVIÇOS DE DISTRIBUIÇÃO DE LIVROS, JORNAIS E PERIÓDICOS. ABRANGÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. REVOGAÇÃO DE LEI MUNICIPAL POR DECRETO. ANÁLISE. ÓBICE DA SÚMULA 280/STF. 1. O Supremo Tribunal Federal possui jurisprudência firmada de que os serviços de distribuição de livros, jornais e periódicos não são abrangidos

pela imunidade tributária estabelecida pelo art. 150, VI, d, da Constituição Federal (RE 630462 AgR, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Segunda Turma, DJe de 07-03-2012; RE 530121 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, DJe de 29-03-2011). 2. Agravo regimental a que se nega provimento. (RE 568454 AgR, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 11/06/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-148 DIVULG 31-07-2013 PUBLIC 01-08-2013).

O STF tardou a entender isso, já que, como vimos, alguns Tribunais Regionais Federais já demonstravam tal postura em relação a essa questão há algum tempo, mas ele também acabou chegando à mesma forma de interpretar. Tudo começou quando, em 2012, foi reconhecida a repercussão geral do RE 330817. Nesse caso, o Estado do Rio de Janeiro questionava decisão em mandado de segurança do Tribunal de Justiça local, impetrado por uma editora, que reconhecia a imunidade para um livro digital denominado “Enciclopédia Jurídica Eletrônica” e para o CD-ROM que o dava suporte. Em votação unânime, o plenário do STF, em março de 2017, decidiu que livros eletrônicos e os suportes que possibilitam sua leitura são alcançados pela imunidade do artigo 150, VI, “d”, da Constituição.

Para chegar a essa conclusão, o ministro Dias Toffoli (relator) relembrou o motivo da criação da ora abordada imunidade tributária, a qual se vincula à temática das antigas ações censórias. Ou seja, a imunidade teve como escopo primeiro promover a liberdade de expressão e de comunicação, evitando censura. Além disso, o ministro levanta em seu voto a questão da neutralidade da imunidade, segundo a qual, a imunidade não pode eliminar os grupos de informação economicamente menos poderosos, no que, certamente, os meios eletrônicos de difusão da informação têm papel de máxima relevância.

Considerações Finais

As imunidades tributárias são normas jurídicas fundamentais para o bom funcionamento do sistema tributário nacional. São elas que, juntamente com os princípios tributários, estabelecem os limites básicos para o poder estatal de tributar os contribuintes. Ora, qualquer Estado Democrático de Direito precisa respeitar os direitos e garantias individuais e, dentro do direito tributário, as imunidades têm papel de fundamental importância nesse sentido. Isso porque o Estado tem necessidades financeiras e, sob a perspectiva do pacto social que possui com a população, é essencial a cobrança de tributos. No entanto, isso não pode se dar de modo desmedido, sob pena de inviabilizar a boa convivência em sociedade. Nesse ponto, cada uma das imunidades tributárias trazidas pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 tem sua particular importância.

No que tange à preservação da liberdade de imprensa e liberdade de expressão, a imunidade principal nesse intento é a dos livros, jornais, periódicos e do papel usado na fabricação desses produtos. Como foi visto, nenhuma norma surge do nada, há sempre um contexto histórico que leva a sua construção, e não foi diferente nesse caso. Surgida em um contexto de censuras usuais, a imunidade de imprensa surgiu por necessidade e se transformou em norma fundamental para a sociedade brasileira.

No entanto, transformações tecnológicas alteraram a forma como a sociedade trata com diversas questões, entre elas a questão da comunicação e da imprensa. Livros deixaram de ser apenas objetos feitos de papel, bem como os

jornais e outros periódicos. Surgiram os dispositivos digitais, revolucionando a leitura humana como jamais antes visto. O próprio conceito de livro mudou com a aceção dos livros digitais. A sociedade naturalmente se adaptou para essa nova realidade: jornais diminuíram seus investimentos em material físico e ampliaram seu mercado digital, livrarias investiram na venda de conteúdo digital, entre outras mudanças.

É necessário também que as normas sejam moldadas a essa nova perspectiva. No caso da aplicação da imunidade tributária aos livros digitais, essa adaptação não foi instantânea, mas acabou por acontecer. Ela refletiu uma lógica que o Supremo Tribunal Federal já adotava, no sentido de uma interpretação extensiva do ditame do artigo 150, VI, “d”, da Constituição Federal, o que abriu caminho para aplicação da imunidade também na referida hipótese. O STF agiu, portanto, segundo a mais correta maneira de proceder em relação à hermenêutica normativa nesse caso: interpretar o texto constitucional sob a perspectiva contemporânea da sociedade, trazendo, pois, as hipóteses dos dispositivos digitais para a guarida do benefício imunizante.

Não é mais necessário a ponderação do meio que esta veiculado, através dessa mutação constitucional, onde não se muda o texto da carta magna, mas a sua interpretação, com tudo é extremamente importante, interpretação extensiva a respeito da imunidade tributária sobre os livros eletrônicos digitais, tendo em vista que este é um meio ou melhor dizendo uma maneira, para que todos tenham facilidade ao acesso a informação.

O tema foi bem discutido depois de várias análises, o excelentíssimo Ministro Dias Toffoli (relator), foi bem cirúrgico no estudo e na escolha de seu voto, levantando informações importantíssimas, fazendo um breve relato sobre a história, conceituando não somente a imunidade tributária, mas os meios de veiculação da informação, facilitando ainda mais o acesso a informação, não restringindo as editoras a uma limitação de publicações de livros, artigos científicos, áudio book e etc.

Para que hoje seja considerada a interpretação extensiva da alínea “d” do inciso VI do Art. 150 da Constituição Federal foi questionado alguns aspectos antes de ser levado em conta a literalidade do texto da lei, e por uma parte da corrente não admitir que o livro em toda a sua história foi apresentado a sociedade sobre diversos suportes, sendo utilizado todos os tipos disponíveis de materiais, como meio de transporte da escrita, exemplos disso nós temos as peles de animais, cascas de árvores, bambu, argila e papel, com todo o processo do tempo foi encontrado vários suportes para que a escrita fosse levada a sociedade como um todo e seria totalmente normal que aqueles que defendem a interpretação restritiva entendessem ao ponto de saber que não é um privilégio não goza de benefício algum o fato de tratar os livros eletrônicos com imunidade tributária.

Trata-se de uma norma imutável de largo alcance social possibilitando que os custos dos livros, jornais e periódicos, sob qualquer formatação ou meio de divulgação, tornassem menos onerosos, enfatizando que o “papel” destinado à impressão também fosse imune a tributação, fazendo com que toda sociedade tivesse acesso a informação de uma forma menos onerosa, independentemente de onde está veiculada.

Fica ainda mais evidente que a interpretação extensiva do texto da lei que possibilita a todos mais conhecimento, por esta razão que foi necessária uma breve explanação, no sentido geral, sobre a Imunidade, e nesse trilhar entender que,

quando falamos de imunidade, temos o conhecimento de que está inserida no texto constitucional como vedações a competência tributária.

A constituição e somente ela, pode impedir, que certos acontecimentos, ligados a pessoas e bens, possam ser recebidos pela hipótese de incidência dos impostos e, conseqüentemente, por essa determinação, apesar de iguais aqueles, fique dela excluídos, permanecendo, então, obrigatoriamente, dentro do campo da não incidência, assim conclui-se a interpretação extensiva da imunidade tributária sobre livros eletrônicos, após jurisprudência do STF, interpretando o texto da lei como extensiva e não restritiva.

Referências

- AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. 14.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- BALTHAZAR, Ubaldo César. **Temas do Direito Tributário**. Ubaldo César Balthazar, Marcos Rogério Palmeira. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2014
- BELTRÃO, Irapuã. **Curso de Direito Tributário**. 5.ed. São Paulo, Atlas S.A. 2014.
- BRITO MACHADO, Hugo de. **Curso de Direito Tributário**. 28.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.
- BALEEIRO, Aliomar. **Direito tributário brasileiro**. 13.ed. 2015.
- BALEEIRO, Aliomar. **Limitações Constitucionais ao poder de tributar**. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977.
- BALEEIRO, Aliomar. **Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar**. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- BOBBIO, Norberto. O significado clássico e moderno de política. In: **Curso de introdução à ciência política**. Brasília: Universidade de Brasília, 1982. V.7.
- CASSONE. Vittorio. **Direito tributário: fundamentos constitucionais da tributação, definição de tributos e suas espécies, conceito e classificação dos impostos, doutrina, prática e jurisprudência**.19.ed. São Paulo. Atlas. 2012.
- CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 28.ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 20.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CARRAZZA, Roque Antonio. **A Imunidade Tributária das Empresas Estatais Delegatárias de Serviços Públicos**: um estudo sobre a imunidade tributária da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT. São Paulo: Malheiros, 2004.

CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário**. 24.ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

CASSIANO, Adão Sérgio do Nascimento. **Direito Tributário**. Adão Sergio do Nascimento Cassiano; Igor Danilevicz; Maurício Batista Berni. Porto Alegre: Síntese, 2013.

Constituição Brasileira. (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

CASTRO, Aldemário Araújo. Os meios eletrônicos e a tributação. **Revista Direito em Ação**. Brasília, v.2, n.1, Set./2001.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de direito tributário brasileiro**: comentários à Constituição Federal e ao Código Tributário Nacional. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

COSTA, Regina Helena. **Curso de direito tributário**: Constituição e Código Tributário Nacional. São Paulo: Saraiva, 2009.

CHIARATTO, Francisco de Assis. **Direito Tributário**. São Paulo: Ágape, 2011.

CHIMENTI, Ricardo Cunha. **Direito Tributário**. 17.ed. Vol. 16. Saraiva: 2014.

GONÇALVES, Jonas Rodrigo. Como escrever um Artigo de Revisão de Literatura. **Revista JRG de Estudos Acadêmicos**, Ano II, Vol.II, n.5, 2019.

GONÇALVES, Jonas Rodrigo. Como fazer um Projeto de Pesquisa de um Artigo de Revisão de Literatura. **Revista JRG de Estudos Acadêmicos**, Ano II, Vol.II, n.5, 2019.

GONÇALVES, Jonas Rodrigo. **Manual de Artigo de Revisão de Literatura**. Brasília: Processus, 2019.

GONÇALVES, Jonas Rodrigo. **Manual de Monografia no Sistema Autor-Data**. Brasília: Processus, 2019.

GONÇALVES, Jonas Rodrigo. **Manual de Projeto de Pesquisa**. Brasília: Processus, 2019.

GONÇALVES, Jonas Rodrigo. **Metodologia Científica e Redação Acadêmica**. 7. Ed. Brasília: JRG, 2015.

GONÇALVES, Jonas Rodrigo. **Metodologia Científica e Redação Acadêmica**. 8. ed. Brasília: JRG, 2019.

GOUVÊA, Marcus de Freitas. **A incidência do Imposto sobre Produtos Industrializados na Importação de Veículos Automotores Destinados a Consumidor Final.** Revista Dialética de Direito Tributário 195. Dialética. Dezembro 2011.

HARADA, Kiyoshi. **Direito Financeiro e Tributário.** 6.ed. São Paulo: Atlas, 2012.

ICHIHARA, Yoshiaki. **Direito Tributário.** 18.ed. São Paulo, Atlas S.A. 2012

LAPATZA, José Juan Ferreiro. **Direito Tributário - Teoria Geral do Tributo.** Marcial Pons - Barueri: Manole, 2014.

MARTINS, Ives Granda da Silva. **Curso de Direito Tributário.** 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MAZZA, Alexandre; **Manual de Direito Tributário.** 3.ed. São Paulo: Saraiva; 2017.

MARTINS, Sergio Pinto. **Manual de Direito Tributário.** 9.ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MENDES, Karina de Brito Seco. **Introdução ao Estudo de IPI.** Vol. VI. Sage 2017.

NUNES, Rizzato. **Curso de Direito do Consumidor.** 2.ed. São Paulo. Saraiva: 2013.

SABBAG, Eduardo. **Manual de Direito Tributário.** 9.ed. São Paul, Saraiva: 2017.

SABBAG, Eduardo. **Manual de Direito Tributário.** 4.ed. São Paulo, Saraiva: 2012.

SABBAG, Eduardo de Moraes: **Direito Tributário.** 12.ed. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais. 2012.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário Aurélio Eletrônico – século XXI.** S.1. Nova Fronteira, versão eletrônica: Lexikon Informática, 1999.

FERREIRA SOBRINHO, José Wilson. **Imunidade Tributária.** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1996.

MACHADO. Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário.** 33.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

NOGUEIRA, Ruy Barbosa. **Curso de Direito Tributário.** 14.ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

NOGUEIRA, Ruy Barbosa. **Curso de Direito Tributário.** 5.ed. São Paulo: Saraiva, 1980.

SABBAG, Eduardo. **Manual de direito tributário**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes. A não-extensão da imunidade aos chamados livros, jornais e periódicos eletrônicos. **Revista Dialética de Direito Tributário**. nº. 33, Jun/98.

TAVARES, Alexandre Macedo. **Fundamentos do direito tributário**. 3.ed. Florianópolis: Momento Atual, 2006.

TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de direito financeiro e tributário**. 12.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional, financeiro e tributário** – os direitos humanos e a tributação: imunidades e isonomia. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. V. III.



Revista Processus de Estudos de Gestão, Jurídicos e Financeiros.

ISSN: 2237-2342 (impresso)
L-ISSN: 2178-2008 (on-line)

Ano X, Vol.X, n.39, jul./dez., 2019.

Tramitação editorial:
Data de submissão: 30/07/2019.
Data de reformulação: 15/09/2019.
Data de aceite definitivo: 30/11/2019.
Data de publicação: 20/12/2019.

Editor Responsável: Me. Jonas Rodrigo Gonçalves.

TERCEIRIZAÇÃO E SUAS IMPLICAÇÕES NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA¹

OUTSOURCING AND ITS IMPLICATIONS IN PUBLIC ADMINISTRATION

Esp. Danilo Felício Gonçalves Ferreira²

RESUMO

A terceirização de mão de obra e de serviços é uma tendência mundial que começou na iniciativa privada brasileira e passou também a ser utilizada pela Administração Pública. É uma ferramenta de gestão, materializada por meio de contrato, que possibilita redução de custos e especialização na prestação dos serviços ou fornecimento de bens, além de permitir que o contratante se concentre em suas atividades principais, tornando-se mais competitivo. Assim como na iniciativa privada, a administração pública tenta a diminuição do aparelhamento estatal, usando parcerias, a privatização, a desestatização e outras formas; todas elas voltadas a esse objetivo. Para isto, surgiu a inserção de alguns institutos no ordenamento jurídico, acolhidos tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência, para regular a intervenção estatal no controle econômico; a delegação dos serviços públicos, acordos de colaboração com o setor privado, como os contratos de prestações de serviços onde insere a terceirização. O presente trabalho expõe a problemática acerca da terceirização na Administração Pública, sob uma

¹ © Todos os direitos reservados. A Revista Processus de Estudos de Gestão, Jurídicos e Financeiros, bem como a Faculdade Processus (mantenedora do periódico) não se responsabilizam por questões de direito autoral, cuja responsabilidade integral é do(s) autor(es) deste artigo. A revisão linguística e metodológica deste artigo foi feita pelo(s) autor(es) deste artigo.

² Advogado, aprovado no exame da Ordem dos Advogados do Brasil (2007). Bacharel em Direito (2006) pela FDCL - Faculdade de Direito de Conselheiro Lafaiete. Pós-Graduado em Direito Público pela UCAM - Universidade Cândido Mendes (2009). Pós-Graduado em Direito Material e Processual do Trabalho (2011). Membro Colaborador da Comissão de Direitos Sociais e Trabalhistas da OAB/MG. Sócio proprietário do Escritório de Advocacia DF Sociedade de Advogados. Cursando matérias isoladas no Mestrando Fumec - Instituições Sociais, Direito e Democracia

perspectiva jurídico-administrativa. Para tanto, vale-se de metodologia de cunho crítico-dialética a partir da análise das normas específicas, entre elas as decorrentes da Nova Lei n. 13429/2017.

Palavras-chave: Administração Pública, terceirização, responsabilidade, Súmula 331, Nova Lei 13429, Concurso Público.

ABSTRACT

The outsourcing of labor and services is a global trend that began in the Brazilian private sector and was also used by the Public Administration. It is a management tool, materialized through a contract, which enables cost reduction and specialization in the provision of services or supply of goods, as well as allowing the contractor to concentrate on its main activities, becoming more competitive. , Public administration attempts to reduce state rigging, using partnerships, privatization, privatization, and other forms; All of them focused on this goal. To that end, the insertion of some institutes in the legal system received by both doctrine and jurisprudence, to regulate the state intervention in the economic control; The delegation of public services, agreements of collaboration with the private sector, such as contracts for the provision of services where outsourcing is inserted. The present paper exposes the problem of outsourcing in the Public Administration from a legal-administrative perspective. For that, it uses a critical-dialectic methodology based on the analysis of the specific norms, among them those derived from the New Law n. 13429/2017.

keywords: Public Administration, outsourcing, responsibility, Summary 331, New Law 13429, Public Tender.

1. INTRODUÇÃO

A terceirização de mão de obra e de serviços é uma tendência mundial que começou na iniciativa privada brasileira e passou também a ser utilizada pela Administração Pública. É uma ferramenta de gestão, materializada por meio de contrato, que possibilita redução de custos e especialização na prestação dos serviços ou fornecimento de bens, além de permitir que o contratante se concentre em suas atividades principais, tornando-se mais competitivo.

As constantes mudanças na sociedade também determinam mudanças estruturais significativas na atuação do Estado. Reflexos até mesmo na Constituição da República de 1988, como no art. 37, caput, modificado posteriormente pela Emenda Constitucional n. 19, de 04/06/1998, que trouxe, entre outras alterações, o princípio da eficiência como norteador da atuação da Administração Pública.

Assim como na iniciativa privada, a administração pública tenta a diminuição do aparelhamento estatal, usando parcerias, a privatização, a

desestatização e outras formas; todas elas voltadas a esse objetivo. Para alcançar este objetivo, surgiu a inserção de alguns institutos no ordenamento jurídico, acolhidos tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência, para regular a intervenção estatal no controle econômico; a delegação dos serviços públicos, acordos de colaboração com o setor privado, como os contratos de prestações de serviços, onde insere a terceirização.

O tema é constantemente discutido e as normas e os entendimentos jurisprudenciais evoluem à medida que novas questões se tornam controversas.

O presente trabalho expõe a problemática acerca da terceirização na Administração Pública, sob uma perspectiva jurídico-administrativa. Para tanto, vale-se de metodologia de cunho crítico-dialética a partir da análise das normas específicas, entre elas as decorrentes da Nova Lei n. 13429/2017.

Preliminarmente, serão apontados os aspectos gerais da terceirização, no Direito do Trabalho, atividade meio e atividade fim, partindo para Terceirização na Administração Pública, responsabilidade solidária/subsidiária sob a ótica do Direito Administrativo. Serão abordados, dentre outros, nova redação da Súmula 331 do TST, após o julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16, do Supremo Tribunal Federal, no tocante à responsabilidade do Poder Público na fiscalização do cumprimento das obrigações legais e contratuais da empresa prestadora de serviços, em relação aos trabalhadores e suas alterações.

2. TERCEIRIZAÇÃO TRABALHISTA

2.1. Conceito, Origem e Evolução Histórica

A concepção de trabalho sofreu diversas alterações ao longo da história. Primeiro com os escravos e depois na Idade Média com os Senhores Feudais e seus servos.

Prosseguiu-se a Idade Moderna, caracterizada, de um lado, pela tentativa de manutenção da nobreza no poder, através da figura do monarca, e de outro, da burguesia, que buscava cada vez ampliar suas práticas comerciais,

para afirmar-se definitivamente no cenário econômico. (DELGADO apud Brito (2011)³.

Ricardo de Moura Faria citado por Delgado apud Brito (2011), observa que:

Assim, na medida em que as corporações foram se especializando, surgiram, através de processo concomitante, pequenas e rudimentares indústrias manufatureiras que introduziram, no processo produtivo, elementos considerados próprios a uma nova estrutura produtiva, caracterizada pela divisão sistemática do trabalho e pela introdução do pagamento salarial aos trabalhadores. (DELGADO apud BRITO, 2011, p. 25)⁴.

A CLT fez menção a apenas duas figuras delimitadas de subcontratação de mão de obra: a empreitada e a subempreitada, em seu artigo 455, englobando também a figura da pequena empreitada, no artigo 652, a, III. À época de elaboração da CLT, na década de 1940, a terceirização⁵ não constituía fenômeno com a abrangência assumida nos últimos 30 anos do século XX, nem sequer merecia qualquer expressão designativa especial.

Em 1966, os Decretos-leis 1.212 e 1.216 permitiram aos bancos contratarem serviços de segurança por empresas particulares de segurança bancária e em 1974 foi editada no Brasil a primeira norma que efetivamente tratou da terceirização, a Lei 6.019 de 3 de janeiro de 1974, que regulou a prática

³ BRITO. Dayane Cristine Souza de. Terceirização como Paradigma ensejador da Precarização ds Condições de Trabalho. Monografia PUC MINAS - Arcos -2011. <http://docplayer.com.br/15549498-Www-conteudojuridico-com-br.html>. Acesso em 24 de jun de 2017.

⁴ BRITO. Dayane Cristine Souza de. Terceirização como Paradigma Ensejador da Precarização das Condições de Trabalho. Monografia PUC MINAS - Arcos -2011. <http://docplayer.com.br/15549498-Www-conteudojuridico-com-br.html>. Acesso em 24 de jun de 2017.

⁵ Maurício Godinho pondera por tal fenômeno insere-se o trabalhador no processo produtivo do tomador de serviços sem que se estendam a este os laços justralhistas, que se preservam fixados com uma entidade interveniente. A Terceirização provoca uma relação trilateral em face da contratação de força de trabalho no mercado capitalista: o obreiro, prestador de serviços, que realiza suas atividades materiais e intelectuais junto à empresa tomadora de serviços; a empresa terceirizante, que contrata este obreiro, firmando com ele os vínculos jurídicos trabalhistas pertinentes; a empresa tomadora de serviços, que recebe a prestação de labor, mas não assume a posição clássica de empregadora desse trabalhador envolvido. DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012

do trabalho temporário, o qual já ocorria em larga escala no mercado de modo informal (MARTINS, 2012, p.16-17) ⁶.

Em 10/12/1970, a Lei n. 5.645, em seu art.3º, parágrafo único, conforme Maria Sylvia Z. Di Pietro (2015) ⁷ permitiu que as atividades relacionadas com transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outras assemelhadas fossem, de preferência, objeto de execução indireta, mediante contrato, de acordo com o art. 10, § 7º, do Decreto-Lei n. 200.

Posteriormente, foi sancionada em 1983 a Lei 7.102, que tratava da segurança dos estabelecimentos financeiros e permitia a exploração de serviços de vigilância e de transporte de valores nesse setor.

Conforme Guerra e D’Amato (2016) ⁸, seguindo a linha cronológica, já no âmbito privado, a Lei n. 6.019, de 31/01/1974, dispôs sobre a possibilidade de trabalho temporário, de até três meses, para atender à necessidade transitória, não constituindo vínculo empregatício dos tomadores de serviço. No mesmo sentido, a Lei n. 7.112, de 20/06/1983, trouxe amparo legal para a terceirização dos serviços de segurança, vigilância e transporte de valores. Esse contexto de flexibilização, cada vez mais comum, impulsionou o Tribunal Superior do Trabalho (TST), por meio da Resolução n. 4, de 22 de setembro de 1986, a introduzir o Enunciado n. 256, que dispunha: “salvo nos casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis n. 6.019, de 31/01/74 e n. 7.102, de 20/06/83, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador de serviços”. A princípio, o enunciado não se aplicava à administração pública direta, uma vez que trazia apenas as exceções previstas para o setor privado, em desapeço à Lei n. 5.645/70 e ao Decreto-Lei n. 200/67.

Posteriormente, a Constituição da República de 1988 dispôs no art. 37, II, acerca da necessidade de aprovação prévia em concurso público para a investidura em cargo ou emprego público. No mesmo artigo, o inciso IX prevê a contratação temporária, e o inciso XXI trata da obrigatoriedade de realização do

⁶ MARTINS, Sérgio Pinto. A terceirização e o direito do trabalho. 12. ed. rev. ampl. São Paulo: Atlas, 2012

⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

⁸ GUERRA, Evandro Martins. D’AMATO, Mariana Coelho. Terceirização na Administração Pública. Revista TCEMG Belo Horizonte v. 34 n. 4 p. 27-41 out./dez. 2016

procedimento licitatório para as obras, serviços, compras e alienações contratadas; uma vez que tais contratos já existiam, frisou-se apenas a necessidade de licitação, inclusive no âmbito da administração indireta. Nas palavras de Maria Sylva Z. Di Pietro (2015)⁹ a redução de custos e a idéia de maior eficiência fundamentaram o aumento da utilização da colaboração do particular pela Administração. A terceirização é muito utilizada na iniciativa privada, vem se incorporando como um dos institutos mediante os quais a Administração Pública moderna busca a parceria com o setor privado para a realização de suas atividades. Assim, constitui umas das formas de privatização (em sentido amplo) de que vem se socorrendo a Administração Pública.

Já em 5 de abril de 1993, o Ministério Público do Trabalho (MPT) instaurou Inquérito Civil Público para apurar uma denúncia de que o Banco do Brasil estaria terceirizando atividades bancárias, omitindo-se no dever de realizar concurso público mesmo após ter assinado Termo de Compromisso. Naquela época havia muita pressão para a flexibilização do Enunciado n. 256, que só permitia a terceirização de serviços de vigilância. No mesmo sentido, também havia jurisprudência abrindo exceções à sua aplicabilidade, legitimando determinados contratos de terceirização. Biavaschi e Droppa apud Guerra e Amaranto (2016)¹⁰

Diante das circunstâncias, o subprocurador-geral do MPT encaminhou ao TST pedido de alteração do Enunciado n. 256, para que fosse expressa a ilegalidade da contratação para serviços de limpeza e digitação, exceto para as empresas públicas, as sociedades de economia mista e os órgãos da administração direta, autárquica e fundacional.¹¹ A Comissão de Súmula, visando atingir também o setor privado, ampliou ainda mais as possibilidades de terceirização, sendo aprovada a Súmula n. 331.¹²

2.2 Trabalhos ligados a atividades meio e atividade fim

O § 2º do art. 581 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) conceitua atividade-fim como: “a que caracterizar a unidade do produto, operação ou objetivo final, para cuja obtenção todas as demais atividades convirjam,

⁹ Di Pietro (2015) Op. Cit

¹⁰ GUERRA, Evandro Martins.D'AMATO, Mariana Coelho. Terceirização na Administração Pública. Revista TCEMG Belo Horizonte v. 34 n. 4 p. 27-41 out./dez. 2016

¹¹ Ibidem

¹² Assunto abordado neste trabalho em outro item

exclusivamente em regime de conexão funcional.” Para Maurício Godinho, as atividades-fim podem ser conceituadas como “as funções e as tarefas empresariais e laborais que se ajustam no núcleo da dinâmica empresarial do tomador de serviços, compondo a essência dessa dinâmica e contribuindo inclusive para a definição de seu posicionamento e classificação no contexto empresarial e econômico”¹³

Com relação as atividades-meio, o autor ressalta que são as “referidas pela Lei n. 5.645 de 1970”, bem como “outras atividades meramente instrumentais, de estrito apoio logístico ao empreendimento (serviços de alimentação aos empregados do estabelecimento etc.)”¹⁴

Um dos elementos definidores da terceirização envolve a realização de atividades que não constituem o objeto principal do tomador, entendimento esposado pela doutrina e pela jurisprudência dominante, expresso na Súmula n. 331 do Tribunal Superior do Trabalho (TST) que, em suma, considera ilícita a terceirização da atividade-fim.

De fato, não existe lei proibindo a terceirização da atividade principal da empresa, mas há uma presunção relativa de que haveria fraude aos direitos trabalhistas, consoante a lógica do art. 3º da Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT): “Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.”¹⁵

Nesse sentido, os requisitos de pessoalidade (pessoa específica que deve realizar o trabalho, devido às suas próprias qualidades), onerosidade (retribuição pecuniária), não eventualidade (contrato de duração) e subordinação (situação em que empregador exerce seus poderes diretivo, hierárquico e disciplinar sobre o empregado) estabelecidos pelo dispositivo citado, se cumulados, culminará na caracterização de uma relação de emprego, trazendo para o empregador todas as responsabilidades jurídicas e trabalhistas próprias da relação.

Os requisitos de onerosidade e não eventualidade são inerentes a todo contrato de trabalho e, na realização da atividade principal da empresa,

¹³ DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012

¹⁴ DELGADO, Maurício Godinho. Op. Cit

¹⁵ GUERRA, Evandro Martins.D’AMATO, Mariana Coelho. Terceirização na Administração Pública. Revista TCEMG Belo Horizonte v. 34 n. 4 p. 27-41 out./dez. 2016

difícilmente não estarão presentes os demais requisitos da subordinação e da personalidade.

Assim, a terceirização será ilícita, caracterizando, nesse caso, apenas uma relação de emprego travestida

2.3. Terceirização na Administração Pública

Maria Sylvia Di Pietro, (2016)¹⁶ diz que partir da década de 80, a Administração Pública brasileira iniciou um processo de reforma, visando reduzir o tamanho do seu aparelhamento administrativo, tornando-a mais flexível, eficiente e voltada para o atendimento ao cidadão. Surge o instituto da privatização, em sentido amplo, o qual compreendia, dentre outros, a quebra de monopólios de atividades exercidas exclusivamente pelo poder público, a delegação de serviços públicos aos particulares e a terceirização, na qual se buscava a colaboração de entidades privadas no desempenho de atividades acessórias da Administração.

Posteriormente, em 1997, foi editado o Decreto Federal 2.271/1997, que veio para disciplinar a contratação de serviços na Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional, estabelecendo um rol de atividades que devem ser preferencialmente executadas de forma indireta: conservação, limpeza, segurança, vigilância, transportes, informática, copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicações e manutenção de prédios, equipamentos e instalações.¹⁷

Segundo os ensinamentos de MARTINS (2012, p.152-156)¹⁸, “a Administração Pública somente pode adotar formas de terceirização previstas em lei, sob pena de ilegalidade do ato e responsabilização do agente que o praticou e, em regra, devem ser precedidas de licitação.” Tendo em vista essa obrigatoriedade, o autor apresenta algumas formas de terceirização, em sentido amplo, permitidas para a Administração Pública:

1. Contratação temporária de servidores para atender à necessidade transitória de excepcional interesse público nos casos de calamidade pública, combate a surtos

¹⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

¹⁷ Napoleão,

¹⁸ MARTINS, Sérgio Pinto. A terceirização e o direito do trabalho. 12. ed. rev. ampl. São Paulo: Atlas, 2012

endêmicos, recenseamentos, admissão de professores substitutos ou visitantes, atividades especiais nas organizações das Forças Armadas para atender à área industrial ou encargos temporários e serviços de Engenharia, consoante os artigos 1º e 2º da Lei nº 8.745/93.

2. Concessão e permissão da prestação de serviços públicos, regulado pela Lei nº 8.987/95. Sendo que a concessão “é o contrato administrativo em que a Administração Pública delega a outrem a execução de um serviço, obra pública, ou cede o uso de um bem público, para que o execute por sua conta e risco, no prazo e condições estabelecidas, mediante tarifa paga pelo usuário ou outra forma de remuneração” (MARTINS, 2012 p.153) e a permissão “é um ato administrativo unilateral, discricionário, precário, gratuito ou oneroso, em que a Administração Pública delega ao particular a execução de um serviço público ou a utilização de um bem público” (MARTINS, 2012 p.154).

3. Execução de serviços de saúde e ensino pela iniciativa privada como forma de complementar os sistemas públicos, conforme artigos 199 §1º e 209 da Lei Magna (MARTINS, 2012, p.155)¹⁹.

Logo, com o escopo de não só desincumbir-se da obrigação constitucional de prestar diretamente tais serviços à população, mas também o de diminuir o dispêndio de receitas, o Poder Público, a partir da reforma constitucional operada pela Emenda Constitucional nº 19/98, e pela regulamentação por meio de leis ordinárias, engendrou meios para transmitir seus encargos à estas entidades privadas sem fins lucrativos. Deste modo, legitimou-se a delegação da obrigação estatal de prestar serviços sociais para tais entidades, mediante o recebimento de uma série de benefícios e incentivos por parte do Poder Público.

Uma das principais medidas utilizadas para essa finalidade é o contrato de gestão, o qual visa a “instituir parceria entre o poder público e uma organização não governamental qualificada pelo poder público, sob certas condições, para prestar atividade de interesse público mediante variadas formas de fomento pelo Estado”, conforme ensina Di Pietro²⁰.

¹⁹ MARTINS, Sérgio Pinto. A terceirização e o direito do trabalho. 12. ed. rev. ampl. São Paulo: Atlas, 2012

²⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquias, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

Conforme Guerra e D'Amato (2016)²¹ O Projeto de Lei n. 4.330/2004, aprovado recentemente pela Câmara dos Deputados e em tramitação no Senado Federal, é o instrumento que se propõe a promover a regulamentação do tema, contudo comporta várias questões complexas e controversas, entre elas, especialmente, a possibilidade de serem terceirizadas as atividades-fim no âmbito público. O PL n. 4.330/2004 trata basicamente de quatro grandes temas: a abrangência das terceirizações tanto para as atividades-meio como para as atividades-fim; a responsabilidade exclusiva da empresa terceirizada quanto às obrigações trabalhistas, cabendo à contratante tão só fiscalizar; a representatividade sindical, que passa a ser do sindicato da empresa contratada e não da contratante e, ainda, a terceirização no setor público. Em face do princípio da hierarquia das normas, aprovado o PL n. 4.330, afastada será a Súmula n. 331 do TST, e nos casos de empresas que terceirizam para a administração e não cumprem com suas obrigações não haverá a responsabilização da tomadora.

2.4. Responsabilidade subsidiária/solidária na Administração Pública

No contrato de terceirização, “a Administração Pública pode responder pelos encargos trabalhistas e previdenciários da força de trabalho utilizada na prestação de serviços, caso haja inadimplemento da contratada” (SEKIDO, 2010, p. 31)²².

Esta imputação à Administração Pública tem origem na necessidade de preservar os direitos laborais que, em virtude da terceirização, já estavam sendo amplamente flexibilizados e precarizados. A responsabilidade solidária trabalhista, com fulcro no art. 8º, parágrafo único, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), possui respaldo jurídico no art. 265 do Código Civil (CC), o qual

²¹ GUERRA, Evandro Martins. D'AMATO, Mariana Coelho. Terceirização na Administração Pública. Revista TCEMG Belo Horizonte v. 34 n. 4 p. 27-41 out./dez. 2016

²² SEKIDO, Amelia Midori Yamane. Terceirização na administração pública: a gestão e a fiscalização dos contratos. 2010. 61 f. Monografia, 2010. Disponível em: <<http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2055866.PDF>>. Acesso em: 21 jun. 2017.

dispõe que “a solidariedade não se presume; resulta da lei ou da vontade das partes” (BRASIL, 2002, não paginado)²³.

Martins (2012, p. 135)²⁴, ao explicar como se manifesta a responsabilidade solidária, afirma que:

“Há solidariedade quando, existindo multiplicidade de credores ou de devedores na obrigação, ou de uns e outros, cada credor tem direito à totalidade da prestação, como se fosse o único credor, ou cada devedor estará obrigado pelo débito todo, como se fosse o único devedor.”

Nesse ínterim, a responsabilidade solidária prevê que a Administração Pública, enquanto tomadora dos serviços terceirizados detém a mesma responsabilidade laboral que a empresa prestadora dos serviços, ou seja, se restar configurado o inadimplemento da empresa terceirizada, o Ente Público será igualmente responsabilizado.

Contudo, essa responsabilidade só poderá ser atribuída à Administração Pública se a terceirização for de serviços típicos da dinâmica permanente do Estado (terceirização ilícita ou ilegal), uma vez que fere a regra de que os serviços públicos devem ser exercidos por servidores públicos concursados (art. 37, II, CF/88) (BRASIL, 1988).

No entanto, a responsabilidade solidária não é uma realidade patente nas contratações do Poder Público. O TST somente adota esse tipo de responsabilidade em casos bastante específicos, dentre eles: empresas do mesmo grupo econômico (art. 2º, §2º, da CLT); fraude na sucessão empresarial (artigos 9, 11 e 448 da CLT e art. 942 do CC); falência da empresa de trabalho temporário (art. 16 da Lei nº. 6.019/1974); e, terceirização trabalhista, “quando há mais de um causador do dano, como a empresa prestadora de serviços e a empresa tomadora de serviços” (MARTINS, 2012, p. 136).

A responsabilidade subsidiária é a responsabilidade solidária com benefício de ordem, ou seja, a sua aplicação pressupõe o exaurimento da obrigação da empresa terceirizada (devedor principal).

²³ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil

²⁴ MARTINS, Sérgio Pinto. A terceirização e o direito do trabalho. 12. ed. rev. ampl. São Paulo: Atlas, 2012

Nesta esteira, colhe-se a lição de Martins (2012, p. 137)²⁵:

A palavra subsidiária vem do latim *subsidiarius*, que significa secundário. A responsabilidade subsidiária é a que vem em reforço de ou em substituição de. É uma espécie de benefício de ordem. Não pagando o devedor principal (empresa prestadora de serviços), paga o devedor secundário (a empresa tomadora de serviços).

Com embasamento jurídico no inciso IV da Súmula nº. 331 do TST, a responsabilidade subsidiária é a corrente mais difundida no meio trabalhista, pois requer a análise da culpa do Ente Público pelos débitos trabalhistas, sem reportar à Administração uma responsabilidade automática, solidária.

A responsabilidade subsidiária trabalhista possui grande semelhança com a responsabilidade subjetiva civil do Estado, porque esta pressupõe a análise de culpa, assim com aquela que, ao ser cogitada, faz-se necessário a constatação da culpa *in eligendo* e da culpa *in vigilando*.

A culpa *in eligendo* é a culpa do Estado quando escolhe mal os seus contratados, ou seja, é a má escolha estatal dos prestadores de serviços terceirizados. Porém, alguns autores apontam a impossibilidade de ocorrência da culpa *in eligendo* na Administração Pública, sob a justificativa de que a escolha da empresa prestadora de serviços sempre será a mais correta possível, uma vez que ocorre de acordo com os parâmetros legais, sem a possibilidade de decisões discricionárias. Desta forma, somente poderia cogitar a reponsabilidade subsidiária caso comprovado, primeiramente, o vício no processo licitatório (FORTINI, 2012, p. 96)²⁶.

A culpa *in vigilando* é a culpa do Estado quando este não fiscaliza os seus contratados, isto é, decorre da má fiscalização da conduta da empresa terceirizada durante a execução do contrato. Nessa linha de entendimento, a execução do contrato deve ser acompanhada diretamente pela Administração, com a verificação do adimplemento das obrigações trabalhistas e previdenciárias derivadas do pacto trabalhista (FORTINI, 2012, p. 97).

²⁵ MARTINS, Sérgio Pinto. A terceirização e o direito do trabalho. 12. ed. rev. ampl. São Paulo: Atlas, 2012

²⁶ FORTINI, Cristiana (Coord.). Terceirização na administração: estudos em homenagem ao Professor Pedro Paulo de Almeida Dutra. 2. ed. rev. atual. ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

Todavia, os adeptos à posição contrária à culpa *in vigilando* do Estado aduzem que “cabe a União, através do Ministério do Trabalho, o exercício de poder de polícia na fiscalização do cumprimento das normas de proteção ao trabalho, o que inclui a fiscalização do adimplemento de obrigações trabalhistas” (FORTINI, 2012, p. 99). Destacam, do mesmo modo, que o encargo do Estado com a fiscalização dos contratos comprometeria o objetivo da terceirização que é reduzir o tempo e os gastos públicos com atividades acessórias.

2.5. Súmula 331 do TST

A contratação de trabalhadores terceirizados somente é autorizada em limites legalmente traçados, tendo em vista que se contrapõem ao padrão clássico bilateral de contratação trabalhista.

A Súmula n. 331 do TST - Tribunal Superior do Trabalho traça claramente em seus incisos as hipóteses autorizadoras supramencionadas. Pois bem, a Súmula n. 331, anteriormente às suas alterações, trazia em seu bojo quatro incisos, delimitando nestes, as situações autorizadoras de contratação de trabalhadores por meio da terceirização.

O inciso I da Súmula n. 331 do TST autorizava a contratação de trabalhadores terceirizados por empresa interposta, somente em casos de trabalho temporário, especificados na Lei 6.019/74, quais sejam, para atender necessidade transitória em substituição de seu pessoal regular e permanente ou a acréscimo extraordinário de serviço. Já o inciso II, discriminava que a contratação irregular de trabalhadores terceirizados pelos órgãos da Administração Pública direta, indireta e fundacional, não era pressuposto para gerar vínculo de emprego do trabalhador terceirizado com esta. No inciso III, eram autorizadas a contratação de trabalhadores terceirizados em casos de atividades de conservação e limpeza, serviços de vigilância, bem como serviços especializados ligados a atividade meio da empresa tomadora de serviços; ressaltando-se que esse tipo de contratação não geraria vínculo de emprego com a empresa tomadora dos serviços, desde que ausentes a subordinação e a pessoalidade. Por último, o inciso IV, ressaltava a responsabilidade subsidiária da tomadora de serviços, quando a empresa fornecedora da mão de obra não

arcava com suas obrigações trabalhistas, incluídos nessa responsabilidade os órgãos da Administração Direta e Indireta, desde que hajam participado da relação processual ou que constem também do título executivo judicial.

Passa-se à análise das hipóteses legais contidas na Súmula n. 331 do TST, as quais autorizam a contratação de mão-de-obra terceirizada, bem como aos efeitos jurídicos que acarretam para a empresa tomadora de serviços, em caso de descumprimento das hipóteses referidas.

Assim comenta DELGADO (2012, p. 467)²⁷:

“Não há dúvida de que a interpretação contida na Súmula 331, IV, abrange todas as hipóteses de terceirização veiculadas na ordem sociojurídica brasileira. Nesse quadro, parece claro que a compreensão sumulada abrange também o trabalho temporário. Superam-se, nesse sentido, as limitações 35 tradicionalmente criticadas quanto ao texto do art. 16 da Lei nº 6.019/74”

Atividades-fim podem ser conceituadas como as funções e tarefas empresariais e laborais que se ajustam ao núcleo da dinâmica empresarial do tomador de serviços, compondo a essência dessa dinâmica e contribuindo inclusive para a definição de seu posicionamento e classificação no contexto empresarial e econômico. São, portanto, atividades nucleares e definitórias da essência da dinâmica empresarial do tomador de serviços. Por outro lado, atividades-meio são aquelas funções e tarefas empresariais e laborais que não se ajustam ao núcleo da dinâmica empresarial do tomador de serviços, nem compõem a essência dessa dinâmica ou contribuem para a definição de seu posicionamento no contexto empresarial e econômico mais amplo. São, portanto, atividades periféricas à essência da dinâmica empresarial do tomador de serviços. (DELGADO, 2012, p. 425).

Esse rol de atividades foi um dos primeiros a ensejar práticas terceirizantes no mercado de trabalho privado no país, mesmo quando ainda

²⁷ DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012

vigora a antiga Súmula n. 256 do TST, ainda que seu texto não contemplasse a licitude de tais práticas. (DELGADO, 2012)²⁸.

As atividades de conservação e limpeza também poderão ser terceirizadas, tendo em vista a disposição legal contida no inciso III, da Súmula n. 331 do TST. Esta é a última das três hipóteses elencadas na Súmula n. 331 do TST, onde deve ser observada a ausência de pessoalidade e subordinação direta do obreiro 26 terceirizado com a empresa tomadora de serviços. Dessa forma, presentes os elementos fáticos jurídicos referidos, caracterizar-se-á a formação do vínculo de emprego do obreiro terceirizado com a empresa tomadora de serviços.

Além da modificação em relação ao inciso IV, foram inseridos no texto da Súmula mais dois incisos, V e VI, respectivamente. A antiga redação da Súmula n. 331 do TST, em seu inciso II preconizava que o vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública não seria reconhecido nos casos de contratação irregular. Nesse sentido, se a empresa prestadora de mão de obra contratasse ilicitamente um obreiro terceirizado e não arcasse com suas obrigações trabalhistas para com este, as entidades públicas tomadoras dos serviços não seriam responsabilizadas por eventuais encargos trabalhistas e nem haveria o reconhecimento do vínculo empregatício do obreiro terceirizado e o órgão da Administração Pública correspondente.

O STF no julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 16 declarou a constitucionalidade do art. 71, §1º da Lei n. 8.666/93, Lei das Licitações, a qual dispõe que os órgãos da Administração Pública não seriam responsabilizados por débitos trabalhistas inadimplentes decorrentes das empresas prestadoras de mão de obra contratadas por entes públicos. (PIMENTA, 2011)²⁹.

Assim, de um lado, tinha-se o antigo texto do inciso IV da Súmula n. 331 do TST, que responsabilizava subsidiariamente os órgãos da Administração Pública nos casos de inadimplemento de eventuais encargos trabalhistas por

²⁸ DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012

²⁹ PIMENTA, José Roberto Freire. A responsabilidade da administração pública nas terceirizações, a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADC n. 16-DF e a nova redação dos itens IV e V da súmula n. 331 do TST do Tribunal Superior do Trabalho. Revista LTR, São Paulo, v. 75, n.7, p. 775- 791, jul. 2011.

parte da empresa prestadora de serviços, e do outro, a decisão do STF que consistia em sua não responsabilização.

A solução encontrada pelo Pleno do TST foi a adequação do texto da Súmula n. 331, com a decisão do STF na Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 16. No atual texto da Súmula n. 331 do TST, a responsabilização subsidiária dos órgãos da Administração Pública é englobada no inciso V, sendo que estes serão responsabilizados desde que evidenciada sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n. 8.666/93, Lei das Licitações.

Neste novo entendimento, os entes públicos tomadores de serviços devem fiscalizar o adimplemento das obrigações trabalhistas das empresas prestadoras de mão de obra, pois, caso contrário, serão responsabilizados subsidiariamente quanto a estas obrigações. (PIMENTA, 2011).

2.7. A Nova Lei 13.429 de 2017

Spagnol (2017)³⁰ menciona que o antigo Projeto de Lei nº 4.302/98, que já havia passado pelo Senado Federal, foi desengavetado e depois de quase duas décadas sancionado pelo Presidente Temer, transformando-se na Lei nº 13.429/2017 que alterou os arts. 1º, 2º, 4º, 5º, 6º, 9º, 10, o parágrafo único do art. 11 e o art. 12 da Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974 e está sendo chamada de “lei da terceirização e do trabalho temporário”.

Jose Alberto Maciel (2017)³¹ coloca que o interessante da Lei 13.429 de 31 de Março de 2017, é:

Ao alterar certos dispositivos da lei 6.019/74, incluiu ELA em seu texto um regulamento sobre terceirização, como se

³⁰ SPAGNOL, Debora. A terceirização, a Lei nº 13.429/2017 e seus impactos - vantagens, desvantagens e modificações. <https://deboraspagnol.jusbrasil.com.br/artigos/446554177/a-terceirizacao-a-lei-n-13429-2017-e-seus-impactos-vantagens-desvantagens-e-modificacoes>. Acesso em 03 de julho de 2017.

³¹ MACIEL, José Alberto Couto. Comentários à lei 13.429, de 31 de março de 2017, no que concerne à terceirização. <http://www.migalhas.com.br/dePeso/> Acesso em 22 de junho de 2017.

fossem institutos iguais, quando, efetivamente, são contratos de natureza diversa. Ao regulamentar o trabalho temporário, no artigo 9º da Lei nova, em seu parágrafo 3º, está expresso que: "O contrato de trabalho temporário pode versar sobre o desenvolvimento de atividade-meio e atividade-fim, a serem executados na empresa tomadora de serviços".

O autor coloca, entretanto, sendo essa a questão principal da terceirização, o legislador, quando na Lei trata da terceirização diz no parágrafo 2º do artigo 4º A, que: "Não se configura vínculo empregatício entre os trabalhadores ou sócios das empresas prestadoras de serviço, qualquer que seja seu ramo, e a empresa contratante".

O grande conflito existente na terceirização, e que atravança toda a Justiça do Trabalho e que é a "pedra no sapato" das empresas em todo o país, talvez por uma falta de técnica dos legisladores, não foi diretamente solucionado, o que poderá levar os Tribunais a continuar decidindo de acordo com a súmula 331 do TST, mantendo os mesmos problemas atualmente existentes, a não ser que norma posterior, ou decisão do STF, venham a esclarecer melhor o objetivo da lei 13429/17. É que a referida súmula, como é sabido, proíbe a terceirização nas atividades – fim, apenas entendendo válidos os contratos de terceirização nas atividades-meio.³²

Maciel (2017) menciona os pontos da Nova Lei 13.429/17 que chama atenção :

trabalho temporário, no artigo 9º da Lei nova, em seu parágrafo 3º, está expresso que, "O contrato de trabalho temporário pode versar sobre o desenvolvimento de atividade-meio e atividade-fim, a serem executados na empresa tomadora de serviços". Entretanto, sendo essa a questão principal da terceirização, o legislador, quando na Lei trata da terceirização diz no parágrafo 2º do artigo 4º A, que "Não se configura vínculo empregatício entre os trabalhadores ou sócios das empresas prestadoras de serviço, qualquer que seja seu ramo, e a empresa contratante".

³² MACIEL, José Alberto Couto. Comentários à lei 13.429, de 31 de março de 2017, no que concerne à terceirização. <http://www.migalhas.com.br/dePeso/> Acesso em 22 de junho de 2017.

Spagnol (2017)³³ frisa que além das atividades terceirizáveis, a lei trouxe várias e importantes modificações às relações trabalhistas, conforme se destacam a seguir, ponto a ponto:

a) Atividades que podem ser terceirizadas – serviços de vigilância, limpeza e conservação, além dos serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador. Agora, qualquer atividade empresaria pode ser terceirizada (atividades inerentes, acessórias ou complementares da empresa tomadora). b) Responsabilidade das empresas A responsabilidade somente será solidária se a empresa tomadora dos serviços falir (§ 7º da Lei). c) Subordinação e vínculo empregatício – Pela nova lei, exceto nos casos de trabalho temporário, a regra é a invalidade da existência de subordinação e de reconhecimento de vínculo empregatício (art. 4º-A, § 2º). Porém, em casos de fraude em que se comprove a subordinação direta, o vínculo entre o trabalhador e a contratante deverá ser reconhecido judicialmente, nos termos da Súmula nº 331. d) Acidente de trabalho – A nova Lei não prevê a responsabilização nesses casos. Aplicar-se-ão então as regras contidas nos artigos 927, 932 e 942 do Código Civil para regular o tema. Assim, serão responsáveis por indenizar o acidentado todos aqueles que concorreram para o ato ilícito que lhe causou danos. Portanto, responsabilidade solidária. e) Representação sindical – A nova lei não prevê acerca da representação sindical. f) Exigência de capital social mínimo – Antes não havia regulamentação sobre o assunto. A nova lei estabeleceu exigências de capital social mínimo conforme a quantidade de empregados. Empresas com até dez empregados - capital mínimo de R\$ 10.000,00; mais de 10 até 20 empregados - capital mínimo de R\$ 25.000,00; mais de 20 e até 50 empregados - capital mínimo de R\$ 45.000,00; mais de 50 e até 100 empregados - capital mínimo de R\$ 100.000,00 (cem mil reais); mais de 100 empregados - capital mínimo de R\$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais) – Art. 4º - B, da Lei nº 13.429/2017. g) Alteração da empresa prestadora de serviços O projeto anterior (PL 4.330/2004) previa a possibilidade de troca da empresa prestadora de serviços com a admissão dos empregados da antiga contratada e garantia dos salários e direitos do contrato anterior. A nova Lei nada diz a respeito. h) Fornecimento de refeição, transporte e serviço médico aos empregados terceirizados.

³³ SPAGNOL, Debora. A terceirização, a Lei nº 13.429/2017 e seus impactos - vantagens, desvantagens e modificações. <https://deboraspagnol.jusbrasil.com.br/artigos/446554177/a-terceirizacao-a-lei-n-13429-2017-e-seus-impactos-vantagens-desvantagens-e-modificacoes>. Acesso em 03 de julho de 2017.

A nova lei prevê que a contratante pode estender ao trabalhador esses mesmos benefícios, desde que fornecidos também aos seus empregados, podendo se dar nas suas dependências ou local por ela designado. i) Responsabilidade pelas condições de segurança, higiene e salubridade – Antes não era regulamentado. Agora, é responsabilidade da contratante garantir as condições de segurança, higiene e salubridade quando o trabalho for realizado em suas dependências ou em local previamente contratado (art. 5º-A). j) Proibição de sócios da empresa prestadora de serviços – Anteriormente, não era regulamentado. O PL 4.330/04 previa que o sócio da empresa prestadora de serviços não poderia ser sócio, administrador ou ter mantido vínculo empregatício nos últimos dois anos com a empresa tomadora. A nova lei nada menciona a respeito. k) Quarteirização – Ocorre quando a empresa contratada subcontrata outras empresas para prestar os serviços. Antes não havia regras prevendo essas situações. Agora, a lei expressamente autoriza a subcontratação de outras empresas que serão responsáveis pela contratação, remuneração e direção do trabalho (Art. 4º-A, § 1º). l) Administração pública – Antes, a terceirização irregular pela Administração Pública não gerava vínculo de emprego entre o trabalhador terceirizado e os órgãos da Administração Pública direta (União, Estados, Municípios e Distrito Federal), indireta (autarquias ou empresas públicas) ou fundacional. A administração pública, todavia, tinha responsabilidade subsidiária pela contratação. A nova lei nada menciona sobre o poder público, sendo que a contratação de terceirizados pelo Estado já é praxe e regida pela Lei de Licitações (5). Assim, a impossibilidade de responsabilização automática da Administração decorre de norma específica (art. 71 da Lei nº 8.666/93) e, numa interpretação extensiva, aplica-se também a regra geral da responsabilidade subsidiária. m) Trabalho temporário – a principal inovação na lei se refere à possibilidade de ampliação do prazo do contrato: agora pode ser de 180 dias, prorrogáveis por mais 90 dias. Ao final desse prazo, o trabalhador somente poderá ser contratado para prestar serviços à tomadora após 90 dias. A contratação de temporários somente poderá ocorrer “para atender à necessidade de substituição transitória de pessoal permanente ou à demanda complementar de serviços” (art. 2º da Lei 13.429/178). Aos empregados temporários também deverão ser garantidos os serviços de saúde, auxílio alimentação, jornada e salário pagos aos funcionários regulares.

Para Maciel (2017)³⁴ a Lei, na forma aprovada, traz preocupações se direcionarmos o olhar às possíveis perdas dos benefícios trabalhistas conquistados ao longo do tempo.

Spagnol (2017)³⁵ receia-se que, possibilitada a terceirização das atividades-fim, restarão afastadas as obrigações celetistas com consequente redução dos benefícios trabalhistas (redução de salários, empregados desempenhando mesmas funções, mas com salários distintos - o que, note-se, é inconstitucional, ferindo os princípios da dignidade da pessoa e da isonomia).

Fernando Maciel (2017)³⁶ menciona que :

Dessa forma, considerando o silêncio eloquente praticado pelo legislador ordinário no PL 4.302/98, outra conclusão não pode ser alcançada senão o fato de que a subcontratação de serviços nas atividades-fim da empresa contratante somente pode se dar no âmbito dos contratos de trabalho temporário, inexistindo disciplina normativa no que tange à possibilidade de a contratação de serviços de terceiros (terceirização) alcançar as atividades-fim das empresas tomadoras de serviços. Salvo melhor juízo, enquanto não sobrevier disciplina legal específica acerca da matéria, entendemos que esse vácuo normativo deve continuar a ser disciplinado pela Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho, a qual proíbe a terceirização das atividades-fim do tomador, cuja constitucionalidade está sendo apreciada pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário 958.252.

2.8. A terceirização e a regra do Concurso Público

³⁴ MACIEL, José Alberto Couto. Comentários à lei 13.429, de 31 de março de 2017, no que concerne à terceirização. <http://www.migalhas.com.br/dePeso/> Acesso em 22 de junho de 2017

³⁵ SPAGNOL, Debora. A terceirização, a Lei nº 13.429/2017 e seus impactos - vantagens, desvantagens e modificações. <https://deboraspagnol.jusbrasil.com.br/artigos/446554177/a-terceirizacao-a-lei-n-13429-2017-e-seus-impactos-vantagens-desvantagens-e-modificacoes>. Acesso em 03 de julho de 2017.

³⁶ MACIEL, Fernando. Projeto permite terceirização irrestrita apenas no trabalho temporário. <http://www.conjur.com.br/2017-mar-29/pl-permite-terceirizacao-irrestrita- apenas-trabalho-temporario> Acesso em 04 de jul 2017

Conforme Rosa Maria Ramos apud Guerra e D’Amato (2016)³⁷, há possibilidade lícita de se terceirizar a atividade-fim da empresa com relação ao produto, mas não no que se refere à prestação de mão de obra para realizá-la. Ou seja, o instituto da terceirização abrange o fornecimento de bens, possibilitando a terceirização da atividade principal da empresa, a exemplo da indústria automobilística, que terceiriza vários setores de produção, mas cada setor tem seu fim específico, por exemplo, a fabricação de peças. Porém, com relação à mão de obra, não poderia essa mesma empresa terceirizar trabalhadores para fabricação de peças da empresa, o que infringiria a Súmula n. 331 do TST.

Mesmo com a insegurança na classificação das atividades da empresa, de acordo com o inciso I da Súmula n. 331 do TST, a configuração da terceirização de trabalhadores para realizarem atividade-fim tem como consequência a caracterização de vínculo empregatício entre o trabalhador terceirizado e a empresa tomadora de serviços.

Todavia, a premissa não se aplica quando o Estado configura como parte tomadora de serviços de empresa terceirizante mediante vedação constitucional. O art. 37, II, prevê a aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos para a investidura em cargo ou emprego público.

38

Ignorar a previsão constitucional do concurso, considerando o vínculo empregatício do trabalhador com o ente da Administração que contratou empresa prestadora de serviços, seria considerar o interesse individual do trabalhador acima do interesse coletivo, desrespeitando diretamente os princípios que regem a Administração, notadamente a supremacia do interesse público sobre o privado bem como a legalidade, a impessoalidade, a moralidade, etc. (Guerra e D’Amato)³⁹

³⁷ GUERRA, Evandro Martins.D’AMATO, Mariana Coelho. Terceirização na Administração Pública. Revista TCEMG Belo Horizonte v. 34 n. 4 p. 27-41 out./dez. 2016

³⁸ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby; LARA, Diva Belo. A terceirização no serviço público. Disponível em: <http://www.jacoby.pro.br/novo/uploads/recursos_humanos/legis/terceirizacao/TSP.pdf> Acesso em: 27 jun. 2017.

³⁹ GUERRA, Evandro Martins.D’AMATO, Mariana Coelho. Terceirização na Administração Pública. Revista TCEMG Belo Horizonte v. 34 n. 4 p. 27-41 out./dez. 2016

Nesse sentido, a Constituição da República, em seu art. 37, inciso XXI, prevê a contratação de serviços, mediante procedimento de licitação, devendo ser assegurada igualdade de condições a todos os concorrentes.

Já no Decreto Federal 2.271/97, há uma vedação para terceirização na Administração Pública, que é a execução por terceiros de atividades inerentes a cargos pertencentes à organização administrativa de órgão ou entidade pública, ressalvada expressa disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal (RAMOS APUD NAPOLEÃO 2016).

Rosa Ramos apud Napoleão (2016) ensina, em síntese, que a questão da terceirização e a burla ao concurso público não é um assunto simples, pois envolve alguns aspectos que precisam ser compreendidos. A Administração Pública tem o dever de criar cargos ou empregos inseridos em seu núcleo fundamental, os quais só podem ser exercidos por servidores públicos devido à sua relevância para o interesse público. Porém, há outras atividades que não coincidem com o núcleo exclusivo e que, portanto, poderiam ser terceirizados, desde que observados os princípios da economicidade e moralidade.

A autora Rosa Ramos apud Napoleão (2016), vai além em relação aos limites para a terceirização, ao afirmar que:

“(...) desde que a contratação seja firmada dentro desse quadro, em que o ajuste fica caracterizado em termos similares àqueles em que a lei civil regula os contratos de locação de serviços ou de empreitada, tendo por escopo a execução de objeto determinado por empresa nele especializada, que conjugue os fatores de produção para isso necessários, envolvendo atividades materiais de apoio ao trabalho desenvolvido pelo setor público, dúvida maior não surge acerca da legalidade e legitimidade do ajuste.

Ela sugere que a terceirização poderia extrapolar a atividade-meio do Poder Público, desde que sob o manto da lei, pois, em seu entendimento, sua atuação é pautada pela estrita observância do princípio da legalidade: “Para melhor atingir a finalidade pública de sua instituição, no entanto, sem se afastar das funções que lhe foram legalmente atribuídas, observados os instrumentos formais impostos pelo ordenamento jurídico, a princípio parece possível

conceber uma terceirização que se confunda com facetas da atividade-fim do órgão ou entidade “ (RAMOS, 2001, p.126 APUD NAPOLEÃO 2016)

CONCLUSÕES

Pode-se evidenciar, conforme abordagem apresentada por este artigo científico, que a terceirização é um fenômeno eminentemente administrativo que mudou a forma de contratação dos trabalhadores, através de uma relação trilateral envolvendo: obreiro, tomador de serviços e prestador de serviços, com objetivo de aumentar a produção e reduzir os gastos com as obrigações trabalhistas.

A Administração Pública incorporou a terceirização, ferramenta de gestão, materializada por meio de contrato, que possibilita redução de custos e especialização na prestação dos serviços ou fornecimento de bens, buscando parcerias com o setor privado, para a realização de suas atividades de apoio ou meramente instrumentais, a fim de que possa desempenhar melhor suas competências funcionais.

A Justiça do Trabalho editou a Súmula nº. 331 do TST, para tutelar os direitos dos trabalhadores terceirizados estabelecendo a responsabilidade subsidiária automática em caso de inadimplência da empresa contratada. A Lei nº. 8.666/1993 promulgada pelo Congresso Nacional em dissonância com o texto sumular, no art. 71, §1º, isentava completamente o poder público de quaisquer encargos trabalhistas, fiscais e comerciais do seu contratado. Na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº. 16, o Supremo Tribunal Federal se manifestou sobre o conflito referenciais normativos, declarando a constitucionalidade do art. 71, §1º, da Lei nº. 8.666/1993, sem excluir a aplicação da Súmula nº. 331 do TST. Mesmo que com o STF tenha proclamado a constitucionalidade da Lei de Licitações, o Poder Público não ficou isento de responsabilidade, ou seja, a culpa *in vigilando*.(NAPOLEÃO,2016)

Existem divergências entre os autores referente a aplicabilidade da Lei 14329/17. Sendo que alguns consideram que a alteração somente para o serviço temporário e para esfera publica continuara somente na atividade-meio, enquanto outros acreditam que será tudo mudado. Caso do procurador federal Fernando Maciel diz que a subcontratação de serviços nas atividades-fim

somente pode ocorrer em contratos de trabalho temporários, diante do “silêncio eloquente” do projeto de lei de 1998. Para ele, “esse vácuo normativo deve continuar a ser disciplinado pela Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho, a qual proíbe a terceirização das atividades-fim do tomador”, até o Supremo Tribunal Federal julgar o tema no Recurso Extraordinário 958.252.

Só o tempo e a jurisprudência poderão dizer se essa nova Lei vem para o bem ou para o mal do trabalhador.

REFERENCIAS

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 08 jun. 2017.

BRITO. Dayane Cristine Souza de. Terceirização como Paradigma Ensejador da Precarização das Condições de Trabalho. Monografia PUC MINAS - Arcos -2011.<http://docplayer.com.br/15549498-Www-conteudojuridico-com-br.html>. Acesso em 24 de jun de 2017.

DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby; LARA, Diva Belo. Terceirização no serviço público. Disponível em: . Acesso em: 27 jun. 2017.

GIOSA, Lívio. Audiência Pública Terceirização. Youtube, 10 de outubro de 2011. Disponível em: em Acesso em: 21 de jun. 2017.

LIMA, Lais Rabelo. Terceirização e a responsabilidade da administração pública pelos débitos trabalhistas. http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_leitura&artigo_id=16081 Acesso em 03 de jul 2017

MARTINS, Sérgio Pinto. A terceirização e o direito do trabalho. 12. ed. rev. ampl. São Paulo: Atlas,2012

MACIEL, Fernando. Projeto permite terceirização irrestrita apenas no trabalho temporário.<http://www.conjur.com.br/2017-mar-29/pl-permite-terceirizacao-irrestrita- apenas-trabalho-temporario> Acesso em 04 de jul 2017

MACIEL, José Alberto Couto. Comentários à lei 13.429, de 31 de março de 2017, no que concerne à terceirização. <http://www.migalhas.com.br/dePeso/> Acesso em 22 de junho de 2017.

NAPOLEÃO, Isabela Mattos. Terceirização na administração pública e os reflexos da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16 do Supremo Tribunal Federal / Isabela Mattos Napoleão. – Niterói, 2016.

PIMENTA, José Roberto Freire. A responsabilidade da administração pública nas terceirizações, a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADC n. 16-DF e a nova redação dos itens IV e V da súmula n. 331 do TST do Tribunal Superior do Trabalho. Revista LTR, São Paulo, v. 75, n.7, p. 775- 791, jul. 2011.

SEKIDO, Amelia Midori Yamane. Terceirização na administração pública: a gestão e a fiscalização dos contratos. 2010. 61 f. Monografia, 2010. Disponível em: <<http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2055866.PDF>>. Acesso em: 21 jun. 2017

SPAGNOL, Debora. A terceirização, a Lei nº 13.429/2017 e seus impactos - vantagens, desvantagens e modificações. <https://deboraspagnol.jusbrasil.com.br/artigos/446554177/a-terceirizacao-a-lei-n-13429-2017-e-seus-impactos-vantagens-desvantagens-e-modificacoes>. Acesso em 03 de julho de 2017.



Revista Processus de Estudos de Gestão,
Jurídicos e Financeiros.

ISSN: 2237-2342 (impresso)
L-ISSN: 2178-2008 (*on-line*)

Ano X, Vol.X, n.39, jul./dez., 2019.

Tramitação editorial:

Data de submissão: 30/07/2019.

Data de reformulação: 15/09/2019.

Data de aceite definitivo: 30/11/2019.

Data de publicação: 20/12/2019.

Editor Responsável: Me. Jonas Rodrigo Gonçalves

DIREITOS À VERDADE E À MEMÓRIA – SITUAÇÃO NO BRASIL¹

TRUTH AND MEMORY RIGHTS - SITUATION IN BRAZIL

Dr. João Carlos Medeiros de Aragão²

Resumo

Este Artigo examina os direitos à verdade e à memória, como princípios democráticos do Estado Democrático de Direito. Para tanto, discorre acerca dos conceitos dos termos, examina a relação entre esses direitos e a Democracia, bem como cita a Comissão da Verdade, no Brasil, como possível garantidora dessa prerrogativa.

¹ © Todos os direitos reservados. A Revista Processus de Estudos de Gestão, Jurídicos e Financeiros, bem como a Faculdade Processus (mantenedora do periódico) não se responsabilizam por questões de direito autoral, cuja responsabilidade integral é do(s) autor(es) deste artigo. A revisão linguística e metodológica deste artigo foi feita pelo(s) autor(es) deste artigo.

² É doutor em Direito Constitucional, pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2012), possui mestrado em Direito das Relações Internacionais pelo Centro Universitário de Brasília (2005), Pós-Graduação lato sensu em Advocacia na Instância Superior, graduação em Direito (1984). Graduado em Letras, com pós-graduação em Linguística do Texto. Graduado em Pedagogia, com pós-graduação em Metodologia do Ensino Jurídico. Membro do Instituto dos Advogados do Distrito Federal, da Rede de Excelência Jurídica, Centro Brasileiro de Estudos Constitucionais e da Associação Brasileira de Processo Civil. Professor de Direito Constitucional, Direito Parlamentar, Direito Processual Civil e orientação de monografia, na graduação e na pós-graduação. Orientador de Monografia na Pós-Graduação-lato sensu da ATAME -Faculdade Cândido Mendes. professor na Faculdade Processus. Professor Associado do Programa do Mestrado/Doutorado do UniCEUB. Coordenador de Grupo de Pesquisa e Extensão. Revisor de Revistas Acadêmicas. Advogado nas áreas cível - sucessões/família/contratos/imobiliário e tribunais superiores.Avaliador de Cursos do BASIS-MEC.

Palavras-chave: Direitos à verdade e à memória. Conceitos. Direito à verdade e à memória e Democracia. Brasil. Comissão da Verdade.

Abstract

This article examines the right to truth and the right to memory, as democratic principles of the democratic State of law. To this end, he discourses about the concepts of the terms, examines the relationship between them and democracy, as well as the Commission of Truth, in Brazil, as a guarantee of those prerogatives.

Key words: Right to truth and to memory. Concepts. Right to truth and to memory and democracy. Truth Commission.

INTRODUÇÃO

O tema proposto concerne aos direitos à memória e à verdade, considerados expressão de direitos humanos que representa conquista ética e moral, historicamente situada, com atenção à atuação da Comissão da Verdade, no Brasil.

Ambos os direitos são essenciais à transformação de qualquer sociedade que tenha vivenciado regimes ditatoriais e depois trilhado o caminho da Democracia. Esses Estados, quando autoritários, cometeram diversas violações aos direitos humanos, mediante assassinatos, perseguições àqueles que se insurgiam contra o regime, desaparecimento de pessoas e condenação ao exílio de outras.

Como toda transformação de expressiva magnitude, não se pode esperar que os governos disponibilizem logo à sociedade fatos passados os quais revelem a extensão da violação aos direitos humanos. Por isso, é necessário que haja a justiça de transição, período no qual os fatos são revelados aos indivíduos, bem como punidos os responsáveis pelas violações. Só assim é possível realmente completar a transição de regimes autoritários, ditatoriais para plenamente democráticos.

Nesse sentido, os direitos à verdade e à memória são princípios fundamentais na justiça de transição, pois permitem que o passado seja revelado e conhecido, a fim de que possíveis erros cometidos não sejam repetidos e os culpados punidos por seus crimes. Logo, compete ao Estado permitir o acesso ao maior número possível de informações, fontes e documentos que retratem os

eventos ocorridos durante o período ditatorial, a fim de que as violações sejam reparadas e a família dos mortos possam saber realmente o que sucedeu.

Em razão disso, a justiça de transição se fundamenta em quatro pilares básicos: a) na vertente de justiça, revelar à vítima, aos familiares e à sociedade verdades históricas conectadas a fatos passados; b) justiça social - reparar às vítimas condizentemente com os traumas vivenciados; c) justiça criminal - investigar e punir os tidos como violadores e d) justiça administrativa – afastar os violadores dos órgãos de Estado³.

Benedetti assevera que “[...] é evidente que [suas] quatro dimensões [...] possuem um elevado grau de complementaridade entre si e que, em muitos casos, a efetivação de uma medida depende da existência de outras [...]”⁴.

Logo, pela justiça de transição é possível, viável, preservar e conhecer a história de determinada nação; por isso, é essencial à evolução social, uma vez que possibilita aos cidadãos lutar contra as violações aos direitos humanos, assim como definir mecanismos que impeçam a repetição dos delitos perpetrados no passado e assegurar a concretização dos princípios democráticos.

O Brasil, como também diversos países, conviveu com período ditatorial, quando o golpe militar de 1964 instaurou a Ditadura. Durante anos o Governo brasileiro, valendo-se de decretos e atos institucionais, matou diversas pessoas, relegou outras ao exílio e desapareceu com aqueles que eram contrários ao regime imposto⁵. A omissão das autoridades governamentais, ao não permitir o acesso aos eventos passados, pode inclusive ser entendida como a manutenção do autoritarismo que vigorou no período de exceção. Nesse sentido, está privando as vítimas do direito de saber a verdade sobre seus familiares, além da sociedade civil, a qual perde o direito à memória, aos atos cometidos em determinada fase da história da nação.

Assim, ao instalar a justiça de transição, o País pode se redimir dos delitos cometidos e punir os responsáveis, encerrando e preservando o

³ BENEDETTI, Juliana Cardoso; NAHOUM, André Verera. Justiça de Transição e integração regional: o direito à memória e à verdade no Mercosul. **Revista Anistia Política e Justiça de Transição**. Brasília: v. 1, 2009, p. 300.

⁴ BENEDETTI, Juliana Cardoso; NAHOUM, André Verera. Justiça de Transição e integração regional: o direito à memória e à verdade no Mercosul. **Revista Anistia Política e Justiça de Transição**. Brasília: v. 1, 2009.

⁵ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

momento histórico que causou tanto sofrimento a muitas pessoas e denegriu a história nacional.

Os direitos à verdade e à memória são fundamentais para “virar essa página” da história do Brasil, pois tudo que ocorreu já foi esclarecido, divulgado, conhecido.

1 CONCEITOS

Embora os dois termos se complementem, uma vez que o direito à verdade propicia, auxilia a concretização do direito à memória, pode-se de algum modo procurar conceituar cada um deles.

Apenas por meio da jurisprudência internacional de Direitos Humanos, sobretudo da Corte Interamericana de Direitos Humanos e da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (1995), as definições dos direitos à verdade e à memória ganharam presença na América Latina, evoluindo desde então⁶.

1.1 Direito à verdade

Segundo Sarlet, o direito à verdade compreende o direito fundamental de possibilitar o acesso a informações as quais estão em poder do Estado ou de entidades privadas que possuam dados de interesse geral, público⁷.

Outra definição pode ser que o direito à verdade representa a abertura às fontes de informação disponíveis, possibilitando a indivíduos e grupos definir opinião tanto pessoal como pessoal e coletiva sobre fatos de sua história⁸.

De acordo com o pensamento de Torelly⁹,

[...] O direito à verdade não busca encerrar o debate histórico, mas sim fomentá-lo. É dessa forma que o direito à verdade torna-se peça-chave de mobilização, por exemplo, contra a semântica autoritária que classifica resistentes como terroristas. [...] Além disso, apregoa o total conhecimento dos fatos ocorridos no passado (mesmo que sob variadas versões) para

⁶ SANTOS, Queila Rocha Carmona dos; BUCCI, Alexandre. Direitos Humanos e Breves Notas a Respeito do Direito à Memória e do Direito à Verdade. **XXIV Encontro Nacional do Conpedi – Ufs**. Direito Internacional dos Direitos Humanos. Santa Catarina, 2015.

⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

⁸ SANTOS, Queila Rocha Carmona dos; BUCCI, Alexandre. Direitos Humanos e Breves Notas a Respeito do Direito à Memória e do Direito à Verdade. **XXIV Encontro Nacional do Conpedi – Ufs**. Direito Internacional dos Direitos Humanos. Santa Catarina, 2015.

⁹ TORELLY, Marcelo Dalmas. **Justiça transicional e estado constitucional de direito: Perspectiva teórico-comparativa e análise do caso brasileiro**. Dissertação (Mestrado em Direito) apresentada à Universidade de Brasília (UnB), Brasília, 2010, p. 240.

que a própria sociedade possa avaliar de forma efetiva a importância da adoção de outras medidas como justiça e reparação [...].

Internacionalmente, na larga definição que lhe é conferida, o direito à verdade vem sendo deduzido a partir de diversas prerrogativas estabelecidas em tratados¹⁰. No Brasil, ele vem sendo tratado com base em princípios e direitos constitucionais, como a liberdade de expressão¹¹.

Rezende também se refere ao direito à verdade como “[...] ao acesso à informação e ao conhecimento dos fatos ocorridos, [...] *al derecho de los familiares a conocer la suerte de las víctimas, y en la obligación de las partes en conflictos armados de buscar a los desaparecidos* [...]”¹².

O direito à verdade “[...] refere-se ao direito das famílias de saber o destino das vítimas, bem como a obrigação das partes de um conflito armado para procurar os desaparecidos”¹³ (tradução nossa).

Além disso, o direito à verdade possui três funções primordiais¹⁴:

- função histórica – atrela-se à necessidade da população de conhecer seu passado, sua história. A partir daí, pode-se estabelecer a memória coletiva;

- função social – conectada à premência de compromisso estatal com a comunidade, pois possibilita responder com autenticidade às vítimas e à sociedade, eliminando ocultações, segredos e incertezas;

- função pedagógica – formação da memória objetiva, fortalecendo a observância e o respeito aos direitos humanos. Ao desvendar as violações, responsabilizar os culpados e reparar às vítimas, cria-se a consciência coletiva de valorização dos direitos fundamentais, afirmação da cidadania.

¹⁰ NAQVI, Yasmim. El derecho a la verdad em el derecho internacional: ¿ realidad o ficción?. **International Review of Red Cross**. N. 862, jun. 2006.

¹¹ ABREGU, Martín. Derecho a la verdad vs impunidad. **Revista do Instituto Interamericano de Direitos Humanos**, vol. 27, jan./jun. 1998.

¹² REZENDE, Maísa Alves; TESHIMA, Márcia. **Revista Jurídica da Presidência**. Brasília v. 15 n. 105 fev./maio 2013, p. 253 a 278.

¹³ GONZÁLEZ, Eduardo; VARNEY, Howard. **Truth Seeking: Elements of Creating an Effective Truth Commission**. Brasília: Amnesty Commission of the Ministry of Justice of Brazil; New York: International Center for Transitional Justice, 2013, p. 4.

¹⁴ SANTOS, Claiz Maria Pereira Gunça dos. **O Reconhecimento do Direito à Verdade e à Memória como um Direito Fundamental Implícito no Ordenamento Jurídico Brasileiro**. Disponível em: <<http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=94aef38441efa338>>. Acesso em: 2 jun. 2018.

Já no entender de Torelly¹⁵,

[...] O direito à verdade não busca encerrar o debate histórico, mas sim fomentá-lo. É dessa forma que o direito à verdade torna-se peça-chave de mobilização, por exemplo, contra a semântica autoritária que classifica resistentes como terroristas. Nesse caso em concreto, o direito à verdade não busca garantir que toda a sociedade veja os resistentes como resistentes, mas sim que sua versão sobre o conflito torne-se igualmente conhecida àquela versão oficiosa produzida pela repressão e amplamente difundida, inclusive pela imprensa. Além disso, apregoa o total conhecimento dos fatos ocorridos no passado (mesmo que sob variadas versões) para que a própria sociedade possa avaliar de forma efetiva a importância da adoção de outras medidas como justiça e reparação [...].

1.2 Direito à memória

Conquanto muitos entendam que o direito à memória e o direito à verdade sejam equivalentes, há sutil diferença entre eles.

Para Cardozo e Abrão, “Como é evidente, o direito à memória depende da efetivação do direito à verdade, e a busca pela memória é um caminho eficiente e necessário para a busca de certas verdades”¹⁶.

Pode-se então asseverar que o direito à memória funciona, para viabilizar a formação da verdade, sem que se procure apresentar nova versão oficial da história, olvidando as demais e terminando as discussões acerca do passado. Não há uma única concepção histórica a qual esteja imune aos eventos políticos ou às exigências sociais.

Nesse sentido, o direito à memória salvaguarda o real fato histórico, sem possíveis distorções, ainda que possam existir outras conjecturas a respeito dos eventos históricos passados. Por isso, é fundamental que o direito à verdade esteja correlacionado ao direito à memória, uma vez que aquele possibilita que todas as fontes sejam consultadas, pesquisadas, esclarecendo os eventos e

¹⁵ TORELLY, Marcelo D. **Justiça Transicional e Estado Constitucional de Direito**: perspectiva teórico-comparativa e análise do caso brasileiro. (Dissertação submetida à Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB) como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, Estado e Constituição). Brasília: ZAMORA, 2008.

¹⁶ CARDOZO, José; ABRÃO, Paulo. O guardião da memória: as políticas públicas de memória do Ministério da Justiça do Brasil. In: **Revista Anistia**. Brasília: Ministério da Justiça, n. 6. dez. 2011, p. 12.

contribuindo para que a memória reproduza com bastante fidedignidade o que ocorreu.

A memória, assim como a verdade, apoia-se em 3 fundamentos: criação da identidade nacional, reconciliação nacional e afirmação de valores em oposição à extinção de outros¹⁷.

De acordo com Paul Ricoeur, a definição de memória em reside em três aspectos essenciais: memória manipulada, memória impedida e esquecimento de reserva, os quais podem ser utilizados no presente para analisar o passado histórico¹⁸. Para ele, na memória manipulada, a relação é de poder, de força, já que versões históricas são edificadas, forjadas, conectando memória e imaginação¹⁹.

Com relação à memória impedida, Ricoeur²⁰ explica que há dificuldade entre transitar da memória individual para a coletiva, entes próprios que se aproximariam pelo sentido de “próximo”, o qual uniria o individual ao coletivo. No esquecimento de reserva, o autor assevera que é relativo ao reconhecimento, equivalente à “memória feliz”. Esse reconhecimento pode constituir tanto aquilo que se perdeu e retornou quanto ao que é inédito:

Reconhecer uma lembrança é reencontrá-la. Reencontrá-la é presumi-la principalmente disponível, se não acessível. Disponível, como à espera de recordação, mas não ao alcance da mão, como as aves do pombal de Platão que é possível possuir, mas não agarrar. Cabe assim à experiência do reconhecimento remeter a um estado de latência da lembrança da impressão primeira cuja imagem teve de se constituir ao mesmo tempo em que a afecção originária²¹.

Nesse sentido, a memória preserva o delito, tornando-o inesquecível e passível de ser apropriadamente julgado, ainda que nem todos os responsáveis consigam ser responsabilizados e punidos. Os julgamentos

¹⁷ GENRO, Tarso; ABRÃO, Paulo. Memória histórica, Justiça de Transição e Democracia sem fim. In: **Repressão e Memória Política no Contexto Ibero-Brasileiro**. Brasília: Ministério da Justiça, Comissão de Anistia; Portugal: Universidade de Coimbra, 2010.

¹⁸ RICOEUR, Paul. **A memória, a história, o esquecimento**. Trad. de Alain François. São Paulo: UNICAMP, 2008.

¹⁹ RICOEUR, Paul. **A memória, a história, o esquecimento**. Trad. de Alain François. São Paulo: UNICAMP, 2008.

²⁰ RICOEUR, Paul. **A memória, a história, o esquecimento**. Trad. de Alain François. São Paulo: UNICAMP, 2008.

²¹ RICOEUR, Paul. **A memória, a história, o esquecimento**. Trad. de Alain François. São Paulo: UNICAMP, 2008, p. 441-442.

norteiam o rumo que os povos trilharão depois dos eventos²², porquanto facultam e edificação da memória coletiva, a qual atuará como comprometimento para o futuro.

O direito à memória, como princípio jurídico e histórico, identifica que “[...] é só no trabalho de rememoração que podemos construir uma identidade que tenha lugar na história e não que possa ser fabricada por qualquer instante ou ser escolhida a esmo a partir de impulsos superficiais [...]”²³, constituindo o dever de memória, o qual depende da vontade política para ser concretizado.

Dessa maneira, tanto o direito à memória como o direito à verdade tornam-se fundamentais para a concretização das medidas adotadas ao longo do período de transição, uma vez que divulgam violações aos direitos humanos ocorridas no passado da nação e facultam a adoção de políticas que preservem os eventos e elucidem tudo o que sucedeu. Sem a efetivação de tais direitos, a democracia não será exercida plenamente.

2 DIREITOS À VERDADE E À MEMÓRIA NO BRASIL

No Brasil, os direitos à memória e à verdade, como prerrogativas a serem utilizadas durante o período de transição, baseiam-se em determinados dispositivos da Constituição Federal, conquanto esta determine alguns limites ao pleno exercício desses direitos, precipuamente no que tange ao acesso a informações que vão de encontro a interesses do Estado e a questões sociais.

Ainda que não estejam previstos no texto constitucional, advêm diretamente dos princípios e do regime por este adotado, conforme inscrito no § 2º do art. 5º da Carta Magna²⁴. Encontram ainda fundamento material no Estado Democrático de Direito, sobretudo nos incisos IV, IX, XIV, XXXIII, XXXIV, "b", do art. 5º da Constituição, bem como nos princípios de transparência, publicidade e no caput do art. 220 do mesmo diploma²⁵.

²² SANTOS, Roberto Lima. **Crimes da ditadura militar**: responsabilidade internacional do estado brasileiro por violação aos direitos humanos. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2010.

²³ GENRO, Tarso; ABRÃO, Paulo. Memória histórica, Justiça de Transição e Democracia sem fim. In: **Repressão e Memória Política no Contexto Ibero-Brasileiro**. Brasília: Ministério da Justiça, Comissão de Anistia; Portugal: Universidade de Coimbra, 2010, p. 21.

²⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

²⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

Em razão disso, ambos podem ser firmados como direitos fundamentais com reserva legal, permitindo que o arcabouço infraconstitucional os restrinja, facultando que o Estado não adote algumas medidas durante a justiça de transição sob o argumento de que existem ressalvas nos dispositivos insculpidos na Carta Magna.

Desse modo, há certo impedimento à total concretização dos direitos à verdade e à memória, o que prejudica a efetividade plena desses princípios. No país, a Justiça de Transição não foi criada logo em seguida ao movimento de abertura política, sobretudo no que se refere à investigação e à punição dos que cometeram delitos contra os direitos humanos; paulatinamente, foram consolidadas alguns objetivos da Justiça de Transição²⁶.

Além disso, em 1979, foi promulgada a Lei N.º 6.683, de 1979, a qual anistiou tantos torturados como torturadores²⁷, medida que objetivava propiciar o esquecimento de diversos eventos ocorridos ao longo do período ditatorial, em busca de não efetivar nem o direito à verdade, nem o direito à memória. À época, não houve reação popular contra a aprovação dessa Lei, demonstrando que a sociedade ainda não compreendera a importância de conhecer a própria história e encontrar e punir os responsáveis pelo crimes de violação aos direitos humanos.

A segunda questão concerne à dificuldade que algumas famílias das vítimas e outros interessados encontraram na pesquisa de documentos oficiais (vários até destruídos), assim como de investigações relacionadas a outros arquivos com dados, informações, da época da repressão. Até hoje, diversos familiares de desaparecidos e mortos têm obtido provas documentais, embora poucas, do que o Estado brasileiro fez com aqueles que se opunham ao regime.

No entender de Torelly, “[...] se a afirmação da memória como forma de fomento à reflexão crítica sobre acontecimentos passados é um catalizador

26 MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; ZILLI, Marcos Alexandre Coelho; GHIDALEVICH, Fabíola Girão Monteconrado (IBCCRIM). Justicia de transición: informes nacionales (Brasil). In: AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel; ELSNER, Gisela (edit.). Justicia de Transición: con informes de América Latina, Alemania, Italia y España. Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer-Stiftung, 2009.

²⁷ BRASIL. Presidência da República. **Lei N. 6.683**, de 28 de agosto de 1979. Concede anistia e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6683.htm>. Acesso em: 10 jun. 2018.

do processo democrático, sua negação é um obstáculo permanente [...]”²⁸, o que prejudica a plena instituição do Estado Democrático de Direito, porquanto o esquecimento acaba por ser utilizado pelas fontes oficiais.

Tais procedimentos advindos do próprio Governo brasileiro provocaram desconfiança e descrédito do povo com relação ao Estado e às autoridades. Durante a transição política, os militares tentaram impor uma verdade por eles criada para os fatos ocorridos na Ditadura, comprometendo o próprio processo democrático.

Ademais, em 2005, foi promulgada a Lei N.º11.111, de 5 de maio de 2005, que prescreveu que estava restrito por até 60 anos o acesso a documentos públicos qualificados como de alto grau de sigilo, ou por prazo indeterminado aqueles referentes às relações internacionais e à soberania estatal²⁹. Tal normativo feriu princípios constitucionais, como o da transparência e o da publicidade, revelando a disposição do Governo brasileiro de obstruir o acesso da sociedade a seu passado.

Com o tempo, entretanto, a população começou a se conscientizar da necessidade de conhecer seu passado e descobrir a verdade acerca dos crimes perpetrados pelos integrantes da Ditadura Militar. As pessoas questionavam o que acontecera realmente com as vítimas do regime e o que seria realizado, para identificar e punir os culpados.

Então, foi instaurada, em 18 de novembro de 2011, a Comissão da Verdade, pelo Governo democrático, por meio da Lei N.º 12.528, com o intuito de estabelecer fatos, causas e efeitos de violações aos Direitos Humanos sucedidas no passado³⁰.

Constata-se que a instituição da Comissão da Verdade demorou bastante a ser instituída, quase 30 anos depois do fim da Ditadura e do retorno

²⁸ TORELLY, Marcelo D. **Justiça Transicional e Estado Constitucional de Direito**: perspectiva teórico-comparativa e análise do caso brasileiro. (Dissertação submetida à Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB) como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, Estado e Constituição). Brasília: ZAMORA, 2008, p. 109.

²⁹ BRASIL. Presidência da República. **Lei N.º 11.111**, de 5 de maio de 2005. Regulamenta a parte final do disposto no inciso XXXIII do caput do art. 5º da Constituição Federal e dá outras providências. Essa Lei foi revogada pela 12.527, de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11111.htm>. Acesso em: 30 jun. 2018.

³⁰ FON FILHO, Aton; FIGUEIREDO, Suzana. Revistando a Anistia – Os fantasmas do passado, os temores do presente, as sombras sobre o futuro. In: **Direitos Humanos no Brasil 2011** – Relatório da Rede Social de Justiça de Direitos Humanos. São Paulo: Expressão Popular, 2011.

da Democracia. Tal fato depõe contra o Governo brasileiro, dado que permite inferir não haver disposição nem vontade política de desvendar as violações aos Direitos Humanos.

Alguns problemas, porém, foram detectados com respeito à Comissão da Verdade, ainda que o alegado propósito da Comissão fosse “passar aquela fase do Brasil a limpo”. Um deles se refere à estrutura da Comissão, composta somente por 7 membros, assessorados por 14 pessoas, que trabalhariam durante 2 anos. Ao perceberem que a quantidade de pessoas era inferior à necessária para executar adequadamente o trabalho, a situação foi atenuada com a aprovação do Decreto N.º 7.919, de 14 de fevereiro de 2013, que definiu o número de 25 cargos diretos no Comissão³¹.

Outra dificuldade identificada diz respeito ao funcionamento da Comissão, com relação à inobservância a aspectos fixados pela Corte Internacional de Direitos Humanos – CIDH, sobretudo quanto à finalidade, aos procedimentos adotados, bem como à estrutura e ausência de orçamento próprio para as despesas provenientes dos trabalhos do órgão³². “Quer quanto à estrutura, portanto, quer quanto a seu objeto, os termos do projeto ofendem a decisão da Corte IDH, traindo a dificuldade para produzir aquela contribuição almejada”³³.

Além disso, houve outras questões sobre os trabalhos da Comissão criticadas. O §2º do art. 4º dessa Lei previa que os membros da Comissão estavam proibidos de divulgar as conclusões das investigações, como também encaminhar os dados ao Ministério Público, a fim de que este pudesse definir responsabilidades e denunciar crimes de violação aos Direitos Humanos³⁴. Ao

³¹ FON FILHO, Aton; FIGUEIREDO, Suzana. Revistando a Anistia – Os fantasmas do passado, os temores do presente, as sombras sobre o futuro. In: **Direitos Humanos no Brasil 2011** – Relatório da Rede Social de Justiça de Direitos Humanos. São Paulo: Expressão Popular, 2011.

³² FON FILHO, Aton; FIGUEIREDO, Suzana. Revistando a Anistia – Os fantasmas do passado, os temores do presente, as sombras sobre o futuro. In: **Direitos Humanos no Brasil 2011** – Relatório da Rede Social de Justiça de Direitos Humanos. São Paulo: Expressão Popular, 2011.

³³ FON FILHO, Aton; FIGUEIREDO, Suzana. Revistando a Anistia – Os fantasmas do passado, os temores do presente, as sombras sobre o futuro. In: **Direitos Humanos no Brasil 2011** – Relatório da Rede Social de Justiça de Direitos Humanos. São Paulo: Expressão Popular, 2011, p, 140.

³⁴ FON FILHO, Aton; FIGUEIREDO, Suzana. Revistando a Anistia – Os fantasmas do passado, os temores do presente, as sombras sobre o futuro. In: **Direitos Humanos no Brasil 2011** – Relatório da Rede Social de Justiça de Direitos Humanos. São Paulo: Expressão Popular, 2011, p, 140.

prescrever desse modo, a Lei desrespeitou os princípios de independência, transparência e idoneidade dos integrantes da Comissão, subordinados aos ditames da norma que instaurou a Comissão.

Nesse sentido, existiu violação ao direito à verdade e ao direito à memória, pois ambos os direitos impediram que a sociedade brasileira edificasse sua memória e acessasse as informações que desvelariam a verdade no que tange ao regime ditatorial – vítimas, responsáveis, eventos. O direito à verdade possibilita que se conheçam fatos históricos que atentaram contra os direitos humanos, a dignidade da pessoa. A verdade permite às gerações futuras adotar ações as quais impeçam a ocorrência de novos delitos relativos aos direitos humanos, assim como preserva a memória das vítimas e confere alento a seus familiares, que enfim podem saber o que de fato sucedeu.

O sigilo acerca dos dados coletados, prescrito pela Lei que instituiu a Comissão da Verdade, prejudica sensivelmente o direito à informação; em consequência, dificultou a efetivação do direito à verdade, porquanto algumas circunstâncias não seriam divulgadas.

Embora a Comissão da Verdade e a Lei que a instaurou tenham apresentado deficiências, aquela foi capaz de esclarecer algumas informações inverídicas disseminadas pelos militares sobre os fatos atinentes a violações aos direitos humanos, assim como prestar satisfação a familiares de vítimas com respeito ao que realmente ocorrera com elas, apaziguando um pouco a angústia dos que ansiavam por alguma informação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os direitos à memória e à verdade constituem aspectos fundamentais da justiça de transição, a fim de possibilitar a concretização da justiça histórica, com obrigações pelo Estado, que deve facultar aos indivíduos não apenas o retrato de eventos passados, como também atribuir responsabilidades pelas violações a direitos humanos cometidas ao longo do período autoritário.

Nesse sentido, na justiça de transição, o total esquecimento não encontra guarida, diante do afã de punir os culpados pelas violações a direitos humanos, além de permitir que os familiares das vítimas conheçam a verdade sobre o ocorrido no regime autoritário, rompendo com este e confirmando a transição para a ordem democrática.

No Brasil, a justiça de transição foi efetivada timidamente e ocorreu muito tempo depois que o país tinha retornado ao regime democrático, em 1984. Durante muitos anos, por meio de decretos e leis, o Governo optou por não divulgar o passado de violência que aconteceu ao longo da Ditadura. Apenas com a instituição da Comissão Nacional da Verdade, em 2010, foi possível elucidar eventos e situações de diversas e sérias violações aos direitos humanos, tanto no Brasil como no exterior, examinando casos de desaparecimento forçado, ocultação de cadáveres, tortura, assassinato.

Mesmo com problemas, a Comissão conseguiu dar satisfação a vítimas e familiares, identificando responsáveis e esclarecendo vários delitos, inclusive com a localização de corpos. Mas até hoje os responsáveis pelos delitos não foram punidos e as conclusões do relatório elaborado pela Comissão totalmente divulgadas e muitas respostas precisam ser expostas.

É necessário e premente o pleno ajuste histórico de delitos que prejudicam a democracia, o Estado de Direito e os direitos humanos no Brasil.

A verdade constitui resposta à prática de violações aos direitos humanos e resposta jurídica à indiferença.

REFERÊNCIAS

- ABREGU, Martín. Derecho a la verdade vs impunidad. **Revista do Instituto Interamericano de Direitos Humanos**, vol. 27, jan./jun. 1998.
- BENEDETTI, Juliana Cardoso; NAHOUM, André Verera. Justiça de Transição e integração regional: o direito à memória e à verdade no Mercosul. **Revista Anistia Política e Justiça de Transição**. Brasília: v. 1, 2009.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BRASIL. Presidência da República. **Lei N. 6.683**, de 28 de agosto de 1979. Concede anistia e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6683.htm>. Acesso em: 10 jun. 2018.
- _____. Presidência da República. **Lei N.º 11.111**, de 5 de maio de 2005. Regulamenta a parte final do disposto no inciso XXXIII do caput do art. 5º da Constituição Federal e dá outras providências. Essa Lei foi revogada pela 12.527, de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11111.htm>. Acesso em: 30 jun. 2018.
- FON FILHO, Aton; FIGUEIREDO, Suzana. Revistando a Anistia – Os fantasmas do passado, os temores do presente, as sombras sobre o futuro. In: **Direitos Humanos no Brasil 2011** – Relatório da Rede Social de Justiça de Direitos Humanos. São Paulo: Expressão Popular, 2011.

GENRO, Tarso; ABRÃO, Paulo. Memória histórica, Justiça de Transição e Democracia sem fim. In: **Repressão e Memória Política no Contexto Ibero-Brasileiro**. Brasília: Ministério da Justiça, Comissão de Anistia; Portugal: Universidade de Coimbra, 2010.

GONZÁLEZ, Eduardo; VARNEY, Howard. *Truth Seeking: Elements of Creating an Effective Truth Commission*. Brasília: Amnesty Commission of the Ministry of Justice of Brazil; New York: International Center for Transitional Justice, 2013.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; ZILLI, Marcos Alexandre Coelho; GHIDALEVICH, Fabíola Girão Monteconrado (IBCCRIM). Justicia de transición: informes nacionales (Brasil). In: AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel; ELSNER, Gisela (edit.). Justicia de Transición: con informes de América Latina, Alemania, Italia y España. Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer-Stiftung, 2009.

NAQVI, Yasmim. El derecho a la verdade em el derecho internacional: ¿ realidad o ficción?. *International Review of Red Cross*. N. 862, jun. 2006.

REZENDE, Maísa Alves; TESHIMA, Márcia. *Revista Jurídica da Presidência*. Brasília v. 15 n. 105 fev./maio 2013, p. 253 a 278.

RICOEUR, Paul. **A memória, a história, o esquecimento**. Trad. de Alain François. São Paulo: UNICAMP, 2008.

SANTOS, Claiz Maria Pereira Gunça dos. **O Reconhecimento do Direito à Verdade e à Memória como um Direito Fundamental Implícito no Ordenamento Jurídico Brasileiro**. Disponível em: <<http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=94aef38441efa338>>. Acesso em: 2 jun. 2018.

SANTOS, Queila Rocha Carmona dos; BUCCHI, Alexandre. Direitos Humanos e Breves Notas a Respeito do Direito à Memória e do Direito à Verdade. **XXIV Encontro Nacional do Conpedi – Ufs**. Direito Internacional dos Direitos Humanos. Santa Catarina, 2015.

SANTOS, Roberto Lima. **Crimes da ditadura militar: responsabilidade internacional do estado brasileiro por violação aos direitos humanos**. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

TORELLY, Marcelo Dalmas. **Justiça transicional e estado constitucional de direito: Perspectiva teórico-comparativa e análise do caso brasileiro**. Dissertação (Mestrado em Direito) apresentada à Universidade de Brasília (UnB), Brasília, 2010.



Revista Processus de Estudos de Gestão, Jurídicos e Financeiros.

ISSN: 2237-2342 (impresso)
L-ISSN: 2178-2008 (on-line)

Ano X, Vol.X, n.39, jul./dez., 2019.

Tramitação editorial:

Data de submissão: 30/07/2019.

Data de reformulação: 15/09/2019.

Data de aceite definitivo: 30/11/2019.

Data de publicação: 20/12/2019.

Editor Responsável: Me. Jonas Rodrigo Gonçalves.

FEMINICÍDIO: UMA ANÁLISE APLICADA SOB A LEI MARIA DA PENHA.

Amanda Silva Marciano¹

Me. Iel Marciano de Moraes Filho²

Me. Mayara Cândida Pereira³

Dra. Francidalma Soares Carvalho Filha⁴

Esp. Goiacymar Campos dos Santos⁵

Resumo

O Presente trabalho busca demonstrar a configuração do crime de feminicídio e as mudanças aplicadas sob a lei 11.340/2006 – conhecida nacionalmente como lei Maria da Penha, destacando a evolução do papel e dos direitos das mulheres aliados ao empoderamento feminino que lentamente foi se desenvolvendo pelos lapsos temporais das sociedades patriarcalistas e conservadoras até os dias atuais. No entanto como será analisado pela presente pesquisa, apesar da conquista de direitos e deveres, o estado, efetivamente, necessita constantemente alterar e enrijecer mais a legislação pátria em relação ao cuidado e proteção das mulheres que indiscutivelmente são as maiores vítimas dos crimes de ódio e de gênero causado pelo simples fato e condição de ser mulher.

Palavras-chave: Maria-da-Penha. Feminicídio. Empoderamento - Feminino.

¹ Bacharel em Direito. Pontifícia Universidade Católica de Goiás- (PUC -GO). Goiânia- GO, Brasil.

² Enfermeiro. Mestre em Ciências Ambientais e Saúde. Especialista em Enfermagem do Trabalho e Professor do Departamento de Enfermagem da Universidade paulista (UNIP). Brasília – DF, Brasil.

³Enfermeira. Doutoranda Gerontologia pela Universidade Católica de Brasília-DF, Mestre em Gerontologia e Especialista em Saúde Pública. Coordenadora do Curso de Enfermagem da Universidade Paulista - (UNIP). Brasília – DF, Brasil.

⁴ Enfermeira. Doutora em Saúde. Mestre em Enfermagem. Docente da Universidade Estadual do Maranhão (UEMA) e do Centro Universitário de Ciências e Tecnologia do Maranhão (UniFacema). Bacabal - MA, Brasil.

⁵ Bacharel em Direito. Especialista em Direito Penal e Processo Penal. Professora do departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Goiás- (PUC -GO). Goiânia- GO, Brasil.

Abstract

The present work seeks to demonstrate the configuration of the crime of femicide and the changes applied under the law 11.340 / 2006 - nationally known as Maria da Penha law, highlighting the evolution of the role and rights of women allied to female empowerment that was slowly developing by women. time lapses of patriarchal and conservative societies to the present day. However, as will be analyzed by the present research, despite the conquest of rights and duties, the state, in fact, constantly needs to constantly change and tighten the homeland legislation regarding the care and protection of women who are arguably the biggest victims of hate crimes. of gender caused by the simple fact and condition of being a woman.

Keywords: Maria-da-Penha. Femicide. Female - Empowerment.

Introdução

Pode-se afirmar que as relações de trabalho sempre foram consideradas divisor ético e social entre homens e mulheres, sendo tais atividades divididas entre os membros da família, de forma que cada um teria sua parte na subsistência desta. Entretanto essa divisão é vista como marco da inferioridade da mulher em relação ao homem.

Na primeira seção, a partir do estudo da evolução histórica é possível se analisar a inferiorização das mulheres na sociedade como organização social humana, sendo estas tratadas como mero objetos. Desde que nasciam, eram consideradas de propriedade de seu pai, passando a posse do marido quando jovens e em casos de viúves, esta passava a pertencer a família do de cujos.

Em sede em relação ao poder da propriedade da mulher, ao homem, chefe de família, era permitir castigar a esposa e seus filhos por atos que considerassem desrespeitosos, sendo que a esposa não poderia fazer nada sem a autorização deste, este requisito somente foi revogado pelo estatuto da mulher, lei n°. 4.121/62 que trazia previsões inovadoras como o divórcio, entretanto ainda manteve a mulher como submissa. Somente com o advento da lei Maria da Penha que a violência doméstica contra a mulher passou a ser tipificada em lei no Brasil, demonstrando o atraso do país em relação a proteção feminina. Já o feminicídio, foi tipificado pela lei 13.104/2015, e traz que a prática desse crime deve ser observada em circunstâncias

como violência doméstica e familiar ou menosprezo, discriminação ou ódio a condição de mulher.

Feito a delimitação dos avanços históricos mais marcantes, inicia-se a segunda seção, cujo objetivo é mostrar como a lei que tipifica o feminicídio é aplicada atualmente no Brasil, através de um estudo conjunto com a aplicação do código penal brasileiro, onde este delimita o delito em questão como um crime hediondo. A redação da lei 13.104/2015 foi bem clara em expor como vítima aquela do sexo feminino, e nesse sentido, ao trazer as condições em que se configura esse delito teremos que entender primeiramente como se configura a violência doméstica ou familiar, tais características serão explanadas no referido capítulo.

Por fim a terceira seção discute os resultados após o advento da lei 13.104/2015, sendo estudada a aplicabilidade dessa lei nos processos criminais posteriores a sua entrada em vigor. Estudar-se-á que uma lei mais severa nem sempre quer dizer a redução dos crimes, não sendo aplicada em todos os casos, devido as suas circunstâncias necessárias nem sempre serem reconhecidas no devido processo de investigação até a condenação do agressor.

1 A MULHER COMO PROPRIEDADE PRIVADA

A relação de trabalho, sempre foi e ainda é utilizada como forma de separação e organização social, observa-se já no período mesopotâmico o começo da configuração societária do que viria a anos depois ser conhecido como sociedade.

Tanto homens quanto as mulheres possuíam as suas atividades inerentes a sobrevivência delimitada, sendo que os primeiros eram responsáveis pela caça e proteção do bando e as mulheres por organização da prole, coleta e cultivo de alimentos. Essa Divisão, até hoje possui profundo marco social como observa-se durante este artigo, visto que a partir desta configuração surgem vários pontos que merecem ser discutido como a ideia de inferioridade feminina e a privatização da mulher por uma sociedade patriarcalista.

1.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA

As mulheres costumavam ser criadas para ficar em casa e serem submissas aos homens. Na sociedade patriarcal, a sujeição feminina acontece

quando o homem é quem dita às regras e designa qual é o papel da mulher na sociedade. (NIEM, 2014).

Fato é que as mulheres, principalmente após a ascensão da Igreja Católica junto ao império Romano, encontravam-se em plena e total submissão aos maridos, não sendo reconhecido como sujeitos de direitos, possuindo sequer capacidade jurídica. Não é por menos que em um vasto período milhares de mulheres foram mortas, queimadas nas fogueiras inquisitoriais, por ser consideradas bruxas ou malfeitoras.

A inferioridade da mulher se traduzia como ser vista como um mero objeto. Era posse do pai enquanto menina, posse do marido enquanto jovem e se por ventura ficasse viúva passava a ser posse da família do pai do marido morto, visto que a submissão feminina era explicada de forma biológica, como se a mulher tivesse, por natureza, o corpo mais fraco do que o do homem.

Desse modo, no tocante a realidade da mulher no Brasil não seria diferente, com a colonização em um sistema católico tradicional oriundo de Portugal. O Brasil-colônia foi regulamentado por mais de trezentos anos pelas Ordenações Filipinas que traziam na sua composição o conservadorismo do poder patriarcal vivido na idade média.

No regime das Ordenações ao marido não era imputado pena por aplicação de castigos corporais à mulher e aos filhos; o pátrio poder era de exclusividade do marido, não podia, a mulher, praticar quase nenhum ato sem a autorização deste. Após a proclamação da Independência o Decreto n 181, de 24 de janeiro de 1890, manteve o domínio patriarcal, instituindo o casamento civil, no entanto retirou do esposo o direito de castigar fisicamente a mulher e os filhos.

Posteriormente, com a promulgação do Código Civil de 1916 os princípios patriarcalistas foram mantidos, sendo o homem considerado o chefe da sociedade conjugal limitando a capacidade da mulher à determinados atos, no entanto caso houvesse divergência entre os cônjuges prevaleceria a vontade masculina (art. 186). A Lei n 4.121/62 (Estatuto da Mulher Casada), após trinta anos trouxe importantes mudanças no Código Civil, como a possibilidade do desquite (divorcio) e a condição de exercer o pátrio poder, no entanto ainda era considerada submissa ao esposo.

A Constituição Federal de 1988 foi a primeiro dispositivo legal a reconhecer a igualdade entre homens e mulheres, vedando a discriminação em razão de gênero, reconhecendo a divisão das responsabilidades conjugais.

No entanto, não basta a mudança dos diplomas legais, assinatura de tratados internacionais para que os costumes societários sejam alterados, infelizmente essa difícil mudança comportamental e percebida quando se trata dos direitos femininos em uma sociedade complexa como a brasileira.

1.2 LEI MARIA DA PENHA

A Lei nº 11.340/2006, mais conhecida como Lei Maria da Penha, é obra de um longo processo legislativo iniciado em 2002, para a discussão e elaboração de projeto de lei que criasse mecanismos a fim de coibir e combater a violência doméstica e familiar contra mulher.

Maria da Penha Maia Fernandes foi escolhida para nomear a referida lei, depois de travar uma longa batalha judicial contra o ex-marido ao qual tentou, em mais de vinte anos de casamento, matá-la duas vezes sendo que em uma das tentativas a deixou paraplégica.

Destaca-se que a lentidão do Judiciário para punir o agressor levou ao ingresso do caso nº 12.051 na Organização dos Estados Americanos (OEA), ao qual o Brasil é signatário sob a fundamentação da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará) e à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW), ao qual foi proferida a condenação do agressor e a obrigação do Brasil em criar uma legislação específica de proteção as mulheres.

A Lei Maria da Penha, em seu artigo 5º, não abarca toda e qualquer violência doméstica contra mulher pois é taxativo ao descrever que a conduta se baseia no gênero, ou seja, imprescindível a expressão de posição de dominação do homem e subordinação da mulher.

Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial.

A violência doméstica não guarda correspondência com quaisquer tipos penais não inibindo a concessão das medidas protetivas tanto por parte da autoridade policial como pelo juiz. A Lei Maria da Penha, possui como principal propósito, dar um basta à violência doméstica, o que nem sempre é alcançado ao perpetuar-se a situação de conflito mediante a instauração de processo criminal, quando já solvidas todas as questões que lhe serviam de causa.

A principal questão ao qual os processos de violência doméstica no Brasil se encontram travados e omissão do Poder Legislativo em criar a regulamentação dos Juizados Especiais Criminais especializados em violência doméstica, o que acaba gerando um aumento nas demandas e no tempo de resolução nas varas criminais comuns.

1.3 TIPIFICAÇÃO DO TERMO FEMINICÍDIO NO BRASIL

A palavra feminicídio deriva da expressão inglesa *feminicide*, foi utilizada por Diana Russel pela primeira vez em público no tribunal Internacional Sobre Crimes contra as mulheres, em Bruxelas, no ano de 1976.

A lei 13.104/2015 que tipificou a figura do feminicídio na legislação brasileira, em seu artigo 1º, § 2º-A, considera o assassinato de mulher, como sendo uma condição especial da vítima, quando presentes “violência doméstica e familiar” ou “menosprezo ou discriminação à condição de mulher”.

Segundo Debelak, Dias e Garcia, o feminicídio na maioria dos casos concretos tem algum condão de ligação com a violência doméstica sofrida pela mulher vejamos:

Embora o feminicídio não aconteça somente como a expressão máxima de um ciclo de violência vivido pela mulher dentro de seu próprio lar, a relação entre eles é inegável: 43,4% dos assassinatos femininos cometidos em 2011 no Brasil tiveram autoria do parceiro ou ex-parceiro da vítima, segundo o mapa de violência publicado no ano de 2012 – pesquisas mais recente sobre o tema, que ainda é de difícil apuração em decorrência da subnotificação dos casos e da falta de um padrão nacional para o registro destes dados. Aproximadamente uma em cada cinco brasileiras reconhece já ter sido vítima de violência doméstica ou familiar provocada por um homem, de acordo com o Data Senado. Isto, no entanto, não quer dizer que elas foram ou são violentadas todos os dias. Este tipo de agressão costuma acontecer depois de uma série de investidas psicológicas contra sua integridade mental. (DEBELAK, DIAS e GARCIA. Pg. 8. 2015).

E perfeitamente perceptível que o feminicídio, no cenário brasileiro, se encontra problematizado no contexto de violência doméstica contra a mulher (estabelecidos na Lei Maria da Penha), no entanto não é o único modo já que perpetuam subdivisões, como demonstrado abaixo.

Importante salientar que nem todo assassinato de mulher se caracteriza com sendo feminicídio. O crime configura-se quando uma mulher se torna vítima de homicídio apenas por ser do sexo feminino.

Neste sentido conceitua Miranda que:

[...] “femicídio” ou “feminicídio”, é caracterizado na forma extrema de violência de gênero que resulta na morte da mulher em três situações: quando há relação íntima de afeto ou parentesco entre a vítima e o agressor; quando há prática de qualquer violência sexual contra a vítima e em casos de mutilação ou desfiguração da mulher que seria o assassinato da mulher em razão do seu gênero feminino.

Em decorrência destas características surgem ainda três tipos possíveis de feminicídio: íntimo, não íntimo e por conexão. No feminicídio íntimo, o autor do crime é o atual ou ex-companheiro da mulher com o qual a ela manteve algum tipo de relacionamento ou convivência conjugal, extraconjugal ou familiar

Feminicídio não íntimo: o autor do crime e a vítima mulher não possuíam qualquer ligação familiar, de convivência ou de relacionamentos. Já, o feminicídio por conexão, ocorre quando o homem tem por objetivo assassinar outra mulher, no entanto, a vítima que não era alvo, vem a ser assassinada por estar na hora errada e no lugar errado pode-se dizer

No entanto, o crime de feminicídio só se qualifica se presentes as qualificadoras elencadas no artigo 121, § 2º- A do Código Penal.

Art. 121. [...]

§ 2º-A. Considera-se que há razões de condição de sexo feminino quando o crime envolve:

I - Violência doméstica e familiar;

II - Menosprezo ou discriminação à condição de mulher.

Portanto, se no caso concreto não houver a presença das qualificadoras mencionadas pela Lei o crime de ocorrido não se configura feminicídio e sim de outra conduta relacionada ao artigo 121 do código penal.

2 MUDANÇAS APLICADAS PELA LEI 13.104/2015 NOS DIPLOMAS LEGAIS BRASILEIROS

Desde a sua promulgação as mudanças provocadas pela lei 13.104/15 (lei do feminicídio) tem sido destaque em diversos campos do direito material e formal em razão de que esta possui como foco exclusivo a mulher vítima de violência doméstica e familiar.

2.1 DA POSSIVEL INCONSTITUCIONALIDADE

O principal argumento dos defensores da inconstitucionalidade baseia-se no princípio da igualdade (art. 5º, inciso I, da CF), que estaria sendo ferido pelo tratamento diferenciado e pela proteção especial atribuída à mulher. De acordo com esse posicionamento minoritário, a classe de homens jovens, negros, pobres, também formariam um grupo considerado de risco, igualmente vulneráveis que deveriam ter uma lei penal específica.

Contudo, traz-se à baila que este grupo não são mortos por suas companheiras, mas sim por outros homens e não havendo a incidência de qualquer desigualdade de gênero. (Mapa da Violência, 2012).

. Em outras palavras, “quando se trata de diferenciação justificada, por força do critério valorativo, não há que se falar em violação ao princípio da igualdade” (GOMES, BIANCHINI, 2006). Formalmente, todos são iguais perante a Lei, porém a aplicação é ampliada para otimizar reduzir as desigualdades fáticas, tornando uma aplicação mais garantidora e eficaz. Ou seja, a igualdade jurídica deixa de ser puramente formal para atender a realidade brasileira.

Assim, o princípio constitucional da igualdade equipara os cidadãos diante da norma legal e exige que em toda lei esteja inserido o princípio da isonomia, como brilhantemente lucidado pelo mestre Rui Barbosa de que a regra da igualdade se baseia em tratar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigualem.

Observa-se que haverá ofensa ao princípio da igualdade nas seguintes situações. Primeiro, quando a lei faz referência a um destinatário atual e determinado, quando deveria se referir a um grupo de sujeitos, ou um sujeito futuro e indeterminado. Segundo, quando a regra jurídica não utiliza o fator “tempo” adequadamente, de modo que a diferenciação não seja feita com base nos fatos, situações ou sujeitos, como deveria ser. Resta-se, então, que a nova Lei do Feminicídio atende todos os

requisitos, sendo constitucional, como também norteadora do princípio da igualdade, o qual é basilar para o direito.

2.2. AS APLICAÇÕES NO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO

Diante da diversidade de questões que podem ser suscitadas a respeito da Lei nº. 11.340/06 ressalta-se a sua aplicabilidade. Primordialmente, a Lei em quesito alterou o artigo 121 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, para incluir o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio, com motivação na condição de sexo feminino (art. 121, § 2º, VI, do Código Penal).

Faz-se necessário analisar que no crime de feminicídio, o sujeito passivo é a mulher. A redação da Lei foi muito nítida ao redigir “condição de sexo feminino”, ou seja, a mulher no sentido biológico. Então não se admitirá analogia contra o réu, excluindo o feminicídio quando a vítima é um homem que possua relações homoafetivas.

Por conseguinte, no § 2º-A do mesmo artigo, o Código Penal elenca as situações que são consideradas como razões de condição do sexo feminino: violência doméstica e familiar, menosprezo à condição de mulher ou discriminação à condição de mulher. § 2º-A Considera-se que há razões de condição de sexo feminino quando o crime envolve: I - violência doméstica e familiar; II - menosprezo ou discriminação à condição de mulher.

Primeiramente, para configurar a violência doméstica e familiar justificadora da qualificadora, faz-se indispensável constatar o que levou ao cometimento da agressão e se esta foi baseada ou não no gênero. Ora, a partir de uma interpretação sistemática chega-se ao conceito do art. 5º, da Lei Maria da Penha, o qual define a expressão “violência doméstica e familiar” como: “qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial”.

Conforme a Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher, em seu artigo 1º conceitua-se a “discriminação à condição de mulher” como sendo:

Toda distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo e que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício pela mulher, independentemente de seu estado civil, com base na igualdade do homem e da mulher, dos direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo. (CEDAW, 1979).

Desta forma a inclusão do feminicídio como qualificadora do artigo 121 do Código Penal, além de buscar em sua essência a reprodução de qualquer das condutas delitivas descritas, deixa claro que seu objetivo em qualificar a pena dos casos concretos decorre da realidade de uma sociedade, ainda considerada pobre em nível educacional e cultural, ao qual insiste em agredir física e psicologicamente mulheres apenas por serem mulheres.

2. 3 CRIME HEDIONDO

A lei 13.104/2015, também provocou mudanças no artigo 1º da Lei nº. 8.072/1990, para adicionar o inciso VI do feminicídio no rol dos crimes hediondos. Desse modo, o crime de feminicídio é formalmente hediondo a partir da transformação legislativa entrou em vigor no dia 10 de março de 2015, sendo aplicado somente aos casos após esta data sob a ótica do princípio da legalidade.

Com todas as modificações, conseqüentemente, o agressor a conduta elencada deixa responder pelo homicídio simples com pena prevista de 06 a 20 anos, aumentando a pena, já que qualificado, para 12 a 30 anos. Ademais, no tocante à jurisdição, o processo não pode ser julgado por um juiz singular, pois como é um crime doloso contra a vida, o julgamento é proferido pelo Tribunal do Júri.

E importante destacar que além do aumento significativo da pena, um crime quando e considerado hediondo possui implicações quanto à progressão de regime como bem ensina Rogério Greco que:

A progressão é um misto de tempo mínimo de cumprimento de pena (critério objetivo) com o mérito do condenado (critério subjetivo). A progressão é uma medida de política criminal que serve de estímulo ao condenado durante o cumprimento de sua pena. A possibilidade de ir galgando regimes menos rigorosos faz com que os condenados tenham a esperança de retorno paulatino ao convívio social (GRECO, 2008, p. 512).

Logo, de acordo com a Lei de Execução Penal sob o nº. 7.210/1984, a progressão de regime dá-se após o cumprimento de 1/6 da pena se o crime não é hediondo, com fulcro no artigo 112, da LEP. Entretanto, como o legislador inseriu o feminicídio ao rol de crimes hediondos, o artigo 2º, § 2º, prevê a progressão para um

regime prisional menos gravoso maior, sendo: 2/5, se primário, e 3/5 em caso de reincidência.

Há ainda a criação das causas de aumento de pena prevista na redação do §7º, artigo 121, do Código Penal, quando o crime for cometido: § 7º A pena do feminicídio é aumentada de 1/3 (um terço) até a metade se o crime for praticado: I - durante a gestação ou nos 3 (três) meses posteriores ao parto; II - contra pessoa menor de 14 (catorze) anos, maior de 60 (sessenta) anos ou com deficiência; III - na presença de descendente ou de ascendente da vítima.

A legislação mais severa não é sinônimo de maior eficácia na erradicação dos crimes, porém é uma iniciativa que demonstra a inclemência ao cometimento deles, visando proteger a mulher da violência ao qual seu gênero se encontra incluído.

3 A APLICAÇÃO DA LEI 13.104/2015 NOS PROCESSOS CRIMINAIS PÓS MARÇO/2015.

Apesar da promulgação da lei 13.104 ter sido data de 10 de março de 2015, somente no mês de outubro do mesmo ano e que o seu *vacatio legis* (vacância da lei) teve fim, passando assim a vigorar plenamente as mudanças ocorridas no código penal, com a inclusão da qualificadora específica no artigo 121 e o enquadramento nos crimes hediondos do 1º, VI, da Lei nº. 8.072/1990.

No entanto a inclusão das respectivas mudanças trouxe à tona alguns questionamentos, como o fato de que se a aplicação do feminicídio nos casos concretos poderia retroagir os efeitos? Dessa forma duas correntes foram formadas a dos juristas que entendem que a qualificadora proposta pela lei é objetiva – podendo assim retroagir – e o entendimento que a mesma é subjetiva – não desta forma retroagir antes da sua vigência.

Paulo Busato - Promotor de Justiça e defensor da corrente objetiva entende que se trata de dado absolutamente objetivo, equivocadamente inserido em disposição que cuida de circunstâncias de natureza subjetiva. A partir dessas premissas, lança-se observação acerca do motivo imediato, que pode qualificar o crime se aderente às hipóteses do art. 121, § 2º, incisos I, II e V do Código Penal, quadro que não se confunde com a condição de fato, ou seja, com o contexto objetivo, caracterizador do cenário legal de violência de gênero, palco em que se

desenvolveram os ataques contra a mulher dramaticamente encerrados com a sua morte.

Entendendo ser a qualificadora objetiva, tem-se o seguinte julgado do TJDF, julgado em 29/10/2015:

PENAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. RÉU PRONUNCIADO POR HOMICÍDIO COM MOTIVO TORPE. MORTE DE MULHER PELO MARIDO EM CONTEXTO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR. PRETENSÃO ACUSATÓRIA DE INCLUSÃO DA QUALIFICADORA DO FEMINICÍDIO. PROCEDÊNCIA. SENTENÇA REFORMADA. 1. Réu pronunciado por infringir o artigo 121, § 2º, inciso I, do Código Penal, depois de matar a companheira a facadas motivado pelo sentimento egoístico de posse. 2. Os protagonistas da tragédia familiar conviveram sob o mesmo teto, em união estável, mas o varão nutria sentimento egoístico de posse e, impelido por essa torpe motivação, não queria que ela trabalhasse num local frequentado por homens. **A inclusão da qualificadora agora prevista no artigo 121, § 2º, inciso VI, do Código Penal, não poderá servir apenas como substitutivo das qualificadoras de motivo torpe ou fútil, que são de natureza subjetiva, sob pena de menosprezar o esforço do legislador. A Lei 13.104 /2015 veio a lume na esteira da doutrina inspiradora da Lei Maria da Penha, buscando conferir maior proteção à mulher brasileira, vítima de condições culturais atávicas que lhe impuseram a subserviência ao homem.** Resgatar a dignidade perdida ao longo da história da dominação masculina foi a ratio essendi da nova lei, e o seu sentido teleológico estaria perdido se fosse simplesmente substituída a torpeza pelo feminicídio. **Ambas as qualificadoras podem coexistir perfeitamente, porque é diversa a natureza de cada uma: a torpeza continua ligada umbilicalmente à motivação da ação homicida, e o feminicídio ocorrerá toda vez que, objetivamente, haja uma agressão à mulher proveniente de convivência doméstica familiar.** 3 Recurso provido. (TJDF - RSE: 20150310069727, Relator: George Lopes Leite, ψR. EMERJ, Rio de Janeiro, v. 19, n. 72, p. 203 - 219, jan. - mar. 2016 ψ 213 Data de Julgamento: 29/10/2015, 1ª Turma Criminal, Data de Publicação: Publicado no DJE: 11/11/2015.) (Grifamos).

Para reforçar esse pensamento Comissão Permanente de Combate à Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher – COPEVID elaborou o enunciado 23 e 24, aduzindo a objetividade das qualificadoras, observemos:

Enunciado nº 23 (005/2015):

“A qualificadora do feminicídio, na hipótese do art. 121, § 2º- A, inciso I, do Código Penal, é objetiva, nos termos do art. 5º da Lei n.11.340/2006 (violência doméstica, familiar ou decorrente das relações de afeto), que prescinde de qualquer elemento volitivo específico.” (Aprovado na II Reunião Ordinária do GNDH e pelo CNPG em 22/09/2015).

Enunciado nº 24 (006/2015):

“A qualificadora do feminicídio, na hipótese do art. 121, § 2º-A, inciso “II, do Código Penal, possui natureza objetiva, em razão da situação de desigualdade histórico-cultural de poder, construída e naturalizada como padrão de menosprezo ou discriminação à mulher.” (Aprovado na II Reunião Ordinária do GNDH e pelo CNPG em 22/09/2015)

Sob a ótica da subjetividade da qualificadora subjetiva, temos o entendimento de Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto, notemos:

"[...] a qualificadora do feminicídio é subjetiva, pressupondo motivação especial: o homicídio deve ser cometido contra a mulher por razões da condição de sexo feminino. Mesmo no caso do inc. I do § 2º-A, o fato de a conceituação de violência doméstica e familiar ter um dato objetivo, extraído da lei, não afasta a subjetividade. Isso porque o § 2º-A é apenas explicativo; a qualificadora está verdadeiramente no inc. VI do § 2º, que, ao estabelecer que o homicídio se qualifica quando cometido por razões da condição do sexo feminino, deixa evidente que isso ocorre pela motivação, não pelos meios de execução." (2015, p. 84).

Já para Cezar Roberto Bittencourt o próprio móvel do crime é o menosprezo ou a discriminação à condição de mulher, mas é, igualmente, a vulnerabilidade da mulher tida, física e psicologicamente, como mais frágil, que encoraja a prática da violência por homens covardes, na presumível certeza de sua dificuldade em oferecer resistência ao agressor machista.

Nesse ponto necessário se faz relembrar o princípio da anterioridade da lei observado no artigo 5º, XXXIX da Constituição Federal e 1º do código penal visto que não há crime sem lei anterior que o defina é muito menos pena sem prévia cominação legal.

Primeiramente cabe frisar que os crimes anteriores a 10 de março de 2015 que foram classificados por motivo torpe ou fútil continuará incidindo na forma ao qual se encontrava previsto no código penal, visto que entendemos que as qualificadoras do feminicídio são de ordem subjetiva, pois, antes de termos um esclarecimento do tema pela Lei 11.304/2015, as três situações que hoje configuram o feminicídio já eram enquadradas no processo penal como qualificadoras de natureza subjetiva.

Como explanado, a Lei 13.104 não trouxe uma nova qualificadora, apenas destacou uma situação ao qual é recorrente no dia-a-dia do judiciário quando envolvem morte e violência contra mulheres.

Em um levantamento realizado pelo Conselho Nacional de Justiça desde que foi tipificado como crime hediondo, em março de 2015, até 30 de novembro de 2016, o feminicídio teve 3.213 inquéritos registrados no país. Desses, 1.540 tiveram a denúncia oferecida à Justiça (47,93%), 1.395 estão com a investigação em curso, 192 foram arquivados e 86 foram desclassificados como feminicídio.

O Anuário da Justiça de São Paulo em 2017 reuniu dados que mostram que no ano de 2016, a Justiça paulista recebeu 90 mil casos de violência doméstica,

a partir da ter eficácia jurídica em outubro de 2015, a Justiça de São Paulo processou em média 13 acusações sob a qualificadora de feminicídio resultando a 136 casos julgados desde a criação do crime até dezembro do ano passado.

A Organização Mundial da Saúde (OMS) traz números alarmantes contra a integridade da mulher brasileira, sendo que a quantidade de assassinatos chega a 4,8 para cada 100 mil mulheres. O Mapa da Violência de 2015 aponta que, entre 1980 e 2013, mais de 106 mil mulheres morreram pelo fato e condição de gênero.

Ainda de acordo com o levantamento da OMS entre 2003 e 2013, houve aumento de 54% no registro de mulheres mortas por seus companheiros, passando de 1,8 mil para 2,8 mil nesse período, sendo que os casos de feminicídio-intimo quando cometido pelos próprios familiares (50,3%) ou parceiros/ex-parceiros (33,2%) os com maiores incidências.

Assim apesar de o principal objetivo do feminicídio seja de endurecer a punição contra os agressores de mulheres em razão de seu gênero, não pode, de nenhuma forma alterar os princípios constitucionais para que haja aplicação de sua gravidade aos crimes anteriores a sua vigência, sendo que estaríamos de frente de uma *Reformatio in pejus*, reformando/modificando a lei em prejuízo ao agressor a cominação legal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os conceitos de submissão da mulher que se mantiveram firmes por eras foi modificado a um período considerado a curto prazo dos dias atuais, sendo que, para que as mulheres ganhassem espaço no mundo em si foram necessárias várias guerras, sejam elas travadas dentro de casa por esposas que sofriam com a opressão do marido, sejam as grandes revoluções que deram a elas o direito a voto, o direito de trabalho em fabricas, e futuramente e autonomia profissional decorrente do empoderamento feminino que se encontra em crescimento.

Em se tratando de leis que participaram desse processo de desenvolvimento, mesmo com o advindo de várias constituições ao longo dos anos após a declaração de independência do Brasil, foi necessário criar uma lei específica que tipificasse a violência doméstica de forma detalhada, trazendo à tona a necessidade de respeito aos direitos das mulheres, seja no âmbito profissional ou familiar.

O feminicídio não é um crime atual, visto que sempre fora cometido mas nunca punido de forma correta. Nosso ordenamento jurídico vem se aprofundando cada vez mais nos estudos para tipificar de forma correta esse crime tão banal, e que infelizmente continua sendo praticado de forma livre por criminosos que esperam se esconder por trás das lacunas da lei. Nesse sentido faz-se necessário destacar que mesmo com o advento dos referidos diplomas legais no fim de 2015, ainda vivemos uma situação de calamidade onde os direitos das mulheres são esquecidos pelo ódio alheio, de homens que ainda sustentam o pensamento machista da sociedade, e que acaba por tirar vidas por tão pouco.

Portanto é necessário que a luta pela preservação dos direitos continue, não somente o direito das mulheres, mas de toda a humanidade, devendo-se pensar no próximo.

REFERÊNCIAS

BUSATO, Paulo César. **"Homicídio mercenário e causas especiais de diminuição de pena. Um paradoxo dogmático."** Cadernos do Júri, n. 3, 2015.

CEBELA, Centro Brasileiro de Estudos Latino-Americanos; FLACSO, faculdade Latino-Americana de Ciências Sociais. **Mapa da violência 2012- atualização: homicídios de mulheres no Brasil.** Disponível em: <<http://www.agenciapatriciagalvao.org.br/dossie/pesquisa/mapa-da-violencia-2012%20%20atualiza%C3%A7%C3%A3o-homicidios-de-mulheres-no-brasil-cebelaflacso2012%3E>>. Acesso em: 28 de fevereiro de 2018.

CUNHA, Rogério Sanches. PINTO, Ronaldo Batista. **Violência doméstica: Lei Maria da Penha comentada artigo por artigo.** 6. ed. São Paulo: RT, 2015, p. 84. Ver também artigo do primeiro autor: <http://rogeriosanches2.jusbrasil.com.br/artigos/172946388/lei-do-femicidio-breves-comentarios>

DEBELAK, Catherine; DIAS, Letícia; GARCIA, Marina. **Femicídio no Brasil: Cultura de matar.** 2015.

MOTA, Thiago. **Femicídio: comentários sobre a lei 13.1014/2015.** Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/37297/femicidio-comentarios-sobre-a-lei-n-13-104-2015> . Acesso em: 27 de fevereiro de 2018.

Representatividade da Mulher. Trabalho de Conclusão de Curso de Jornalismo e Rádio e Televisão – Faculdade Cásper Líbero, São Paulo. Disponível em: <<http://femicidionobrasil.com.br>>. Acesso em 27 de fevereiro de 2018.

NIEM - NUCLEO INTERDISCIPLINAR DE ESTUDOS SOBRE MULHER E GÊNERO.

Disponível em: < http://www.ufrgs.br/nucleomulher/mov_feminista.php >. Acesso em: fevereiro de 2018.

PIRES, Amom Albernaz. **"A natureza objetiva da qualificadora do feminicídio e sua quesitação pelo Tribunal do Júri."** <http://www.compromissoeatitude.org.br/a-naturezaobjetiva-da-qualificadora-do-feminicidio-e-sua-quesitacao-no-tribunal-do-juri-por-amomalbernaz-pires>. Acesso em 29.7.15. Revista Eletrônica Direito, Justiça e Cidadania – Volume 2 – nº 1 - 2011 Homens e Mulheres - A Isonomia Conquistada 1 Maria Bernadete Miranda



Revista Processus de Estudos de
Gestão, Jurídicos e Financeiros.

ISSN: 2237-2342 (impresso)

L-ISSN: 2178-2008 (on-line)

Ano X, Vol.X, n.39, jul./dez., 201

Tramitação editorial:

Data de submissão: 30/07/2019.

Data de reformulação: 15/09/2019.

Data de aceite definitivo: 30/11/2019.

Data de publicação: 20/12/2019.

Editor Responsável: Me. Jonas Rodrigo Gonçalves.

TRABALHO INFANTIL: COMO PROTEGER O DIREITO FUNDAMENTAL DE PROTEÇÃO A CRIANÇAS EM SITUAÇÃO DE VULNERABILIDADE¹

Débora Marques Ramos²

Dulce Teresinha Barros Mendes de Moraes³

¹© Todos os direitos reservados. A Revista Processus de Estudos de Gestão, Jurídicos e Financeiros, bem como a Faculdade Processus (mantenedora do periódico) não se responsabilizam por questões de direito autoral, cuja responsabilidade integral é do(s) autor(es) deste artigo. A revisão linguística e metodológica deste artigo foi feita pelo(s) autor(es) deste artigo. Artigo Científico apresentado à Coordenação do Núcleo de Estudos Aprofundados e Pesquisa Jurídica (NEAPJUR) do curso de Bacharelado em Direito da Faculdade Processus, como parte integrante dos trabalhos elaborados pelo grupo de Iniciação Científica, sob a coordenação da Prof. Dra. Dulce Teresinha Barros Mendes de Moraes.

² Aluna do 5º semestre do Curso de Direito e pesquisadora do Núcleo de Pesquisa Jurídica da Faculdade Processus. E-mail: debora.marquesr@gmail.com.

³ Doutora em Direito Público, pela Universidade Federal de Pernambuco; Mestre em Economia, pela Universidade de Brasília; Pós-Graduada Lato Sensu em Direito Processual Civil e Direito do Trabalho, pelo CEUB/CESAPE; Graduada em Direito, pela Universidade de Brasília; Letras - Licenciatura em Língua Portuguesa e respectiva Literatura, pela Universidade de Brasília; e Administração, pela Universidade de Brasília. E-mail: dulcemorais@globocom.

Resumo

Esta pesquisa teve como objetivo realizar um estudo sobre a exploração do trabalho infantil e as consequências danosas que tal situação acarreta à formação desse grupo social. Realizou-se uma discussão acerca do contexto histórico do tema, contemplando o conceito de trabalho infantil e a proteção legislativa estatal, além do histórico nacional e o cenário atual do labor infantil. Ademais, refletiu-se a respeito das dificuldades no combate ao trabalho infantil, com destaque aos fatores econômicos, à conexão entre a falta de acesso à educação e a pobreza, bem assim o pensamento da sociedade brasileira e a falta de empatia com o assunto. Na sequência, analisou-se a convenção n. 182 da OIT e a vulnerabilidade social de meninas. Concluiu-se, por meio de pesquisa bibliográfica e empírica, que são vários os fatores que fomentam o trabalho infantil, em especial a falta de acesso à educação, associada à pobreza, que levam as crianças a um contexto cíclico de falta de dignidade e de oportunidades de ascender como pessoa dotada de direitos na sociedade. Por fim, comprovou-se haver necessidade de mais atenção do Estado e da sociedade civil ao tema, a fim de se buscar a erradicação do trabalho infantil, mediante a criação de políticas públicas eficazes, leis rigorosas, campanhas e projetos educativos em relação à cadeia de produção dos itens de consumo e à vulnerabilidade infantil.

Palavras-chave: trabalho infantil; direito fundamental; proteção de crianças; vulnerabilidade.

Abstract

This research aimed to carry out a study on the exploitation of child labor and harmful consequences that such a situation leads to the formation of this social group. This work has made a discussion about the historical context of the theme, including the concept of child labor and state legislative protection, as well as the national history and the current scenario of child labor. In addition, it was reflected on the difficulties in the fight against child labor, with emphasis on economic factors, the connection between lack of access to education and poverty, as well as the Brazilian society's thinking and the lack of empathy with the subject.

Subsequently, the 182nd OIT Convention and the social vulnerability of girls were analyzed. It was concluded through bibliographical and empirical research that there are several factors that foment child labor, especially the lack of access to education, associated with poverty, that lead children to a cyclical context of lack of dignity and opportunities to ascend as a person with rights in society. Finally, this study proved that there is a need for more attention from the state and civil society to the subject, in order to seek the eradication of child labor, by creating effective public policies, strict laws, campaigns and educational projects in relation to the chain's production of consumer items and child vulnerability.

Keywords: child labor; fundamental right; protection of children; vulnerability.

Introdução

O presente trabalho se propôs a realizar uma pesquisa bibliográfica e empírica sobre a exploração do trabalho infantil e as consequências danosas que tal situação acarreta à formação desse grupo social. Pretendeu-se discutir o contexto histórico, abrangendo o conceito de trabalho infantil e a proteção legislativa estatal, além do histórico nacional e o cenário atual do labor infantil. Ademais, objetivou-se examinar as dificuldades no combate ao trabalho infantil, com destaque aos fatores econômicos, à conexão entre a falta de acesso à educação e a pobreza, bem assim o pensamento da sociedade brasileira e a falta de empatia com o tema. Na sequência, procurou-se analisar a convenção n. 182 da OIT e a vulnerabilidade social de meninas.

1 Contexto Histórico

1.1 O conceito de trabalho infantil e a proteção legislativa estatal

Trabalho infantil, em sua interpretação, é toda forma de atividade econômica e /ou atividade de sobrevivência, com ou sem a finalidade de lucro, remunerada ou não, exercida por crianças e adolescentes que estão abaixo da idade mínima para entrada no mercado de trabalho, segundo a legislação em vigor no país. No âmbito da legislação interna, o Brasil possui uma vasta coleção e serve de exemplo para muitos países. As principais normas referentes à

proteção do menor são encontradas na Constituição Federal, no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), na Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT) e na Lei Orgânica de Assistência Social (LOAS) nº 8742, promulgada em 7 de dezembro de 1993, assegurado também em convenções internacionais.

No ordenamento jurídico brasileiro a proteção ao menor está citada no art. 7º, inciso XXXIII (alterado pela emenda nº 20, de 15 de dezembro de 1998) que estabelece como idade mínima de 16 anos para ingresso no mercado de trabalho, exceto na condição de aprendiz a partir dos 14 anos. É preciso notar, também, que a partir dos 16 anos é permitido o trabalho ao adolescente desde que seja feito de maneira protegida, que não seja realizado em período noturno, em atividades perigosas, atividades insalubres e que prejudique o desenvolvimento social, ético e moral do adolescente.

Segue previsão também na CF/88, no art. 227, segundo o qual “é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”.

A exploração do trabalho infantil foi proibida porque se verificou que o trabalho precoce põe em risco a educação e compromete todo o desenvolvimento físico e psicológico de uma criança. Isso ocorre devido à competição que se estabelece entre as atividades de trabalho e as atividades escolares, de esporte e lazer, essenciais para a saudável formação do indivíduo. Além de danos potenciais: prejuízos ao desenvolvimento biopsicossocial, atraso ou mesmo abandono escolar, maior risco de doenças ocupacionais e acidentes, trazendo para o desenvolvimento das crianças diversas consequências que podem resultar em doenças que não vão aparecer de imediato, mas poderão surgir muitas vezes na idade adulta. É possível citar como exemplo transportar uma carga acima das possibilidades de determinada criança em razão do seu desenvolvimento, o que pode trazer sérias e graves doenças e transformar o infante em um adulto antes do tempo, com perda do direito à ludicidade e comprometimento da sua cognição.

No cenário brasileiro, identificam-se situações variadas de trabalho infantil, sob as mais diversas apresentações em extensas áreas, sejam elas rural (agricultura e pecuária) ou urbana (comércio e indústria) e até o trabalho ilícito (tráfico de drogas e /ou pessoas e a prostituição). São amplas e inesgotáveis as possibilidades de ocorrência de trabalho infantil, e, em regra, essa prática revelará uma realidade de exploração, abuso, negligência ou violência perante a qual incidirá a responsabilidade da própria família, dos empregadores, de beneficiários das atividades desenvolvidas ou produtos e também do poder público.

A partir da análise da Constituição Federal de 1988, do Estatuto da Criança e Adolescente-ECA, bem como da Consolidação das Leis do Trabalho-CLT e das Convenções Internacionais da Organização Internacional do Trabalho-OIT, pode-se afirmar, por um lado, que o trabalho infantil ainda é existente e que viola os direitos humanos da criança e do adolescente, visto que retira das crianças e adolescentes sua saúde, seu direito à educação e a sua própria vida. Por outro lado, uma legislação de proibição ao trabalho infantil e proteção ao trabalho do adolescente não são suficientes, pois apenas a sua existência não garantem a eficácia da erradicação do trabalho infantil. Todavia, o trabalho infantil, em especial nas suas formas mais degradantes, continua a ser uma realidade.

1.2 Histórico nacional

No Brasil, desde o seu descobrimento, o trabalho de crianças e adolescentes foi suscetível à exploração e, assim como seus pais, eram submetidos a condições de trabalho escravo durante toda a época da escravidão. Pequenos trabalhadores eram explorados livremente, pois o trabalho precoce era aceito e até estimulado. Após a abolição da escravatura em 13 de maio de 1888, surgiram outros problemas sociais no país, as famílias não tinham trabalho e, portanto, os pais não tinham como sustentar seus filhos. Além de várias crianças passaram a viver em condições precárias, muito piores do que as anteriores vividas, fortalecendo ainda mais a exploração infantil. Isso porque os patrões tinham a desculpa de que estavam fazendo um favor às famílias dos escravos por deixá-los morar em suas residências. Assim, o trabalho

escravo apenas mudava de figura, mas continuava a ser um trabalho degradante.

1.3 Cenário atual do trabalho infantil

O trabalho infantil decorre de um problema familiar ao Brasil, visto que ele ocorre desde sua concepção, e atualmente acontece tanto no contexto rural quanto urbano. O país apresenta uma obrigação legal e internacional para com as crianças nativas ou não. Esse fato pode ser verificado na Convenção Sobre os Direitos da Criança, ratificada em 1990, conforme Decreto n. 99.710/1990, a qual, em seu art. 3, inciso 2, inseriu a proteção e o cuidado com as crianças como dever do Estado e dos pais ou tutores. Esse é um dos dispositivos elaborados com a finalidade de resguardá-las, dentre outros.

De acordo com o Cenário da Criança e do Adolescente (FUNDAÇÃO BRINQ, 2017, p. 25), em 2015, o Brasil possuía mais de 2 milhões de indivíduos entre 5 e 17 anos executando trabalhos. Em decorrência dos dados recentes serem alarmantes, é notório que o panorama brasileiro permanece incompatível com as obrigações e princípios, nesse aspecto. Devido à modernidade e seu significativo histórico de êxodo rural, o trabalho infantil é mais acentuado no meio urbano, entretanto ainda há ocorrências no âmbito rural. O citado cenário (FUNDAÇÃO BRINQ, 2017, p. 26) aponta que, das pessoas entre 5 e 17 anos vítimas de trabalho infantil, 68% delas desenvolvem atividades não agrícolas e 32% se concentram em serviços agrícolas.

Os altos índices de trabalho infantil no Brasil justificam-se por uma estrutura construída por vários fatores que facilitam sua perpetuação e aumentam o desafio dessa mudança de perspectiva, entre eles a vulnerabilidade, a utilização de mão de obra barata e a ausência de acesso à educação. Os coeficientes complementam-se a fim de tornar o trabalho infantil um contexto cíclico. Uma vez que essa criança conhecerá apenas a realidade de exploração e de falta de oportunidades, na vida adulta poderão transmitir essa visão crítica existencial a seus descendentes como a única forma de sobrevivência.

A ausência de acesso à educação cerceia o indivíduo em seus direitos, pois esses lhe são desconhecidos. Ademais, retira a possibilidade de uma

qualificação adequada. Assim, futuramente ele estará condicionado a um mercado de trabalho injusto e ao exercício de atividades em ambientes laborais indignos e não regulamentados. Uma criança desde cedo se mostra vulnerável em virtude da imprescindibilidade de cuidados e proteção para que ela possa se desenvolver de maneira saudável física e psicologicamente. Todavia, esses aspectos agravam sua condição e geram um acúmulo de vulnerabilidade. Em consonância com as questões aqui tratadas, há a viabilização do uso da mão de obra barata e dócil das crianças. Isso significa dizer que, em um mercado edificado no princípio do lucro com a exploração de crianças e adolescentes, aliado ao fato da falta de fiscalização familiar e estatal, são evidentes os prejuízos, pois são trabalhadores com baixa remuneração e labor em condições geralmente inadequadas.

É considerado infantil o trabalho feito por pessoas com menos de 18 anos. Mas isso não quer dizer que todo trabalho abaixo dos 18 é proibido e deva ser erradicado. A Convenção 138 da Organização Internacional do Trabalho e as normas nacionais permitem trabalho, desde que protegido, para menores abaixo dos 18 anos.

No que diz respeito a Consolidação das Leis do Trabalho –CLT, a Lei 10.097 de 19 de dezembro de 2000 alteram vários dispositivos desta legislação. Transformou em uma das principais normas que regulamenta o contrato especial de aprendizagem. De acordo com o art. 403 desta Lei, é proibido qualquer trabalho a menores de dezesseis anos de idade, salvo na condição de aprendiz, a partir dos 14 anos. Já os artigos 428 e 432 dizem que, ao menor aprendiz, será garantido o salário mínimo e que a duração dos trabalhos do adolescente não excederá às seis horas diárias.

O Estatuto da Criança e do Adolescente revogou o antigo Código de Menores, quando o Brasil adotou o texto da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, em 13 de julho de 1990. “Dessa forma, o novo instrumento legal volta-se para o desenvolvimento da população jovem do País, garantindo proteção especial àquele segmento considerado pessoal e socialmente mais sensível”. (LIBERATI, 2006, p.16).

2 As dificuldade no combate ao trabalho infantil

2.1 Fatores econômicos

O Brasil, como a maioria dos países, adota um sistema econômico que tem, entre suas finalidades e objetivos, o aumento do lucro. Considerando que o trabalho infantil se mostra como uma mão de obra barata e dócil, que não reclama direitos, por vulnerabilidade e incapacidade, esse labor se torna uma prática atrativa principalmente para os setores informais. Assim, ao contratar informalmente sua mão de obra, uma etapa da produção tem uma redução de custos e, com isso, a lucratividade aumenta. Infelizmente, esse setor permanece com uma fiscalização precária, tornando difícil o acesso da Justiça aos casos sob a respectiva jurisdição.

Outro agravante para o combate ao trabalho infantil é a crise econômica vivida pelo país atualmente, que gera, em consequência, uma série de cortes em todos os setores, inclusive em programas sociais decorrentes de políticas públicas, que apresentam um papel fundamental nesse desafio. O Programa de Erradicação do Trabalho Infantil (PETI) que estabelecia uma quantia por criança para a família que retirasse seu filho do trabalho, sob a condição de uma frequência escolar, teve seus recursos diminuídos significativamente. Esse é um dos exemplos de política pública prejudicada devido ao corte de gastos públicos. Entretanto, sem o apoio financeiro as famílias já inseridas em um contexto de melhora, em condições minimamente dignas, que haviam retirado seus filhos do trabalho, retornam à referida prática, eis que o infante precisa ajudar a incrementar a renda familiar, o que pode elevar o índice de trabalho infantil e retroceder nessa conquista. Para elucidar que a junção desses obstáculos pode ter sérios resultados, tem-se o Cenário da Infância e da Adolescência (FUNDAÇÃO BRINQ, 2017, p. 25), pelo qual, em 2015, verificou-se um aumento de 8.5 (oito mil) crianças entre 5 (cinco) e 9 (nove) anos trabalhando no país. Em face dessa realidade preocupante, o Ministro Lélío Bentes Correa manifestou o entendimento de que “Nós vivemos um período de supervalorização da questão econômica em detrimento dos direitos humanos. Nós vemos os cortes de

orçamentos serem explicados como inevitáveis sem nenhum critério de priorização.”⁴

O desconhecimento do consumidor na origem e modo como o serviço ou produto foi realizado é, sem dúvida, uma das causas que dificultam o combate ao trabalho infantil, pois com a compra do bem ou serviço produzido no todo ou em parte por crianças ou adolescentes, significa que essa cadeia produtiva está fomentando a violação de direitos humanos. Por isso, a conscientização do cidadão é fundamental, visto que, a partir do momento que ele detém esse conhecimento, e não se relaciona mais com as empresas utilizadoras desse método, ele se torna um dos elementos importantes para a mudança desse cenário.

Em resposta ao processo de alienação da sociedade, houve a criação de um movimento chamado *fair trade* na Europa, o qual destaca, entre outros fatores, a importância da fiscalização do consumidor nos meios de produção dos bens por eles consumidos.

No Brasil há uma movimentação governamental para o comércio justo e solidário, Para reafirmar isso, o governo brasileiro editou o Decreto n. 7.358 de 17 de novembro de 2010, no qual estabelece a criação do Sistema Nacional do Comércio Justo e Solidário e atrela sua gestão ao Ministério do Trabalho e Emprego. Conforme o entendimento de Danielle Mendes Thame Denny e Rodrigo Farias Julião (2017, p. 3),

O SCJS, gerido pelo MTE e articulado aos organismos internacionais de acreditação e avaliação de conformidade faz parte de um movimento global de “fair trade” que compartilha da visão de um mundo em que a justiça e o desenvolvimento sustentável constituem o centro das estruturas e práticas comerciais, de modo que todos através de seu trabalho possam manter uma vida digna para desenvolver todo seu potencial humano.

Em consonância com esse juízo, assim se manifestou o Ministro Lélío Bentes do Tribunal Superior do Trabalho: “O poder do consumidor é gigantesco. Nós precisamos sair da nossa zona de conforto para primeiro conhecer o que

⁴ Entrevista concedida em 14 de novembro de 2017 pelo Ministro do Tribunal Superior do Trabalho Lélío Bentes, em seu gabinete institucional.

nós consumimos e segundo quando aparecer uma coisa muito barata nós temos que pensar o porquê está barato assim e como foi feito.”

2.2 Conexão entre a falta de acesso à educação e a pobreza

Entre os doutrinadores, destaca-se a pobreza endêmica como um dos pilares do trabalho infantil. Considerando que o indivíduo, nessa situação, é dependente e inserido em um contexto familiar com poder aquisitivo escasso, tal aspecto econômico influencia em sua necessidade de exercer atividades precocemente com o intuito de complementação de renda. Pode-se verificar pelo Relatório Trabalho Infantil nos Principais Grupamentos de Atividades Econômicas do Brasil (Fórum Nacional de Prevenção e Erradicação do Trabalho Infantil, dezembro de 2016, p. 28), que 66,4% das crianças que trabalham provém de domicílios detentores de até um salário mínimo para subsistência. Dessa maneira, tem-se que a realidade atrai essas crianças compulsoriamente ao trabalho, impedindo-as de terem acesso à educação básica.

Referida constatação implica em tolher as oportunidades dessas crianças em um futuro próximo e melhor, causando defasagem no seu desenvolvimento. Sem instrução apropriada, elas estarão condicionadas a empregos com menores remunerações e, não raras vezes, no setor informal, sem acesso a universidades públicas e ao analfabetismo funcional. Essa estrutura alimenta outro fator, a desigualdade social, que cria um abismo cada vez maior à recuperação das chances não disponibilizadas a eles e aumenta sua vulnerabilidade, porquanto a existência está comprometida em sua dignidade de pessoa humana, vez que a ausência da educação traz como consequência a privação de saúde, lazer, cultura e outros aspectos inerentes a uma vida digna. Vallery Martins de Souza Vier (2014, p. 150) cita a pobreza como causa para o desenvolvimento do trabalho infantil, principalmente em países subdesenvolvidos. Para ilustrar o consenso geral doutrinário traz-se o entendimento do Ministro Lélío Bentes Correa, segundo o qual “A educação ocupa um papel de destaque nos esforços para a erradicação do trabalho infantil” (2013, p. 18).

A conjuntura da educação, como elemento transformador na vida dos indivíduos e na sociedade em que inserido esse grupo de infantes, é de

apreensão pacífica. Portanto, um país com crianças submetidas ao trabalho, certamente terá cidadãos deficitários em sua educação e noção de seus direitos. Assim, a sociedade perde com a ausência desses indivíduos executando atividades de retorno benéfico para eles e para a coletividade.

2.3 O pensamento da sociedade brasileira e a falta de empatia com o tema

Como afirmado anteriormente, o Brasil passou por um período longo de escravidão e uma das consequências dessa época são os resquícios de uma mentalidade social escravocrata. Esse determinismo preceitua o mito de que a prole de indivíduos com menor renda deve trabalhar, tendo em vista que isso evita a marginalidade entre as crianças e jovens. Além disso, o outro pilar deste pensamento é de que os integrantes das camadas mais baixas permaneçam sem oportunidades e educação para que possam servir e trabalhar para as classes mais favorecidas, perpetuando o ciclo da pobreza e mantendo sua mão de obra. Tais fatores conjuntamente implicam no fortalecimento e na naturalização do trabalho infantil, dificultando assim seu combate.

Essa mentalidade deriva de um aspecto cultural e histórico da sociedade brasileira, construída erroneamente, e evidentemente anacrônica que necessita de uma resposta eficiente e condizente com os direitos sociais e o princípio da dignidade humana previsto no texto da Constituição de 1988. É indispensável o esclarecimento de que a educação é totalmente benéfica às crianças, suas famílias e à sociedade como um todo. Isso em desacordo com a ideia do trabalho precoce como estímulo para a diminuição da pobreza. Ao invés disso, mantem-se as crianças sem educação, transformando-as em adultos ignorantes e sem oportunidades, ou seja, gera prejuízos físicos e mentais até a idade adulta. Além disso, fragiliza a democracia e o Estado de Direito Brasileiro e os ditames constitucionais.

A existência desses mitos e suas consequências para o combate ao trabalho infantil são pacíficos na doutrina. Em relação a isso, Marinalva Cardoso Dandas (janeiro/março de 2013, p. 67), auditora fiscal do trabalho e coordenadora do Fórum Estadual de Erradicação do Trabalho da Criança e de Proteção ao Adolescente Trabalhador (FOCA/RN) aduz que “O desafio n. 1 passou a ser desmontar os discursos equivocados com forte apelo cultural de que o trabalho infantil é edificante e previne a marginalidade.”. Ademais, o

Ministro Lélío Bentes manifesta esse entendimento de servidão da classe menos favorecida às mais altas como uma mentalidade quase que de castas. Ou seja, é evidente a necessidade de mudança de perspectiva para o bem das crianças do país e a sociedade.

Outra condição relacionada a essa mentalidade, que também impede a erradicação do trabalho infantil, é a ausência de capacidade de empatia com as pessoas. Há uma dicotomia quando se trata de crianças pobres e desconhecidas e algum infante com algum vínculo. O indivíduo, pelas razões mencionadas, acredita que aquelas devem trabalhar e permanecer no ciclo da pobreza e este deve ter o estudo como prioridade e acesso ao direito à felicidade, saúde, segurança, entre outros. Não há pensamento coletivo de que todas as crianças, como seres dotados de dignidade humana, possuem direitos e podem contribuir positivamente para a sociedade quando têm condição de atingirem seu desenvolvimento pleno. Na esteira dessa ideia, o Ministro Lélío Bentes conjectura: “O que falta na verdade é esse sentimento de compaixão, não no sentido de pena, se reconhecer no outro e de sofrer com o outro. Dizer esse sofrimento também é meu sofrimento, vamos acabar com ele e assegurar condições de existência digna a todos.” A empatia e a insatisfação com a situação atual estimulam tanto a sociedade civil quanto as autoridades públicas a procurarem alternativas e as executar.

3 A convenção n. 182 da OIT e a vulnerabilidade social das meninas

A Convenção n. 182 é mais um dispositivo elaborado pela Organização Internacional do Trabalho em prol da erradicação do trabalho infantil e nela há diretrizes importantes, como a exposta no art. 7: “Levar em consideração a situação particular das meninas”. Esse artigo demonstra a preocupação da OIT com o acúmulo de vulnerabilidade das meninas e o contexto histórico social das discrepâncias na questão de gênero e suas consequências, presentes desde o início na vida de indivíduos do sexo feminino. Em consonância com o exposto acima, o Ministro Lélío Bentes⁵ declarou que:

⁵ Conforme entrevista realizada com o Ministro Lélío Bentes, em seu gabinete localizado no Tribunal Superior do Trabalho, no dia 14 de novembro de 2017.

“a questão da vulnerabilidade das meninas, [...] não foi introduzida por acaso, nem por coincidência, ela foi feita exatamente com o objetivo de chamar a atenção da comunidade internacional para as questões de gênero no que diz respeito ao trabalho infantil. Tanto no que diz respeito em todos os níveis, mas particularmente, diz respeito ao trabalho infantil doméstico e à exploração em atividades pornográficas”.

As meninas possuem um acúmulo de vulnerabilidade, pois elas, além de incorrerem nas formas de trabalho escravo, por exemplo, o labor na agricultura, nas minas, em conflitos armados, atividades ilícitas e o trabalho forçado, são, muitas vezes, recrutadas para exploração sexual e doméstica, havendo uma multiplicidade de agravantes incidindo sobre o mesmo indivíduo. Portanto, estão elas suscetíveis a violências psicológicas, físicas e sexuais, as quais irão gerar sérios problemas em seu desenvolvimento até a vida adulta. É notório que esse tratamento dado às meninas reflete um histórico de objetificação do corpo feminino e um menosprezo da condição feminina, vez que a menina submetida a tal violação é tratada como um objeto ou uma serviçal.

Os motivos citados anteriormente como a pobreza e a ausência da acesso à educação servem para o entendimento dessas formas de exploração. De acordo com Faleiros, “os principais determinantes da inserção de crianças e adolescentes no mercado do sexo são a pobreza e a exclusão e a busca de inclusão via renda e consumo”. (2008, p. 66).

É possível que a OIT tenha compreendido que a perpetuação do trabalho infantil de todas as espécies, mas principalmente a exploração sexual de crianças e adolescentes, enseja a perpetuação da discriminação da mulher. Uma vez que, ao sofrer esse tipo de exploração, dificilmente a menina terá acesso à escolaridade e oportunidades, contribuindo para um ciclo vicioso e desigual. Em decorrência disso, bem fez a OIT que colocou essa questão como prioridade no plano de combate ao trabalho infantil.

Tendo em vista os fatos expostos, compreende-se haver necessidade emergencial de uma mobilização social, dentre os vários setores, a fim de se criar, elaborar projetos, propostas e ações que visem combater a exploração sexual e doméstica no trabalho infantil. Dessa maneira, as crianças terão seus direitos e dignidades resguardados e uma vivência mais justa e menos desabonadora.

Conclusão

Conclui-se que são vários os fatores que fomentam o trabalho infantil. A busca pelo lucro demonstra a época de desvalorização de questões sociais em detrimento da econômica. O desconhecimento do consumidor em respeito à cadeia de produção reafirma a falta de conscientização da população em relação às consequências maléficas do seu consumo. Em especial, a falta de acesso à educação, associada à pobreza, levam as crianças a um contexto cíclico de falta de dignidade e oportunidades de ascender como pessoa dotada de direitos na sociedade. Ademais, há o determinismo social anacrônico da sociedade brasileira, o qual se encontra edificado no mito de que crianças de baixo poder aquisitivo devem trabalhar como forma de diminuição da marginalidade. Também a dificuldade de empatia e senso de coletividade de que a criança que trabalha deve ser tratada de maneira menos digna e humana do que uma criança consanguínea.

Destaca-se igualmente a vulnerabilidade da criança em sua fragilidade física e psíquica, principalmente em meninas, que, além de serviçais, tem também seus corpos muitas vezes vistos como objetos de exploração sexual. Dessa maneira, fica comprovado haver necessidade de mais atenção do Estado e da sociedade civil ao tema, a fim de se buscar a erradicação do trabalho infantil, mediante a criação de políticas públicas eficazes, leis rigorosas, campanhas e projetos educativos em relação à cadeia de produção dos itens de consumo e à vulnerabilidade infantil. Assim, o determinismo social e a dificuldade de empatia poderiam ser amenizadas e melhor discutidas.

Referências

ANJOS, Lídia e REBOUÇAS, Gabriela Maia. Do trabalho infantil à escravidão contemporânea: a realidade multifacetada da exploração sexual de crianças e adolescentes. **Revista Científica Internacional**. Nº 4, volume 10, artigo nº 8, Out/Dez, 2015.

CORRÊA, Lelio Bentes. O trabalho infantil sob a perspectiva internacional. In: MELO, Guilherme Aparecido Bassi de; CÉSAR, João Batista Martins. (Coord.). **Trabalho infantil: mitos, realidades e perspectivas**. São Paulo: LTr, 2016, p. 11-18.

_____. O desafio da erradicação do trabalho infantil e o papel da magistratura do trabalho. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**. Brasília vol. 79 n. 1. Jan/mar 2013.

DANTAS, Marinalva Cardoso. O desafio da erradicação das piores formas de trabalho infantil no Brasil. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**. Brasília. Vol. 79, n 1, jan/mar 2013.

DENNY, Danielle Mendes Thame e JULIÃO, Rodrigo Farias. Sistema Nacional de Comércio Justo e Solidário. **Revista de Direito Brasileira - RDB**, v. 16, n. 7, 2017.

FÓRUM NACIONAL DE PREVENÇÃO E ERRADICAÇÃO DO TRABALHO INFANTIL. Relatório: **Trabalho Infantil nos Principais Grupamentos de Atividades Econômicas do Brasil**. Brasília, 2016.

FUNDAÇÃO ABRINQ. **Cenário da Infância e Adolescência no Brasil**. São Paulo: 2017.

GOUVEIA, C.N.N.A. **Avaliação da eficácia e efetividade do Programa de Erradicação do Trabalho Infantil a partir da perspectiva dos usuários e agentes**. Tese de Doutorado. Universidade Federal da Paraíba. João Pessoa, 2013.

INTERNACIONAL LABOUR OFFICE. **The international programme on the elimination of child labour (IPEC)**. Suíça, 1992.

SILVA, A.E.P. **Trabalho infantil no Brasil: sua história e os instrumentos de proteção**. Trabalho de conclusão de curso. Centro Universitário de Tabosa de Almeida. Caruaru, 2017.

SOUZA, Esther Lucena de e ARAÚJO, Késia Miriam Santos de. **Tráfico envolvendo crianças e adolescentes para fins de exploração sexual no contexto do trabalho escravo**. 3º Encontro Internacional de Política Social - 10º Encontro Nacional de Política Social. Vitória, 2015.

VIER, Vállery Martins de Souza. **Trabalho infantil no Brasil: Pontos práticos para erradicação**. Caderno Pedagógico, Lajeado, Vol, 11. Nº 2, 2014.



Revista Processus de Estudos de Gestão, Jurídicos e Financeiros.

ISSN: 2237-2342 (impresso)
L-ISSN: 2178-2008 (on-line)

Ano X, Vol.X, n.39, jul./dez., 2019.

Tramitação editorial:

Data de submissão: 30/07/2019.

Data de reformulação: 15/09/2019.

Data de aceite definitivo: 30/11/2019.

Data de publicação: 20/12/2019.

Editor Responsável: Me. Jonas Rodrigo Gonçalves.

LIMITES DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL PELA VIA DA INTERPRETAÇÃO JUDICIAL: UMA PROPOSTA DE CATALOGAÇÃO E DEFINIÇÃO.¹

LIMITS OF THE CONSTITUTIONAL MUTATION BY MEANS OF JUDICIAL INTERPRETATION: A PROPOSAL OF CATALOGING AND DEFINITION.

Ao amigo Jaci Fernandes de Araújo, agora advogando pro segundo Adão.

Me. Álvaro Osório do Valle Simeão²
Dr. Inocência Mártires Coelho³

RESUMO: No presente artigo, faz-se exposição acerca da existência ou não de limites para a tarefa de interpretar a Constituição. Ao final, partindo-se da premissa de que na democracia toda semiose é limitada, propõe-se uma catalogação e definição de limites para a mudança da Constituição pela via da interpretação, dividindo tais limites em principiológicos ou teleológicos e normativos ou semióticos.

¹ © Todos os direitos reservados. A Revista Processus de Estudos de Gestão, Jurídicos e Financeiros, bem como a Faculdade Processus (mantenedora do periódico) não se responsabilizam por questões de direito autoral, cuja responsabilidade integral é do(s) autor(es) deste artigo.

² Advogado da União. Doutorando e Mestre em Direito pelo Uniceub/DF. Professor de Direito Constitucional e Eleitoral - Faculdade Processus/Brasília/DF.

³ Procurador-Geral da República entre 1981 e 1985. Procurador da República aposentado. Doutor em Direito pela Universidade de Brasília. Professor aposentado do curso de graduação e pós-graduação em Direito da Universidade de Brasília. Professor do Doutorado em Direito do Uniceub/DF.

PALAVRAS-CHAVE: Democracia. Constitucional. Hermenêutica. Mutaç o Constitucional. Limites

ABSTRACT: In the present article, an exposition is made about the existence or not of limits for the task of interpreting the Constitution. In the end, starting from the premise that in democracy all semiosis is limited, it is proposed a cataloging and definition of limits for the change of the Constitution through the interpretation route, dividing such limits into principles or teleological and normative or semiotic.

KEYWORDS: Democracy. Constitutional. Hermeneutics. Constitutional Mutation. Limits

Introdu o

A Constitui o possui elasticidade, para al m das suas altera es textuais, em face da realidade cambiante, fator imprescind vel para manuten o da sua for a normativa. No poder de interpretar o texto constitucional reside um papel modelador dos sentidos de Constitui o do qual depende a efetividade e longevidade da pr pria Carta Pol tica. Tratam-se dos processos informais de modifica o da Constitui o, express o do poder constituinte difuso. Tal fen meno   tamb m denominado muta o constitucional (LABAND, 1895).

  de primordial import ncia para o regime democr tico, portanto, a an lise sobre os limites incidentes sobre essa fun o p blica de transformar a Constitui o a partir da sua interpreta o. Admitir que essas mudan as possam ocorrer de forma ilimitada, em nome do triunfo da facticidade, representaria o aniquilamento do car ter imperativo e estabilizador da Constitui o.

Na busca de uma identifica o e cataloga o desses limites   preciso um resgate doutrin rio a respeito dos fins e fun es do Estado, de modo a fixarmos uma separa o entre o que   revela o de sentido para fins de atualiza o da Constitui o e manuten o da sua for a normativa e o que transbordaria para a cria o de uma nova materialidade constitucional, papel privativo do Poder Constituinte Origin rio.

A defini o de limites para a muta o constitucional vincula-se aos limites que possam ser elencados para a interpreta o da Carta Pol tica. Esses limites representam controles a serem reconhecidos para os guardi es da Constitui o. No teatro pol tico do Brasil o Supremo Tribunal Federal   protagonista na tarefa de realizar a interpreta o abstrata da Constitui o, de modo que limites   interpreta o constitucional s o, sobretudo, limites ao Supremo Tribunal Federal.

1. Democracia e preserva o da Constitui o

O Estado se justifica por seus fins, seja no sentido da consecui o de objetivos de dif cil concretiza o para a individualidade, seja no sentido da conten o dos  mpetos e atos pouco nobres do ser humano, favorecendo a harmonia social.

Aqueles que exercitam atribui es p blicas ou de interesse p blico integram, assim,  rg os que desempenham fun es concernentes a fins e que se autolimitam naturalmente pela pr pria divis o do poder.

Entre as fun es estatais destaca-se aquela inerente   preserva o da democracia, que   a fun o de guarda da Constitui o. Mas no que consiste guardar, preservar ou proteger a Constitui o?

Cabe asseverar, inicialmente, que essa fun o decorre do fato de que a pr xis pol tica n o pode destoar, em conte do ou forma, do seu fundamento de validade.

A criatura não deve se opor ao criador, sendo necessário estabelecer-se órgãos que, ao exercitarem o controle da constitucionalidade dos atos jurídicos, ou ao concretizarem normas programáticas e direitos fundamentais, preservem a força normativa e sociológica da Constituição.

Dada a sua importância, a atribuição de proteger a Constituição é difusa entre as estruturas e órgãos do Estado. A função de guarda da Constituição é desempenhada pelo Executivo, por exemplo, quando a Presidência da República lança mão do veto jurídico, que é a faculdade de impedir, antecipada e motivadamente, a produção de efeitos por um ato normativo ainda não publicado e vigente.

Seguindo o modelo norte-americano (HAMILTON, MADISON, JAY, 1984, p. 78), o Brasil adota a possibilidade de que a função de custódia da Constituição, nos casos concretos entre as partes, seja desempenhada por qualquer juiz investido de jurisdição, desde as primeiras instâncias chegando até aos Tribunais Superiores. Pode-se afirmar, assim, que todos os juízes do Brasil são intérpretes objetivos da Constituição em casos judiciais concretos, ainda que as decisões divergentes, tomadas entre eles, provoquem uma clara afronta ao postulado da isonomia material, eis que jurisdicionados em situação idêntica poderão obter provimentos antagônicos em face de interpretações antagônicas do texto constitucional por diferentes juízes.

Essa afronta à igualdade só é ceifada por uma interpretação uniformizadora e abstrata. Por isso, a última palavra sobre essa compatibilidade vertical necessária é função desempenhada pelo Supremo Tribunal Federal, conforme previsão contida na cabeça do artigo 102 da Constituição Federal de 1988⁴. Esse órgão acumula, ainda, funções jurisdicionais e outras funções políticas e normativas, sendo formado por membros vitalícios nomeados pelo Poder Executivo, com sabatina senatorial.

Na verdade, o Supremo Tribunal Federal é o único órgão do país que faz uma quádrupla proteção da Constituição.

Ele a preserva, inicialmente, em casos concretos jurisdicionais, onde a questão constitucional não é o objeto da demanda, sendo prejudicial ao mérito. Suas decisões, nesses casos, valem para as partes, ressalvada a transcendência prática das razões de decidir, o que muito raramente ocorreu na história daquele Sodalício.

O Supremo Tribunal Federal faz também a guarda da Constituição de forma abstrata, ou seja, com valor para todos (*erga omnes*), por via de ações próprias a esse fim, estranhas à função jurisdicional, em que o objeto posto em análise é a própria compatibilidade vertical do ordenamento jurídico.

O Supremo também zela pela Constituição quando cria normas regulamentadoras de programas e direitos constitucionais na eventual omissão das outras estruturas de poder, pondo obstáculo à crise de inefetividade da Carta Magna.

Por último, a completar a sua função de guardião da Constituição Brasileira, tem-se que o Supremo faz da Constituição um fenômeno dinâmico, em face da dinâmica dos fatos e valores sociais, por meio da mutação constitucional abstrata e genérica que atualiza os sentidos principiológicos e normativos do texto constitucional, atividade que pode ser desempenhada com ou sem limites.

Esses novos sentidos de Constituição, independentes de qualquer reforma gráfica do texto, surgem pelo fato de que a interpretação é um pressuposto para a definição do parâmetro de controle das leis e atos normativos. Só se pode preservar a Constituição se resta clarificado, a partir da interpretação, qual a amplitude da Constituição.

⁴ Art. 102 Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição...

A realização da Constituição como experiência estriba-se na hermenêutica calcada na fusão entre o horizonte normativo do texto e o horizonte de aplicação que permeia o pleno do STF. Esses horizontes variam no tempo, o que possibilita a mutação constitucional, ou seja, a mudança da Constituição sem alteração textual, baseada unicamente na modificação do resultado interpretativo conforme a realidade histórica.

Assim, não resta dúvida de que a função de preservação da Constituição cabe, com precipuidade, ao Supremo Tribunal Federal, mas é muito lógico se concluir que quando a Constituição assim estabeleceu o Supremo não estava sendo visto como integrante ou cúpula do Judiciário, mas como um poder que, de forma autônoma e independente, protege o bastião escrito da democracia. Pela sua indispensabilidade, a proteção da Constituição não deve ficar atrelada às chamadas estruturas clássicas, denominadas de Legislativo, Executivo e Judiciário.

Basta ver que, sob o prisma teleológico, a custódia da Constituição envolve, inicialmente, uma função legislativa negativa de declaração de nulidade ou inexistência de um ato inferior que esteja em confronto com parâmetros fundantes do Estado, a restar claro que fazer o controle da constitucionalidade é um processo em nada coincidente com a aplicação de normas jurídicas para composição de litígios, ou seja, função jurisdicional.

O Supremo Tribunal Federal, quando exerce a sua função maior de proteção da Constituição, não é “Poder Judiciário”, e esse dado deve ser considerado em todo debate que se faça sobre a legitimidade do seu crescente ativismo, inclusive por meio da mutação constitucional. A legitimidade do Supremo, nessa missão política, deriva da própria Constituição, não se podendo cogitar de déficit.

Não se pode olvidar que para decidir se há incompatibilidade entre a manifestação infraconstitucional e a Constituição é preciso um exercício de auto-revelação e revelação ao mundo da amplitude normativa e principiológica do fenômeno constitucional, tarefa atribuída a homens, seres que precisarão estar receptivos à opinião da alteridade, e do texto, de forma dialética, mas sem o mito antropológico da neutralidade, eis que todo ser carrega em si um selo histórico único⁵.

Trata-se do pressuposto hermenêutico inato aos seres e necessário tanto para compreender o mais frugal dos textos, como para a complexa função de guarda da Constituição e de preservação do dinamismo e força normativa dos comandos constitucionais.

Há, dessa forma, um vínculo estrito entre a atividade hermenêutica e a efetividade da Constituição, o que, sob esse prisma, reflete-se no que muitos denominam de “ativismo judicial”, sobretudo nos países que, como o Brasil, adotam um modelo de Constituição dirigente e comprometida com alterações sociais a partir da aplicação da mesma.

Nos Estados com democracia em desenvolvimento, onde vige um nominalismo constitucional que se identifica pela crescente efetivação das regras e princípios constitucionais, optou-se pelo desenho normativo como imposição da mudança social, e não pelo modelo em que a Constituição espelha um quadro cultural e social já consolidado.

Há, portanto, uma fissura a ser preenchida pelo intérprete da Constituição brasileira, que precisa se redimensionar no processo de sua aplicação. É compreender, interpretar e aplicar a Constituição de modo a aproximá-la da sociedade, o que se faz pela explicação razoável e com linguagem acessível, sobretudo na hora de expor ao mundo as razões que geram esse ou aquele sentido de Constituição.

⁵ Aqui se adota uma posição realista, contrária à ideia de que quem faz ciência gera um saber neutro, puro e desinteressado.

A força normativa da Constituição depende da parametrização constante entre dois polos: norma e realidade. Não há como ser diferente, pois a norma é cunhada pelo objeto que ela quer regular. A pergunta é: A Constituição controla o intérprete ou o intérprete controla a Constituição? Nessa altura do desenvolvimento da ciência constitucional a resposta só pode ser simbiótica. Em outros termos, a Constituição se permite moldar, mas com limites, sob pena de quebra do paradigma democrático.

Há, dessa forma, limites, mas o nível de objetividade e pragmatismo dos mesmos engatinha e dificulta a própria observação quanto ao seu respeito. Em outras palavras, o que dificulta o controle dos controladores é a própria imprecisão sobre quais sejam esses limites e a indefinição sobre o que os mesmos encerram.

O intérprete possui sua tradição e seus conceitos prévios a afastar o mito da neutralidade, mas não pode permitir interferências ilegítimas que o levem a uma compreensão teleologicamente deturpada do fenômeno constitucional.

Preservar a Constituição pressupõe a sua interpretação fundamentada, proporcional e razoável. Assim, apesar da Constituição ser um monumento normativo aberto, não é toda interpretação que respeitará as possibilidades presentes no texto ou que será consentânea com um mínimo consenso democrático, ou seja, estará em sintonia com as mudanças sociais e o desejo da sociedade.

2 Hermenêutica e mutação constitucional

Quase todas as Constituições ocidentais são rígidas, e a do Brasil não foge a esse paradigma. O processo legislativo para alterar formalmente a Constituição de 1988 é hermético quanto à iniciativa e não existe, de forma expressa, sequer abertura para uma propositura popular, como ocorre com as leis⁶.

Essa situação, presa à lógica da suspeita, vez que opção política de um constituinte pós-ditadura, tem gerado um descompasso entre a norma constitucional e os fatos, quando a tridimensionalidade do Direito recomenda, na verdade, uma congruência entre o que está positivado pelo Estado e a realidade (REALE, 2003, p. 108). Esse descompasso alimenta, naturalmente, a crise de inefetividade da Constituição.

A rigidez do texto constitucional, marca da desconfiança perene em relação àqueles que exercem o poder, tem se tornado catalisadora da mutação constitucional no Brasil, ou seja, dos processos informais de mudança da Constituição por meio do qual são atribuídos novos sentidos, conteúdos até então não ressaltados à letra da Constituição, por meio principalmente da interpretação (BULOS, 1997, p. 5).

A terminologia e observação do fenômeno remonta à Escola Alemã de Direito Público (final do Século XIX e começo do Século XX), que pioneiramente distinguiu entre *verfassungsänderung* (emenda constitucional) e *verfassungswandel/verfassungswandlung* (conversibilidades, transformações ou mutações constitucionais) (LABAND, 1895, p. 5).

A reforma, além de implicar alteração textual, é voluntária e consciente, ao passo que a mutação deixa intacto o texto constitucional, sendo uma mudança natural que ocorre pela força normativa dos fenômenos sociais, culturais e políticos, não se originando, no mais das vezes, de uma atividade intencional ou consciente, ainda que

⁶ Para alguns juristas a proposta de iniciativa popular de emenda constitucional é possível, mas atualmente dependeria de ao menos duas ações: a) uma interpretação sistemática dos artigos 60, 14 e 1º, parágrafo único, da Constituição de 1988, e b) uma regulamentação por emenda que preservasse a rigidez da Constituição, não sendo viável a utilização analógica dos requisitos estabelecidos no artigo 61, previstos unicamente para a proposta de iniciativa popular de lei.

isso possa ocorrer, sobretudo quando a mutação nasce da hermenêutica pretoriana (JELLINEK, 1991, p. 7)

Na literatura jurídica norte-americana somente muito recentemente se passou a encontrar o termo *living constitution* para designar a Constituição como obra aberta e cambiante em face da natural dinâmica dos fatos (ACKERMAN, 2006, p. 12).

Seja no paradigma do precedente como fator de construção da Constituição dos Estados Unidos da América, seja nas transformações informais detectadas na Constituição Alemã de 1871 para manutenção do que os historiadores chamaram de segundo *Reich*, essa breve análise comprova a existência, a possibilidade e o que normalmente determinam as mutações constitucionais.

Sem esse caráter cambiante as Constituições correm riscos, pois existe uma aproximação entre normatividade, efetividade e mutação constitucional. Para Konrad Hesse (2009, p. 111), a concretização da Constituição, seja em face das liberdades negativas, seja em face da execução de programas sociais, depende da atualização informal da mesma, que diferentemente da reforma é um meio ágil o suficiente para alinhar a velocidade da norma à velocidade dos fatos. Trata-se de uma concepção de Constituição que aqui será chamada de dinâmica.

O principal mecanismo de mutação constitucional presente no Brasil é aquele dependente da interpretação judicial, uma vez que mesmo nos casos de súmula vinculante, instituto que se aproxima muito das *stare decisis* norte-americanas (SIMEÃO, 2012, p. 187/210), o juiz é a ponte entre o texto constitucional e a Constituição, detendo o poder de modificá-la no plano da aplicação cotidiana.

No processo não só de interpretação, mas de integração do texto constitucional, pode o juiz, enquanto guardião concreto ou abstrato da Constituição, exacerbar da sua atribuição e realizar uma mutação que poderá ser inconstitucional, apesar da retórica de legitimação ou de aceitação utilizada fazer parecer que tudo se processou em consonância com fatos sociais.

Na interpretação pretoriana, ou seja, de pessoas investidas do papel de proteger a Constituição, são fatores antecedentes a qualquer mutação a percepção de que a historicidade do ser incide em face das coisas, de modo que a interpretação será a resultante bifronte entre dois horizontes: de um lado o texto constitucional, do outro o guardião da Constituição. Qualquer falta de sintonia entre esses polos hermenêuticos e a mutação será inconstitucional.

É que a Constituição, apesar de ser uma obra que pressupõe a colaboração de um destinatário que domine a sua linguagem e a sua mensagem enquanto sistema proposto a um fim, isso não significa que ela possa ser interpretada de maneira livre, aberrante, desiderativa e maliciosa, em contrariedade à teleologia existencial do próprio Estado.

Os limites da interpretação são colocados a partir do programa normativo estabelecido pelo constituinte, não sendo facultado ao intérprete exorbitar desses parâmetros para, por assim dizer, criar uma nova materialidade constitucional, modificando pontos fundamentais da maneira de ser do Estado.

Até mesmo o não-dito, numa Constituição, precisa ter seus efeitos revelados de forma sistemática e teleologicamente fundamentada, mas esse silêncio não pode ser preenchido por uma atividade de integração que desnature as intenções do constituinte originário.

3 Limites da mutação constitucional pela via da interpretação

Os limites aqui propostos estão restritos à mutação operada por atores-intérpretes positivamente autorizados na Carta, o que representa a faceta mais palpável,

politicamente, do que Dau-Lin classificou como “*mutação constitucional por meio da interpretação da Constituição*” (1947, p. 27-29).

Essa via, como já se assinalou, é preponderante no atual sistema político brasileiro e pode ser, diante da própria formulação constitucional de funções estatais, judicial ou extrajudicial.

No Brasil a mutação é principalmente consciente, comissiva e realizada por órgãos públicos, tendo por pressuposto a prévia interpretação do texto constitucional. Esse tem sido o caminho mais usual para a definição de novos sentidos para a Constituição do Brasil.

Alerte-se, antes de tudo, para o fato de que as cláusulas pétreas explícitas são limites ao poder revisional e reformador, mas não ao poder difuso, conforme ficou claro no julgamento liminar, pelo STF, das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44.

A simples aposição das limitações materiais explícitas como conteúdos protegidos em face da mutação constitucional parece uma conclusão que não parte de uma análise mais profunda do fenômeno mutacional. Basta ver que temas como federação, separação de poderes, sufrágio e voto, assim como direitos fundamentais individuais, também precisam ser interpretados e atualizados conforme a realidade.

Quando se parte para a análise dos votos proferidos na ADC 44, verifica-se que para o Supremo Tribunal Federal as cláusulas pétreas explícitas são limitações unicamente para a reforma constitucional, mas não são óbice ou limite para a mutação da Constituição pela via da interpretação. Essa conclusão decorre do fato de que o guardião operou, nesse caso concreto, uma diminuição abstrata de um direito e garantia individual ao arrepio da gramaticalidade contida no artigo 60, §4º, inciso IV, da Lei Fundamental de 1988.

Nesses casos, de mitigação das limitações materiais explicitamente colocadas no texto, bastaria que a mutação possuísse fundamentação objetiva a partir de informações estruturantes e estruturais vindas da sociedade, o que os pensadores da análise econômica do direito chamam de indicadores estatísticos (POSNER, 1998, p. 100).

Uma vez que se está modificando aquilo que, pela via da reforma, seria o núcleo intangível da Constituição, faz-se necessária uma justificação bem mais pragmática, objetiva e matemática. Nas palavras de HESSE, “...*esta concepção de mutação constitucional permite e exige fundamentações mais atentas e diferenciadas, acompanhadas de critérios comprováveis*” (2009, p. 168)

Mutações constitucionais contra limites materiais explícitos são possíveis desde que na sua fundamentação haja uma aproximação metodológica entre ciências do espírito e ciências da natureza.

Já no que se refere à identidade material da Constituição, que se relaciona com os limites de conteúdo implícitos ou lógicos, a mutação constitucional que os afronte atentaria contra a preservação dos princípios fundamentais representativos do que a professora Anna Cândida Ferraz chamou de “*Espírito da Constituição*” (1986, p. 213-214). Isso violaria a ideia de consenso democrático e, portanto, a noção de soberania do povo, que somente seria exprimível, nessas situações específicas, por meio do Poder Constituinte Originário (LEDEWITZ, 2017, p. 10) (BARROSO, 2009, p. 168-169).

Consenso democrático pode ser definido como o grau de aceitação social de uma norma, de uma política ou de uma interpretação, o que a torna mais estável, ou seja, menos propensa à mudança. Isso diferencia a mutação constitucional da dialética jurisprudencial que a precede.

Esse primeiro limite pode ser catalogado e definido como um limite decorrente de princípios, ou seja, preso à teleologia constitucional de um Estado. Ele é

lógico por impossibilidade criacional. Com efeito, há uma diferença entre dar sentido e criar. A atividade de criar Constituição é privativa do povo, por meio de revolução legítima (democracia direta) ou Assembleia Nacional Constituinte democraticamente eleita e com liberdade de discussão e deliberação (democracia representativa). Assim, o intérprete da Constituição não pode se afastar de tal forma do “Espírito da Constituição” a ponto de criar uma nova Constituição no plano dos fatos.

Ainda que o Supremo Tribunal Federal inadmita as limitações materiais explícitas como anteparos à sua atividade de hermeneuta e, conseqüentemente, de protagonista maior da mutação da Constituição, as limitações materiais implícitas com certeza atingem essa atividade, para o bem do regime político e controle do poder. O Supremo Tribunal Federal não está autorizado a ser constituinte originário.

Assim, a mutação constitucional não poderia, por exemplo, diminuir o princípio republicano e da soberania popular, que induz aquisição, transferência e alternância no poder segundo o postulado democrático liberal, ou modificar o sentido de Constituição para torná-la menos rígida, pela flexibilização das próprias cláusulas que a protegem da reforma.

Outros limites são os normativos ou semióticos (HELLER, 1968) (HESSE, 2009) (MÜLLER, 2011). Esses limites se aproximam em muito da noção de fusão de horizontes históricos (GADAMER, 2002) e em muitos pontos coincide com a teoria da semiose limitada (ECO, 2016).

A Constituição é um conteúdo normativo e jurídico destacado da realidade por força da entropia de poder, de modo que ela liga o ser social – normalidade - ao dever ser jurídico - normatividade. A Constituição, assim, não é só normatividade, como queria Kelsen, ou só normalidade, como queria Carl Schmitt, mas uma coordenação correlativa entre esses dois fenômenos, de modo que a Lei Fundamental é suprema porque se projeta para além dessa tensão bipolar (HELLER, 1968, p. 290-306).

Depreende-se, assim, que a mutação constitucional, sendo um fenômeno que tem por fonte a normalidade social, encontra limites no caráter normativo da Constituição, ou seja, na sua projeção de efetividade como documento limitador da política e das condutas humanas.

Reconhecer caráter ilimitado à mutação constitucional representaria a capitulação da normatividade pela força dos fatos, o que significaria uma quebra da Constituição. Há um detalhamento preciso e objetivo desses limites normativos na teoria normativo-estruturante (MÜLLER, 2011, p. 50-86).

Assim, as normas que formam o Direito Constitucional são formadas por realidade (âmbito normativo) e por mandamento (programa normativo), o que importa dizer que o social (regulado) e o jurídico (regulador) caminham necessariamente juntos e em interação constante, o que nada mais é do que a própria concepção dinâmica de Constituição.

Ocorre, contudo, que nem todos os fatos estão incluídos no âmbito normativo, de modo que não são todos os fatos que podem subsidiar uma mutação, pois “...*nem todo fato novo pertence ao setor da realidade regulado pela norma*” (HESSE, 2009, p. 167).

Assim, o âmbito normativo, limitado pelo programa normativo, filtra os fatos que podem ou não podem levar a uma alteração formal ou informal da norma, de modo que “*só enquanto este fato novo ou modificado resulte pertencente ao âmbito normativo pode-se aceitar também uma mudança da norma*” (HESSE, 2009, p. 167).

O aspecto normativo reduz a discricionariedade do hermeneuta na realização da mutação constitucional. A interpretação vai se restringir às possibilidades de apreciação dos fatos, mas todos terão de estar dentro do âmbito normativo.

Assim como ocorre nas hipóteses de colisão entre direitos fundamentais, na hipótese de colisão entre realidade e norma suprema deve ser buscado o “equilíbrio de máximo respeito” às funções constitucionais de estabilização, racionalização e limitação do poder, sem descurar da necessidade de eficácia da Constituição dentro da realidade cambiante. Tudo que esteja para além desses objetivos já não será mutação constitucional, mas quebra e anulação da Constituição, legitimação de fatos consumados sobre normas democraticamente estabelecidas.

Esses limites normativos se aproximam, em conteúdo, dos limites impostos pela semiose, ou limites semióticos. Com efeito, há limites de ampliação semântica na Constituição, seja pela necessidade de concordância prática e harmonização sistemática entre seus postulados, seja pelo império da teleologia de princípios. Exemplo: Quando o artigo 33 da Lei nº 1079, de 1950, que integra o bloco de constitucionalidade brasileiro, diz que a resolução condenatória do Senado, no processo de *impeachment*, impõe a definição de algum prazo de inabilitação para o exercício de qualquer função pública, não se pode fazer uma interpretação que negue o texto, nesse ponto fechado e sem lacunas.

Ao permitir a condenação por crime de responsabilidade sem indicar prazo de inabilitação, criou-se uma nova rotina, um novo texto no plano dos fatos, ainda que o símbolo gráfico da norma tenha permanecido. Para além disso, foi ignorada a finalidade de impedir que um condenado por crime político volte a ocupar função pública eletiva vindo a tornar-se reincidente por crime de responsabilidade. Foram violados, assim, os limites de ampliação semântica do texto, o que se deu muito provavelmente porque a decisão é tomada numa instância composta simultaneamente por dois poderes (Senado presidido pelo Presidente do Supremo), o que inviabiliza pragmaticamente a sua reforma.

A verdade da Constituição não está em um pântano de relatividade subjetiva. É preciso fazer uma interpretação da Constituição a partir do texto, e não contra o texto, fazendo a mediação do mesmo pelos fatos determinantes do presente. Todas as vezes que esse processo se repete é aceitável um resultado hermenêutico, mas todos terão de estar dentro da razoabilidade.

Desvios derivados da subjetividade são naturais, pois nenhuma autoridade adentra virgem ao processo hermenêutico, mas há restrições contidas no próprio texto que podem tornar a interpretação, e a conseqüente mutação, inconstitucionais.

Todo texto, seja narrativo ou normativo, é incompleto porque pressupõe sempre a colaboração interpretativa de um destinatário. O texto é formado por uma simbologia gráfica isolada da realidade que demanda uma linguagem dominada pelo leitor. Linguagem, aqui, pode ser entendida como o universo individual desse leitor-modelo (ECO, 2008, p. 37-39).

Outro fator que denuncia a incompletude do texto é o fato dele estar entremeado por silêncios, que é aquilo que ele não manifesta na sua superfície literal, mas que demanda atualização modificativa no tempo, no nível de conteúdo e fato. O texto é um mecanismo preguiçoso e econômico que depende da valorização de sentido que o destinatário vier a introduzir, deixando ao leitor a iniciativa interpretativa, mas essa iniciativa tem uma margem de discricionariedade limitada, pois tem de existir uma univocidade mínima entre autor e hermeneuta.

A interpretação é o mecanismo formado entre autor, texto e leitor que explica não apenas nossa relação com mensagens elaboradas intencionalmente por outros seres humanos, mas toda forma de interação entre o homem e o mundo que o circunda, de modo que nenhum processo hermenêutico escapa dessa circularidade (PEIRCE, 1995, p. 1149).

Assim, os três atores do processo interpretativo se autolimitam. Não é porque o texto está separado do seu autor, e das circunstâncias concretas da sua emissão, que o mesmo pode se desgarrar dos seus significados mais primários, pois a

mensagem tem um conteúdo amplo, que pode dizer muitas coisas, mas não qualquer coisa. Há sentidos que, dentro de uma racionalidade lógica, escapariam à amplitude significativa da mensagem.

Dentro do universo da linguagem existe um sentido literal de formas lexicais que não pode ser refutado pelo intérprete. Essa premissa léxica basal se confunde com o primeiro sentido do fenômeno que seria buscado pelo leitor-modelo, pelo cidadão comum, pelo homem médio. Nenhuma interpretação pode evitar essa restrição e “qualquer ato de liberdade por parte do leitor pode vir depois e não antes da aplicação dessa restrição” (ECO, 2008, p. 38-40).

Há mensagens que inexistem no programa normativo da Constituição, de modo que podem existir muitas interpretações válidas, mas com certeza também existem exegeses insustentáveis. O texto constitucional possui direitos que não podem ser negados no processo hermenêutico, ainda que esses limites não coincidam, necessariamente, com o universo do constituinte.

Essa interpretação, para além da liberdade entre mundo do autor, obra e mundo do leitor, é contaminada pela lógica da semelhança, segundo a qual semelhante age simpaticamente sobre o semelhante, gerando influências.

No plano ideal, um órgão colegiado, como o Supremo Tribunal Federal, deveria aplicar a Constituição a partir da soma das compreensões solitárias dos universos individuais, mas na prática há influências recíprocas entre os ministros, com consequências para o resultado interpretativo.

Deve-se buscar no texto constitucional o que o constituinte disse e quis dizer para, assim, encontrar a coerência textual e as possibilidades interpretativas que se encerram no sistema de significação em que se respalda a Constituição.

O intérprete não pode partir para um ataque impositivo, subvertendo essas restrições, pois na filosofia da verdade não há protagonistas, apenas colaboração para a manutenção da democracia.

Conclusão

A doutrina brasileira tem se omitido em enfrentar o problema dos limites da mutação constitucional pela via da interpretação judicial. Para além disso, têm sido olvidadas certas diferenciações para estabelecimento de um conceito mais preciso acerca desse fenômeno.

Nem toda oscilação de jurisprudência ou ativismo é uma mutação constitucional e as mudanças informais que ocorrem, ainda que de forma social e politicamente estabilizada, mas em contrariedade a limites existentes, não serão uma mutação constitucional, mas um crime de responsabilidade, ou seja, uma ação contrária à Carta Política.

Os limites estabelecidos pelo Constituinte de 1988 ao poder de alteração formal do texto magno - sejam os procedimentais, materiais ou circunstanciais - não se aplicam ao processo de alteração informal pela via da interpretação abstrata, em que resta incólume a letra escrita e positivada da Constituição.

A noção de rigidez constitucional, nesse sentido, não atinge o que a doutrina chama de Poder Constituinte Difuso ou mutação constitucional, e nem o que aqui se coloca como dialética jurisprudencial precedente, principais atividades desempenhadas pelo Supremo Tribunal Federal.

Como a mutação constitucional pela hermenêutica parte da influência de fatos e valores sobre o processo de extração de sentido das normas de uma Constituição, e tendo em vista que os aspectos ontológicos e axiológicos de uma sociedade são condicionados culturalmente, pode-se afirmar que, para além de um conceito universal

existe um conceito de mutação constitucional próprio às características sociais e políticas do Brasil, assim como é possível perscrutar quais os limites e diferenciações que propiciam uma noção sobre o fenômeno em cada sociedade e cultura.

A concepção mais universal sobre mutação constitucional é aquela que foi lançada ao mundo a partir das observações feitas sobre o processo jurídico-político relacionado com a primeira reunificação alemã, na segunda metade do século dezenove, mas a simples transposição dessa teoria que pode ser denominada de clássica, ao Brasil, não atende às complexidades vistas sobretudo nos últimos vinte anos, em que a politização da justiça e a judicialização da política aumentaram no maior país da América do Sul.

A mutação constitucional, no Brasil, resulta da interpretação. O intérprete último é o Supremo Tribunal Federal, que como integrante do sistema social elege um âmbito normativo, ou seja, recorta fatos, valores, práticas e costumes que se comunicam com o programa normativo do texto constitucional para, a partir daí, declarar o que é a real Constituição. A mutação silenciosa, sem declaração formal, não atende às necessidades de segurança que derivam de uma formação histórica colonial marcada pela desigualdade e monopólio do poder econômico e político, num sistema judicial romano-germânico.

O Supremo é o intérprete último, mas não é o único. Todos os poderes estatais que representam o povo devem ser partícipes. A hermenêutica constitucional é feita à luz de um diálogo multilateral entre correntes políticas, no seio da sociedade e dos poderes eleitos, e jurisprudenciais, no seio do Judiciário. A interpretação visa a verdade por um método, e esse método é sobretudo o dialético, pela conciliação e contradição constante.

Mas nem toda interpretação dialética da Constituição é mutação constitucional. A mutação implica definitividade de nova posição exegética, e não transição, na premissa existencial de ciclos hermenêuticos, ou seja, degraus de evolução social e respectiva atualização da Constituição. Não se trata de uma rampa ascendente contínua.

Esses ciclos hermenêuticos vinculam-se à renovação geracional dos intérpretes da Constituição, ou seja, prendem-se a uma dialética intergeracional da sociedade e dos seus representantes. A renovação do coletivo e do guardião numa perspectiva histórico-social e fático-axiológica.

Some-se a isso o fato de que a Constituição em seu momento de concreção como projeto político e estruturante difere da semântica constitucional, e a ponte que mais comumente faz essa simbiose entre sistemas é a interpretação judicial, mas a discricionariedade que permeia essa função estatal não é, de modo algum, absoluta.

Mutação constitucional é a mudança não literal da Constituição, pela via da interpretação formal propiciada pelos poderes constituídos, obedecido o âmbito normativo delimitado pela linguagem constituinte, com estabilidade histórico-social e fático-axiológica. Esse conceito, mais restrito do que aqueles que a revisão da literatura nacional nos mostra, atende à observação do sistema de proteção e interpretação da Constituição no Brasil e ao momento de contraste que tipifica uma sociedade em rápida e contrastante evolução de valores.

Faltava, contudo, uma catalogação e definição minimamente objetivas em relação aos limites para a interpretação criativa dos atores que possuem a missão de decidir, jurídica e politicamente, o que é constitucional no Brasil. Catalogar e definir esses limites significa tornar mais claro sobretudo até que ponto o Supremo Tribunal Federal pode ir na sua missão de adequar e atualizar os sentidos de Constituição.

REFERÊNCIAS

- ACKERMAN, Bruce. *The living contitution*. Harvad: Harvard Law Review, 2000.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BRITTO, Carlos Ayres. *O regime jurídico dos Tribunais de Contas*. Artigo disponível em <http://direitopublico.com.br>. Acesso em 10 de fevereiro de 2017.
- BONAVIDES, Paulo. *A primeira emenda à Constituição por iniciativa popular*. Revista de Informação Legislativa, ano 45, n. 179, p. 53-55. Brasília: Subsecretaria de Edições Técnicas, 2008.
- _____. *Curso de Direito Constitucional*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- _____. *Emenda à Constituição por Iniciativa Popular*. Interesse Público, ano 9, n. 43, p. 15-18. Belo Horizonte: Fórum, 2007.
- _____. *Teoria Constitucional da Democracia Participativa*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- _____. *Teoria do Estado*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- _____. *Do Estado liberal ao Estado social*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- BOTELHO, Nadja Machado. *Mutação constitucional: a Constituição viva de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011
- BULOS, Uadi Lammego. *Mutação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997.
- _____. *Da reforma à mutação constitucional*. Brasília: Revista de Informação Legislativa, v.33, n.129, jan./mar. 1996.
- COELHO, Inocêncio Mártires. *Constituição: conceito, objeto e elementos*. Brasília: Revista de Informação Legislativa: v. 29, n. 116 (out./dez. 1992). Disponível em <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/176004>. Acesso em 08 de abril de 2017.
- DAU-LIN, Hsü. *Die verfassungswandlung*. Munique e Leipzig: Walter De Gruyter Incorporated, 1932.
- DILTHEY, Wilhelm. “*Origens da hermenêutica*”. Trad. Alberto Reis. Lisboa: Rés, 1984.
- ECO, Umberto. *Os limites da interpretação*. São Paulo: Perspectiva, 2016
- _____. *Lector in fabula*. São Paulo: perspectiva, 1988
- EVANS, Richard J. *A chegada do terceiro reich*. São Paulo: planeta, 2014.
- FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. *Do processo legislativo*. Saraiva: São Paulo, 2006.

- GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I*. São Paulo: Vozes, 2004.
- GARCIA-PELAYO, Manuel. *Derecho Constitucional Comparado*. Madrid: Alianza Editorial, 1993.
- GOYARD-FABRE, Simone. *Os princípios filosóficos do direito político moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- GUILLEN, Pierre. *El império alemán*. Barcelona: Editorial Vicent-Vives, 1973.
- HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O federalista*. Tradução de Heitor Almeida Herrera. Brasília: Universidade de Brasília, 1984.
- HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Petrópolis: Vozes, 2006, 5ª edição.
- HELLER, Hermann. *Teoria do Estado*. Trad. de Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968.
- HESSE, Konrad. *Temas fundamentais do Direito Constitucional*. Trad. de Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009.
- JELLINEK, Georg. *Reforma y Mutación de la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- KAUFMANN, Arthur. *Hermeneutica y Derecho*. Granada: Comares, 2007.
- LABAND, Paul. *Wandlugen der deustchen Reichverfassung*. Dresden: Zahn & Jaensch, 1895. p.2 (texto disponível em http://reader.digitale-sammlungen.de/de/fs1/object/display/bsb11127249_00005.html e acessado em 17/03/2017)
- LASSALE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. Lumen Júris: Rio de Janeiro, 2005.
- LEDEWITZ, Bruce. *Justice Harlan's Law and Democracy*. HeinOnline, 20 J.L & Pol.373(2004). Disponível em www.heinonline.org Data de acesso: 07 de abril de 2017.
- LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Barcelona: Ariel, 1970
- LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Brasília: Unb, 1980.
- MÜLLER, Friedrich. *Teoria Estruturante do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização simbólica*. São Paulo: Saraiva, 2008.
- PALMER, Richard E. *Hermenêutica*. Lisboa: Edições 70, 1969.
- PEIRCE, Charles Sanders. *The collected papers of Charles Sanders Peirce*. Harvard: Harvard University Press, 1998. Volume V, p. 484.

_____. *Semiótica*. 2ª ed., São Paulo: Perspectiva, 1995

POSNER, Richard. *El Análisis económico del derecho*. México: Fondo de Cultura Económica, 1998

_____. *La decadencia del derecho como disciplina autónoma*. In: ROEMER, Andrés. *Derecho y Economía: una revisión de la literatura*. México: Fondo de Cultura Económica, 2000.

REALE, Miguel. *A teoria tridimensional do Direito*. Lisboa: Imprensa Nacional: Casa da Moeda, 2003.

ROCHA, José de Albuquerque. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Saraiva, 2009

SCHLEIERMARCHER, Friedrich. *Hermenêutica: arte e técnica da interpretação*. Petrópolis: Vozes. 1999.

SILVA, José Afonso da. *Poder constituinte e poder popular*. São Paulo: Malheiros, 2002

SIMEÃO, Neila Márcia de Moura Chagas. *Stare Decisis: limites e influências no modelo brasileiro da súmula vinculante*. Brasília: Publicações da Escola da AGU: 2º Curso de Introdução ao Direito Americano: Fundamental of US Law Course. Ano IV, n. 16, v. I (março de 2012)

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

SECONDAT, Charles Louis de. *Do Espírito das Leis*. São Paulo: Martin Claret, 2007.



Revista Processus de Estudos de Gestão, Jurídicos e Financeiros.

ISSN: 2237-2342 (impresso)
L-ISSN: 2178-2008 (on-line)

Ano X, Vol.X, n.39, jul./dez., 201

Tramitação editorial:

Data de submissão: 30/07/2019.

Data de reformulação: 15/09/2019.

Data de aceite definitivo: 30/11/2019.

Data de publicação: 20/12/2019.

Editor Responsável: Me. Jonas Rodrigo Gonçalves.

A APOSENTADORIA ESPECIAL DO SERVIDOR PÚBLICO E SUAS POLÊMICAS¹ THE SPECIAL RETIREMENT OF THE PUBLIC AGENTS AND YOURS POLEMIC

Me. Lourivania Soares de Lacerda²

Resumo: O artigo traz considerações sobre celeuma acerca da aposentadoria especial dos servidores públicos. Isto porque, no que tange a previdência social, a Constituição Federal garantiu ao servidor público o direito ao benefício referido, deixando, contudo, ao encargo da Lei Complementar a regulamentação desta

¹ © Todos os direitos reservados. A Revista Processus de Estudos de Gestão, Jurídicos e Financeiros, bem como a Faculdade Processus (mantenedora do periódico) não se responsabilizam por questões de direito autoral, cuja responsabilidade integral é do(s) autor(es) deste artigo. A revisão linguística e metodológica deste artigo foi feita pelo(s) autor(es) deste artigo.

² Possui graduação em Direito - Faculdades Integradas do Planalto Central (2006) e mestrado em LL.M.EUR European Legal Practice/ Joint Degree pela Universidade Católica Portuguesa de Lisboa (2009), especialista em Direito Público pelas Faculdades Integradas do Planalto Central (2011) e Direito Previdenciário pelo Instituto Nacional de Ensino Superior e Pesquisa (2016). Tem experiência na advocacia previdenciária, atuando principalmente na área do Regime Geral de Previdência Social, professora orientadora do Núcleo de Prática Jurídica da Faciplac (2011 a 2016), e participação em bancas examinadoras de Trabalho de Conclusão de Curso. Pertence ao quadro de Conciliadores do Conselho Nacional de Justiça (2018). Possui certificação no Curso de Estratégias de Ensino e Aprendizagem: métodos ativos de aprendizagem- Faculdade Processus (2018). Atualmente é professora de Direito Administrativo e Introdução ao Estudo do Direito, na Faculdade Processus.

matéria, sendo que até o presente momento não houve a criação de tal lei, gerando assim várias dúvidas no que diz respeito a aplicabilidade da norma programática prevista na nossa Carta Política. Em virtude disso, ao longo do tempo, ocorreram muitas alterações legais, atos normativos expedidos pelo Ministério da Previdência Social e do Trabalho, em torno do tema. Muitos mandados de injunção foram impetrados junto ao Superior Tribunal de Justiça, e só então, com a edição da Súmula 33 do STF, a qual dispõe que "Aplicam-se ao servidor público, no que couber, as regras do regime geral da previdência social sobre aposentadoria especial de que trata o artigo 40, § 4º, inciso III da Constituição Federal, até a edição de lei complementar específica" foi dado ao servidores públicos o mínimo de segurança jurídica no que diz respeito às decisões judiciais acerca da aposentadoria especial.

Palavras chave: Aposentadoria Especial. Servidores Públicos. Problema legal. Atuação do Poder Judiciário.

Abstract: The article brings considerations about excitement about the special retirement of public agents. This is because, as far as social security is concerned, the Federal Constitution guaranteed to the public agente the right to the referred benefit, leaving, however, to the charge of the Complementary Law the regulation of this matter, and until the present moment there was not the creation of such law , thus generating several doubts regarding the applicability of the programmatic norm provided for in our Political Charter. Because of this, over time, there were many legal changes, normative acts issued by the Ministry of Social Security and Labor, around the subject. Many injunctions were filed with the Superior Court of Justice, and only then, with the issue of Supreme Court Precedent 33, which states that "The rules of the general social security system apply to the public agent, as appropriate. on special retirement referred to in article 40, paragraph 4, item III of the Federal Constitution, until the issue of a specific supplementary law "was given to civil servants the minimum legal certainty with respect to judicial decisions on special retirement.

keywords: Special Retirement. Public Agents. Problem Law. Performance of the Judiciary.

1.introdução

Ao contrário do que possa parecer, a aposentadoria especial, é um dos benefícios previdenciários mais complexos. Isso se deve pelas constantes alterações da legislação, que sempre traz regras novas. Por essa razão começamos por tratar da origem e evolução da aposentadoria especial no Direito Previdenciário Brasileiro.

Segundo Fábio Zambitte Ibraahim, "as dúvidas começam mesmo na definição de sua natureza jurídica".

Para alguns, este benefício seria uma espécie de aposentadoria por invalidez antecipada, na medida em que proporciona a aposentação antes do segurado ser efetivamente incapacitado pelos agentes nocivos a que está exposto. Outros, a definem como espécie de aposentadoria por tempo de contribuição, qualificada em razão da nocividade da atividade desenvolvida. Por fim, há

quem veja uma nova espécie de aposentadoria, a par das já existentes (Ibraahim, 2012, p.622).

Se o benefício em comento já produz dificuldade de compreensão e aplicação de seus preceitos no Regime Geral de Previdência Social, o que dizer da sua extensão ao servidor público que é filiado a regime próprio.

Ante a relevância da aposentadoria especial, à luz do § 1º do artigo 201 da Constituição Federal Brasileira, o qual prevê que somente poderão ser adotados requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria nos casos de atividades exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, foram editadas leis, decretos e instruções normativas, a fim de atender este preceito constitucional.

A celeuma em torno da concessão da aposentadoria por invalidez para os servidores públicos nas esferas federal, estadual e municipal ocorre porque a Constituição Federal, em seu artigo 40 § 4 garante a aposentadoria especial para o segurado ao Regime Próprio da Previdência Social, contudo nos termos definidos em leis complementares. Porém, até a presente data, ainda não houve a criação destas leis complementares para todas as categorias de servidores.

No estudo entabulado, será amplamente demonstrado sucessão legislativa acerca da aposentadoria especial. Contudo, sem a pretensão de esgotar o tema, diante das complicações envolvidas.

2. Aposentadoria Especial: Origem e Evolução

A Aposentadoria Especial foi prevista pela primeira vez na Lei nº. 3.807/1960 (Lei Orgânica da Previdência Social- LOPS), que, em seu artigo 31, estabelecia para o segurado que contasse com, no mínimo, cinquenta anos de idade, quinze anos de contribuição, e tivesse trabalhado durante quinze, vinte ou vinte e cinco anos em atividades profissionais consideradas penosas, insalubres ou perigosas, de acordo com Decreto do Poder Executivo (Decreto nº. 48.959-A/60 que continha, em anexos, quadros relacionando os serviços considerados penosos, insalubres ou perigosos).

Ao longo do tempo ocorreram muitas alterações legais, atos normativos expedidos pelo Ministério da Previdência Social e do Trabalho.

Assim, adveio o Decreto nº. 53. 831/64 que regulamentou a Lei nº. 3.807/1960, unicamente no tocante a aposentadoria especial mediante a instituição de um quadro com indicação de relação entre o tempo de trabalho mínimo exigido e os serviços e atividades profissionais classificados como insalubres, perigosas ou penosas, em razão de exposição do segurado a agentes químicos, físicos e biológicos, durante o prazo mínimo fixado.

Em pesquisa realizada na internet, no endereço eletrônico <http://segurancaetrabalho.com.br/download/aposenta-donadon.pdf>, foi feito um resumo das principais alterações legislativas, no trabalho de conclusão de curso de autoria de João Donadon, conforme explicaremos a seguir.

No dia 23 de maio de 1968 foi criada a Lei nº. 5.440-A, a qual alterou o art. 31 da Lei nº. 3.807/1960 para suprimir a exigência da idade de cinquenta anos para fins de concessão de aposentadoria especial, com relação aos serviços e atividades profissionais constantes do quadro anexo ao Decreto nº. 53. 831/64 (anexo D, item III).

Com isso, a idade mínima que funcionava como um limitador deixou de ser exigida, e a aposentadoria especial foi flexibilizada para que o trabalhador exposto a agentes nocivos obtivesse o benefício.

Novo Decreto (nº 63.230 de 10.9.68) revogou o Decreto nº 53.831, de 1964, dispondo que a aposentadoria especial seria devida ao segurado que tivesse, no mínimo, 180 contribuições mensais e, conforme a atividade, pelo menos quinze, vinte ou vinte e cinco anos de trabalho em serviços considerados penosos, insalubres ou perigosos, conforme seus quadros I e II, nos quais consignavam o tempo de trabalho mínimo exigido, com relação a cada uma das atividades, para aquisição do direito ao benefício.

Manteve a determinação de que o segurado deveria comprovar o tempo de trabalho permanente e habitual prestado em atividades especiais insalubres, penosas ou perigosas durante o período mínimo fixado. Inovou em relação ao anterior ao mandar computar como atividade insalubre, penosa ou perigosa, a partir da data de sua publicação, os períodos de auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez decorrentes do exercício dessas atividades.

Lei nº 5.527, de 08 de novembro de 1968, dispunha que embora o art. 31 da LOPS tenha atribuído ao Poder Executivo a tarefa de definir quais os serviços ou categorias profissionais que seriam considerados para efeito de concessão da aposentadoria especial, o Parlamento insurgiu-se contra mudanças feitas por ele em relação a algumas categorias profissionais. (anexo D, item III), permanecendo em vigor os Quadros I e II do Decreto nº 63.230, de 1968 e, para algumas categorias profissionais, não incluídas no referido Decreto, voltou a vigorar o Quadro Anexo do Decreto nº 53.831, de 1964, inclusive com a exigência de idade.

Posteriormente, em 8 de junho de 1973 adveio a Lei nº 5.890, que revogou o art. 31 da Lei nº 3.807, de 1960, e em seu art. 9º, definiu que a aposentadoria especial seria concedida ao segurado que contribuísse no mínimo por cinco anos e tivesse trabalhado durante quinze, vinte ou vinte e cinco anos, pelo menos, conforme a atividade profissional, em serviços que fossem considerados penosos, insalubres ou perigosos por Decreto do Poder Executivo. (anexo C).

Como essa Lei não estipulou idade mínima e não revogou a 5.527, de 1968, que havia restabelecido o direito de algumas categorias profissionais, embora mandasse observar a idade mínima, considerou-se em vigor todos os três quadros, porém, sem a exigência da idade mínima, inclusive para as categorias profissionais incluídas no Quadro Anexo ao Decreto nº 53.831, de 1964.

Em 14 de maio de 1979, nova lei de nº. 6.643, acrescentou § 3º ao artigo 9º da Lei nº 5.890, de 1973, determinando que deveriam ser computados para efeito de tempo de serviço, para fins de aposentadoria especial, os períodos em que os trabalhadores integrantes das categorias profissionais sujeitas aos agentes nocivos permanecessem licenciados do emprego ou atividade para exercerem cargo de administração ou de representação sindical. Passou a ser irrelevante a função efetivamente exercida pelo trabalhador, bastava que pertencesse a categoria profissional, mesmo que nunca tivesse exercido a função.

No ano de 1980, a Lei nº 6.887, tal como a Lei nº 6.643, de 1979, também incluiu mais um parágrafo ao artigo 9º da Lei nº 5.890, agora o 4º, para permitir que o tempo de serviço exercido alternativamente em atividades comuns e em atividades que fossem ou viessem a ser consideradas penosas, insalubres ou perigosas fosse somado, após a respectiva conversão, segundo critérios de equivalência fixados pelo Ministério da Previdência Social, para efeito de aposentadoria de qualquer espécie.

A atual lei que prevê os principais benefícios previdenciários, Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, relativamente à aposentadoria especial, manteve as mesmas regras estabelecidas pela Lei nº 6.887, de 1980, acrescentando apenas uma tabela de transitoriedade da carência anteriormente fixada em 60 contribuições mensais para a nova que prevê 180 aos segurados que já encontravam-se inscritos na Previdência Social na data de sua publicação.

Mais uma alteração a última lei mencionada ocorreu em 28 de abril de 1995, com a Lei nº 9.032, dispondo que a aposentadoria especial seria concedida desde que o segurado comprovasse o tempo de trabalho permanente, não ocasional nem intermitente, em condições especiais que prejudicassem a saúde ou a integridade física, durante o período mínimo fixado, bem como comprovasse a exposição aos agentes nocivos químicos, físicos, biológicos ou associação de agentes prejudiciais à saúde ou à integridade física, pelo período equivalente ao exigido para a concessão do benefício, vedando-se a concessão por categoria profissional ou por exercício de atividades penosas ou perigosas.

Essa lei proibiu a conversão de tempo de serviço comum em especial, mas manteve a conversão do tempo de trabalho exercido sob condições especiais em comum. Alterando o critério até então adotado, a lei vedou ao segurado beneficiado com aposentadoria especial continuar ou retornar ao exercício de atividade ou operações que o sujeitem aos agentes nocivos químicos, físicos, biológicos ou associação de agentes que geraram o seu benefício.

Como se não bastasse, surgiu a Lei nº 9.528, em 10 de dezembro de 1997, a qual alterou o art. 58 da Lei nº 8.213 de 1991, que dispunha que a relação de atividades profissionais prejudiciais à saúde ou à integridade física seria objeto de lei específica, estabelecendo que a relação dos agentes nocivos considerados para fins de concessão da aposentadoria especial seria definida pelo Poder Executivo, e a comprovação da efetiva exposição do segurado aos agentes nocivos seria feita mediante formulário emitido pela empresa, com base em laudo técnico de condições ambientais do trabalho, expedido por médico do trabalho ou engenheiro de segurança do trabalho.

Do laudo técnico deveria constar informação sobre a existência de tecnologia de proteção coletiva capaz de diminuir a intensidade do agente agressivo e recomendação sobre a sua adoção pelo estabelecimento respectivo. A empresa que não mantivesse laudo técnico atualizado ou que emitisse documento de comprovação de efetiva exposição aos agentes nocivos em desacordo com o respectivo laudo estaria sujeita à penalidade.

A empresa deveria elaborar e manter atualizado perfil profissiográfico abrangendo as atividades desenvolvidas pelo trabalhador e, quando da rescisão do contrato, fornecer a ele cópia autêntica deste documento.

Importante salientar que no período de 29 de abril de 1995 (data da publicação da Lei nº 9.032) até 5 de março de 1997 (data do Decreto nº 2.172, de 1997), permaneceu em vigor a relação dos agentes nocivos constantes do Anexo I do Decreto nº 83.080, de 1979, bem como parte do quadro anexo ao Decreto nº 53.831, de 1964 (item 1.0.0. - Agentes).

A regulamentação de toda a matéria previdenciária em um único diploma legal se deu com a aprovação do Decreto nº 3.048, de 6.5.99, sendo aposentadoria especial foi tratada no art. 64 e seguintes, e a classificação dos agentes nocivos constou do seu Anexo IV.

O Regulamento encarregou ao médico perito do INSS competência para inspecionar o local de trabalho do segurado para confirmar as informações contidas

nos formulário e laudo técnico apresentado pelo requerente da aposentadoria especial (art. 338, § 2º).

2. 1. A Aposentadoria Especial para os Segurados ao Regime Próprio de Previdência Social e suas polêmicas

Até aqui temos tratado da aposentadoria especial adotada para os segurados ao Regime Geral de Previdência Social (RGPS), pois para aqueles filiados ao Regime Próprio de Previdência Social (RPPS), ainda pairam dúvidas em torno do assunto, vejamos:

Segundo se observa no § 4º, do artigo 40, da Constituição Federal Brasileira de 1988 (CFB), o servidor público ocupante de cargo efetivo tem garantido o direito a uma aposentadoria especial, *in verbis*:

Artigo 40 - Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo.

(...)

§ 4º - É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos abrangidos pelo regime de que trata este artigo, ressalvados, **nos termos definidos em leis complementares, os casos de servidores:**

I portadores de deficiência;

II que exerçam atividades de risco;

III **cujas atividades sejam exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física.** (grifamos).

Dessa forma, nossa Carta Magna garantiu a possibilidade de aposentadoria especial ou diferenciada para o servidor titular de cargo efetivo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídos os servidores das autarquias e fundações desses entes federados.

Todavia, para que tal benefício fosse concedido, necessário seria, primeiramente, a existência de lei complementar que previsse seus critérios. Daqui advém toda a problemática, pois a lei complementar não foi editada até o presente momento, o que leva esses servidores a recorrer à via judicial através do Mandado de Injunção para obter o benefício de aposentadoria especial.

Marisa Ferreira dos Santos (2013, p.474), transcreve um trecho do Mandado de Injunção n. 721-7/DF, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, que em seu trecho do voto assinalou:

“(...) Com a Emenda Constitucional nº 20/98, afastou-se a óptica míope do sentido do verbo “poder” – considerado o tempo, futuro do presente, “poderá”_, para prever-se, no § 4º do artigo 40 da Carta (...). Então, é dado concluir que a jurisprudência mencionada nas informações sobre a existência de simples faculdade ficou, sob o ângulo normativo- constitucional, suplantada. Refiro-me ao que decidido no Mandado de Injunção 484-6/ RJ (...). Em síntese, hoje não sugere dúvida a existência do direito constitucional à adoção de requisitos e critérios diferenciados para alcançar a aposentadoria daqueles que hajam trabalhado sob condições especiais, que prejudiquem a saúde ou a integridade física. Permaneceu a cláusula da definição em lei complementar (...).”

Desta maneira, ficou decidido que a falta de lei complementar não poderia acarretar prejuízo ao servidor público. E outros Mandados de Injunção foram julgados pelo STF em relação a outras categorias profissionais, adotando o mesmo entendimento: enquanto não for editada lei complementar, os servidores públicos terão direito à aposentadoria especial na forma prevista no Regime Geral de Previdência Social.

É imprescindível atentar ao § 12 do artigo 40 da Constituição Federal, o qual determina que o regime de previdência dos servidores públicos titulares de cargo efetivo observará, no que couber, os requisitos e critérios fixados para o regime geral de previdência social. Neste sentido, MI 1017 RS:

EMENTA: MANDADO DE INJUNÇÃO – NATUREZA. Conforme disposto no inciso LXXI do artigo 5º da Constituição Federal, conceder-se-á mandado de injunção quando necessário ao exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Há ação mandamental e não simplesmente declaratória de omissão. A carga de declaração não é objeto da impetração, mas premissa da ordem a ser formalizada. MANDADO DE INJUNÇÃO – DECISÃO – BALIZAS. Tratando-se de processo subjetivo, a decisão possui eficácia considerada a relação jurídica nele revelada. APOSENTADORIA – TRABALHO EM CONDIÇÕES ESPECIAIS – PREJUÍZO À SAÚDE DO SERVIDOR – INEXISTÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR – ARTIGO 40, § 4º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Inexistente a disciplina específica da aposentadoria especial do servidor, impõe-se a adoção, via pronunciamento judicial, daquela própria aos trabalhadores em geral – artigo 57, § 1º, da Lei nº 8.213 /91. APOSENTADORIA ESPECIAL – SERVIDOR PÚBLICO – TRABALHO EM AMBIENTE INSALUBRE – PARÂMETROS. **Os parâmetros alusivos à aposentadoria especial, enquanto não editada a lei exigida pelo texto constitucional, são aqueles contidos na Lei nº 8.213 /91, não cabendo mesclar sistemas para, com isso, cogitar-se de idade mínima (grifamos).**

Frederico Amado (2012, p. 882) afirma que “... com o novo posicionamento da Suprema Corte, que não mais se limita a declarar a mora legiferante”, a aposentadoria especial do servidor público efetivo filiado ao RPPS será devida nos mesmos termos do RGPS, ou seja, com 15, 20 ou 25 anos de contribuição, sem idade mínima, conforme enquadramento da atividade no Regulamento da Previdência Social, desde que desenvolva atividade especial de maneira permanente, não ocasional nem intermitente.

Ainda, segundo Frederico Amado, “antes da instituição do regime único no serviço público, o que ocorreu na União com o advento do artigo 243, da Lei 8.112/90, o tempo prestado em condições especiais sob a égide celetista deverá ser convertido em comum para fins previdenciários”.

Esse é o posicionamento da Advocacia Geral da União, através da Instrução normativa 01/2004:

“Art. 1º não se recorrerá de decisão judicial que reconhecer o direito à averbação do tempo de serviço prestado, em condições perigosas ou insalubres, pelo servidor que se encontrava sob a égide do regime celetista quando da implantação do Regime Jurídico Único.

Parágrafo único: Será objeto de desistência o recurso interposto contra decisão de que trata o caput deste artigo”.

Em 05 de novembro de 2010, o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG) expediu a Orientação Normativa nº 10, que

estabeleceu orientações para a aplicação do art. 57 da lei 8.213/91 aos servidores públicos federais e, como não poderia deixar de ser, disciplinou tanto a aposentadoria especial propriamente dita, quanto à conversão do tempo especial em tempo comum.

No artigo de autoria de Bruno Fischgold e Júlia Pauro Oliveira, disponibilizado no site <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI201814,71043-Sumula+vinculante+33+e+a+regulamentacao+do+direito+a+aposentadorias>, a orientação normativa 10/10 foi aplicada nos últimos anos e milhares de servidores públicos federais foram beneficiados pela proteção que a Constituição reserva àqueles que laboram sob condições nocivas que anteriormente era denominado de INPS - Instituto Nacional de Previdência Social.

“Essa realidade foi modificada com a publicação da orientação normativa 16, em 23 de dezembro de 2013, a qual revogou a orientação normativa 10/10, extinguiu o direito à conversão do tempo especial e determinou a revisão de todos os atos praticados com base nas determinações anteriores, ao argumento de que a conversão do tempo especial em tempo comum seria uma modalidade de contagem ficta de tempo de serviço não albergada pelas decisões proferidas nos mandados de injunção”.

Para os referidos autores, esse entendimento está equivocado e representa indevida restrição ao direito resguardado pela Constituição.

Primeiramente porque as redações do §4º do art. 40 e do §1º do art. 201, ambos da Constituição são idênticas, haja vista que os trabalhadores da iniciativa privada possuem o direito à aposentadoria especial e o direito à conversão do tempo especial, inexistindo motivos para que os servidores públicos não usufruam desses direitos.

Em segundo lugar, define-se como fictícia a contagem de tempo de serviço sem o efetivo exercício e o corresponde recolhimento de contribuição social por parte do servidor. Certamente, esse conceito não se aplica à conversão do tempo especial em comum, em que inegavelmente há a prestação do serviço e o recolhimento da correspondente contribuição.

Em razão do crescimento do número de mandados de injunção impetrados para suprir a lacuna legislativa na regulamentação do direito à aposentadoria especial dos servidores públicos, no dia 9 de abril de 2014, o STF aprovou a súmula vinculante 33, com o seguinte enunciado: "Aplicam-se ao servidor público, no que couber, as regras do Regime Geral de Previdência Social sobre aposentadoria especial de que trata o art. 40, §4º, inciso III, da Constituição Federal, até edição de lei complementar específica".(grifamos).

As novas regras devem desestimular a manutenção de ambientes de trabalho insalubres. A prevenção de acidentes e melhoria das condições do ambiente de trabalho deve constituir o foco da nova lei. É imperativo que a nova ordem institucional contribua para a contínua redução dos riscos de acidentes e de doenças ocupacionais.

É assim que entendemos o comando constitucional. Não pode ser outra a diretriz a ser estabelecida pela lei complementar a ser elaborada, pois se fosse para manter as atuais regras não haveria necessidade de prever a edição uma nova lei, bastaria que recepcionasse a atual.

3. Considerações finais

É lícito, pois, concluir que a aposentadoria especial é uma forma de compensação ao segurado pelo trabalho realizado em condições prejudiciais a sua saúde. Desta forma, percebe-se quão complexa é a questão de tal benefício, que tenda amenizar tanto sofrimento do trabalhador, por anos de serviços prestados em más condições, que pode trazer consequências à saúde do segurado, ou até mesmo leva-lo à morte.

Assim, a aposentadoria especial é de grande importância para o segurado que encontrar-se trabalhando em condições especiais que prejudiquem à sua saúde ou à sua integridade física. Todavia, por ser dotada de prerrogativa, também exige alguns requisitos para sua concessão como: trabalho permanente, e não ocasional nem intermitente e prova da efetiva exposição do segurado aos agentes nocivos que prejudiquem a saúde.

A norma da aposentadoria especial prevista na Lei nº 8.213/91 e que está sendo utilizada para a aposentadoria especial dos servidores públicos, prevê que a pessoa possa aposentar-se após ter trabalhado 15, 20 ou 25 anos em condições especiais”.

Na hipótese de ter trabalhado um período inferior ao estabelecido, por exemplo, 24 anos ao invés de 25, é possível a conversão desse tempo, com um acréscimo, que pode-se dizer ficto, e a sua soma com os demais anos de atividade para que seja possível a aposentadoria em um prazo menor, se considerado o tempo necessário para a hipótese de jamais ter trabalhado em condições especiais.

Para o advogado Matheus Rocha Faganello, em artigo publicado na revista eletrônica Espaço Vital (<http://www.espacovital.com.br/publicacao-30499-aposentadoria-especial-dos-servidores-publicos>), “...no caso da aposentadoria especial do servidor público o entendimento firmado pelo STF, e que está contido na expressão "no que couber" da súmula 33 é que a inativação somente é possível se o período total foi exercido em atividade especial, sem que seja possível a conversão do tempo com acréscimo, na hipótese de não ter sido atingido o tempo estabelecido em lei”.

Portanto, até que sejam criadas as ditas leis complementares, a súmula 33 do STF foi o único meio de evitar que mais mandados de injunção fossem impetrados, e que servidores públicos tivessem o mínimo de segurança jurídica no que diz respeito às decisões judiciais acerca da aposentadoria especial.

Referências

AMADO, Frederico. **Direito e Processo Previdenciário Sistematizado**. Salvador. Jus Podivm, 2012.

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Decreto Lei nº. 3. 048 de 6 de maio de 1999.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**. Niterói. Editora Impetus, 2012.

SANTOS, Marisa Ferreira dos. **Curso Prático de Direito Previdenciário**. São Paulo. Saraiva, 2013.

Lei nº. 3.807 de 26 de agosto de 1960.

Lei nº. 8.213 de 24 de julho de 1991.

Súmula nº. 33 do Supremo Tribunal do Federal.

Artigos disponíveis na internet nos sites:

(<http://segurancaetrabalho.com.br/download/aposenta-donadon.pdf>),

(<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI201814,71043Sumula+vinculante+33+e+a+regulamentacao+do+direito+a+aposentadorias>)

(<http://www.espacovital.com.br/publicacao-30499-aposentadoria-especial-dos-servidores-publicos>)



Revista Processus de Estudos de Gestão, Jurídicos e Financeiros

ISSN: 2237-2342 (impresso)

L-ISSN: 2178-2008 (on-line)

Ano X, Vol. X, n.39, jul./dez., 2019.

Tramitação editorial:

Data de submissão: 30/07/2019.

Data de reformulação: 15/09/2019.

Data de aceite definitivo: 30/11/2019.

Data de publicação: 20/12/2019.

BASE NACIONAL COMUM CURRICULAR¹
Curricular common national base
Base nacional común curricular

Me. Maria Aparecida De Assunção²
Mariane Corado Lobato
Walter Robson Vieira Torres³

Resumo

O presente estudo busca reunir informações acerca da Base Nacional Comum Curricular, demonstrando que essa Base define as competências e conhecimentos essenciais para orientar a formação do aluno de ensino médio. O presente artigo tem por finalidade, expor análise com referencia a capacidade da BNCC de orientar os alunos na escolha das áreas de formação e dos itinerários formativos, após um levantamento de pesquisas por meio do Google Acadêmico e varias leituras em relação a BNCC. O artigo expõe as análises feitas com base nas propostas da BNCC, de opiniões e criticas de profissionais da educação, no sentido de esmiuçar os meandros da nova fase da educação no Brasil, que passará por transformações no anos vindouros, seja na parte de metodologia do ensino, seja na área do desenvolvimento pedagógico. Tema que no momento traz preocupações, sobre a autonomia das redes de ensino em construir e disponibilizar seus próprios currículos. O estudo concluiu que É importantíssimo que os alunos compreendam cada competência, é importante também conversar sobre cada uma delas, discutir com os alunos o que eles estão aprendendo, e porque estão aprendendo, para que entendam o sentido, a importância de cada área de formação e que possam estar abertos a colaborar para que juntos os estudantes possam ajudar a desenvolver o coletivo, sendo protagonistas de suas historias. Se torna muito importante o diálogo e as discussões sobre os projetos políticos pedagógicos das escolas com todos os professores, gestores e colaboradores, para que a concepção de educação possa ser compreendida e incorporada, tornar-se salutar, aproveitar este momento para reflexão sobre a formação do ser humano que é o aluno nesta fase da sua vida.

Palavras-chaves: Política Pública Educacional. Competências e conhecimentos. Ensino médio

¹ © Todos os direitos reservados. Revista Processus de Estudos de Gestão, Jurídicos e Financeiros, bem como a Faculdade Processus (mantenedora do periódico) não se responsabilizam por questões de direito autoral, cuja responsabilidade integral é do(s) autor(es) deste artigo. A revisão linguística e metodológica deste artigo foi feita pelo(s) autor(es) deste artigo.

² Possui mestrado em Administração pela Universidade Federal de Minas Gerais em BH, ano de 1993. É pos-graduada em Marketing pela Fundação Getúlio Vargas de Brasília de 1987 a 1988. É graduada em Administração pela União Educacional de Brasília (1985) . De 2010 até o momento atua na Faculdade Processus. É professora e pesquisadora da Faculdade Processus, onde atualmente é a coordenadora de EaD.

³ Graduação em andamento em GESTAO PUBLICA. Faculdade Processus, PROCESSUS -DF, Brasil. Cv: <http://lattes.cnpq.br/4551039646596896>

Abstract

This study seeks to gather information about the Common National Curriculum Base, demonstrating that this Base defines the skills and knowledge essential to guide the education of high school students. This article aims to expose analysis with reference to the ability of BNCC to guide students in choosing areas of training and training itineraries, following a survey through Google Scholar and various readings in relation to BNCC. The article exposes the analyzes made based on BNCC proposals, opinions and criticisms of education professionals, in order to scrutinize the intricacies of the new phase of education in Brazil, which will undergo changes in the coming years, either in the methodology part of the program. teaching, whether in the area of pedagogical development. A topic that currently raises concerns about the autonomy of education networks in building and making their own curricula available. The study concluded that It is very important that students understand each competency, it is also important to talk about each competency, discuss with students what they are learning, and why they are learning, so that they understand the meaning, the importance of each area of training. and that they can be open to collaborate so that together students can help develop the collective, being protagonists of their stories. It is very important the dialogue and discussions about the pedagogical political projects of schools with all teachers, managers and collaborators, so that the conception of education can be understood and incorporated, become healthy, take this moment to reflect on the formation of the human being who is the student at this stage of his life.

Keywords: Educational Public Policy. Skills and knowledge. High school

Resumen

Este estudio busca recopilar información sobre la Base de Currículo Nacional Común, demostrando que esta Base define las habilidades y conocimientos esenciales para guiar la educación de los estudiantes de secundaria. Este artículo tiene como objetivo exponer el análisis con referencia a la capacidad de BNCC para guiar a los estudiantes en la elección de áreas de capacitación e itinerarios de capacitación, siguiendo una encuesta a través de Google Scholar y varias lecturas en relación con BNCC. El artículo expone los análisis realizados en base a las propuestas, opiniones y críticas de BNCC a los profesionales de la educación, con el fin de analizar las complejidades de la nueva fase de la educación en Brasil, que sufrirá cambios en los próximos años, ya sea en la parte metodológica del programa. enseñanza, ya sea en el área del desarrollo pedagógico. Un tema que actualmente plantea preocupaciones sobre la autonomía de las redes educativas en la construcción y puesta a disposición de sus propios planes de estudio. El estudio concluyó que es muy importante que los estudiantes entiendan cada competencia, también es importante hablar sobre cada competencia, discutir con los estudiantes lo que están aprendiendo y por qué están aprendiendo, para que entiendan el significado, la importancia de cada área de capacitación. y que pueden estar abiertos a colaborar para que juntos los estudiantes puedan ayudar a desarrollar el colectivo, siendo protagonistas de sus historias. Es muy importante el diálogo y las discusiones sobre los proyectos políticos pedagógicos de las escuelas con todos los docentes, gerentes y colaboradores, para que la concepción de la educación se pueda comprender e incorporar, volverse saludable, aproveche este momento para reflexionar sobre la formación. del ser humano que es el estudiante en esta etapa de su vida.

Palabras-clave: Política pública educativa. Habilidades y conocimientos. Escuela secundaria

Introdução

O presente estudo busca reunir informações acerca da Base Nacional Comum Curricular (BNCC), tema este que traz uma dualidade de pensamentos em relação aos benefícios e possíveis prejuízos desta política educacional. A BNCC expressa o compromisso do Estado Brasileiro com a promoção de uma educação integral voltada ao acolhimento, reconhecimento e desenvolvimento pleno de todos os estudantes, com respeito às diferenças e enfrentamento a discriminação e ao preconceito. A BNCC tem sua previsão na Constituição Federal de 1988 (Art. 210). A qual diz que serão fixados conteúdos mínimos para o ensino fundamental, de maneira a assegurar a formação básica comum com respeito aos valores culturais, artísticos, nacionais e regionais aplicados em todas as redes de ensino do país.

Essa Base define as competências e conhecimentos essenciais, que deverão ser oferecidos a todos os estudantes na parte comum, abrangendo as quatro áreas do conhecimento e todos os componentes curriculares do ensino médio definidos na Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB) e nas Diretrizes Curriculares Nacionais (DCN) do Ensino Médio. As disciplinas obrigatórias nos três anos de Ensino Médio são: Língua Portuguesa e Matemática. No caso de Língua Estrangeira, há orientação pela língua inglesa. O restante do tempo será dedicado ao aprofundamento acadêmico nas áreas eletivas ou cursos técnicos, a saber: Linguagens; Matemática; Ciências Humanas e Ciências da Natureza.

Este artigo tem por finalidade, expor análise com referencia a capacidade da BNCC de orientar os alunos na escolha das áreas de formação e dos itinerários formativos, demonstrar que para uma perfeita eficiência na base é imprescindível o engajamento dos professores, quanto dos estudantes. Observando estes itens, a BNCC vem como uma orientadora eficaz na reformulação do ensino médio Brasileiro. Através deste artigo será feita uma análise da BNCC, orientado pela indagação sobre como será a escolha dos alunos do ensino médio, pelas áreas de aprofundamento nos estudos e sobre essas mudanças no ensino por competências.

Após um levantamento de pesquisas através do Google Acadêmico e após varias leituras em relação à BNCC, foi possível fazer um estudo em relação às questões acima. Acreditamos que o presente artigo poderá orientar o leitor e trazer esclarecimentos acerca do tema. Este estudo foi escolhido através da vontade de conhecimento em relação à Educação Brasileira de nível médio, visto que a mesma não tem seu devido destaque e muitas vezes sofre o descaso por parte do governo e dos cidadãos. O conteúdo deste estudo tem uma relevância social já que colabora para o conhecimento de uma política que será implementada afetando a vida daqueles que participam da Educação, tanto professores, quanto pais e alunos.

2 Fundamentação teórica

2.1 Base Nacional Comum Curricular

A constituição federal de 1988 já indicava a necessidade de se ter uma base, um referencial curricular comum para o país, isso depois foi se desenvolvendo e mais explicitado na Lei de Diretrizes e Bases da Educação Brasileira (LDB 9394/96), é a legislação que regulamenta o sistema educacional (público ou privado) do Brasil (da educação básica ao ensino superior), que é de 1996, e mais recentemente no Plano Nacional de Educação (PNE) que é uma lei ordinária, prevista na Constituição Federal, que entrou em vigência no dia 26 de junho de 2014 e valerá por 10 anos. Ela estabelece diretrizes, metas e estratégias de concretização no campo da educação, estabelece inclusive um prazo de dois anos após a aprovação do PNE, para o Governo através do

(MEC) enviar ao Conselho Nacional de Educação a sua proposta da BNCC, que é um documento que determina as competências (gerais e específicas), as habilidades e as aprendizagens essenciais que todos os alunos devem desenvolver durante cada etapa da educação básica – Educação Infantil, Ensino Fundamental e Ensino Médio, esse prazo foi um pouco furado, e no final de 2017 foi aprovada a última etapa da base, a base Nacional do Ensino Médio que vem sendo discutida há mais de seis anos.

Uma das coisas mais relevantes que a BNCC criou, foi o ensino por áreas, e ter criado itinerários de aprofundamento, chamados itinerários formativos, onde o aluno pode optar escolher aonde vai se aprofundar.

Através da base o ensino deixa de ser um ensino padronizado com as treze disciplinas durante os três anos, e o aluno passa a flexibilizar suas oportunidades de aprendizagem. Os objetivos almejados pela primeira versão da BNCC eram:

"sinalizar percursos de aprendizagem e desenvolvimento dos estudantes ao longo da Educação Básica, compreendida pela educação Infantil, Ensino Fundamental, anos inicial e final, e Ensino Médio, capazes de garantir, aos sujeitos da educação básica, como parte de seu direito à educação". (BNCC 1ª versão, set/2015).

No que tange à evolução da BNCC, vale ressaltar o artigo 210, da constituição federal de 1988, que prevê: a fixação de conteúdos mínimos para o ensino fundamental, de maneira a assegurar a formação básica comum e respeito aos valores culturais e artísticos, nacionais e regionais.

De acordo com o termo supracitado, deduz-se que a promoção da igualdade educacional, a inclusão e a busca por transformar a sociedade mais justa estão sob a égide da constituição. Além disto, assegura a proteção e preservação das diversas manifestações culturais e artísticas, existentes, advindas da miscigenação: indígena, africana, europeia, asiática, dentre outras.

Logo após, o conteúdo da primeira versão da BNCC entra em consulta pública, por meio de uma plataforma virtual, onde a população poderia deixar suas críticas, recomendações e contribuições, a fim de melhorar a composição da base comum curricular. “os dados da participação são eloquentes: mais de 12 milhões de contribuições foram apresentadas ao documento preliminar, metade delas produzida pelas 45 mil escolas que se cadastraram em nosso portal, nessas escolas aconteceram os debates que envolveram alunos, famílias, comunidades e profissionais da educação, especialmente os professores”. (MEC, 2016).

Em março de 2016, a pesquisa on-line chegava ao fim. Segundo o ministério da educação (MEC) e (UNB), depois foram direcionadas para a equipe responsável pela elaboração da BNCC. Logo após, a lei de diretrizes e bases da educação nacional (LDB), em seu artigo 26, dispôs sobre: os currículos de educação infantil, do ensino fundamental e do ensino médio devem ter base nacional comum, a ser complementada, em cada sistema de ensino e em cada estabelecimento escolar, por uma parte diversificada, exigida pelas características regionais e locais da sociedade, da cultura, da economia e dos educandos.

Em 1996, sob o governo do Presidente Fernando Henrique Cardoso, houve a elaboração da lei de diretrizes e bases da educação (LDB) com o intuito de buscar padrões neoliberais, erradicando a evasão escolar e diminuindo a taxa de analfabetismo. Com isto, ocorreram as primeiras providências concernentes à base nacional comum. Na educação infantil, a prioridade era fomentar o progresso físico, social e psicológico de crianças que se encontravam na faixa etária de até seis anos de

idade. Na educação fundamental, o escopo era desenvolver os alunos de acordo com o princípio de cidadania. O tempo do ensino fundamental era de nove anos, obrigatórios. A época foi estabelecida, também, a opção de matrícula do ensino religioso. No ensino médio, última etapa da educação básica, o objetivo era preparar os alunos para o mercado de trabalho. O período do ensino médio durava três anos, obrigatórios. Além disso, filosofia e sociologia eram dadas como obrigatórias.

Em 1998, ainda sob o mandato do presidente Fernando Henrique Cardoso, houve a criação dos parâmetros curriculares nacionais (PCN) que buscavam consolidar, ainda mais, o artigo constitucional e a lei de diretrizes e bases nacionais da educação (LDB). Diante disto, os PCNs são conceituados como: Os Parâmetros Curriculares Nacionais constituem um referencial de qualidade para a educação no Ensino Fundamental em todo o País. Sua função é orientar e garantir a coerência dos investimentos no sistema educacional, socializando discussões, pesquisas e recomendações, subsidiando a participação de técnicos e professores brasileiros, principalmente daqueles que se encontram mais isolados, com menor contato com a produção pedagógica atual.

Os PCNs definiam os padrões educacionais que orientariam os docentes, coordenadores, pedagogos, diretores, entre outros. Porém é salientado que os parâmetros eram recomendações e, portanto, não obrigavam os professores a elaborarem suas grades. Estes abrangiam tanto a rede pública quanto a rede privada de ensino e poderiam ser adaptados de acordo com as necessidades locais.

Em seguida, reformulada de acordo com a consulta pública, em maio de 2016, o MEC promulgava a segunda versão da BNCC. Em sua segunda versão, estava redigido: Em conformidade com o PNE (2014-2024), à BNCC cabe definir direitos e objetivos de aprendizagem e desenvolvimento que orientarão a elaboração dos currículos nacionais. Na BNCC, as concepções de direito de aprendizagem e desenvolvimento são, portanto, balizadoras da proposição dos objetivos de aprendizagem para cada componente curricular.

A segunda versão da BNCC, além da orientação à educação básica, buscava admoestar: A educação de jovens e adultos (EJA), a educação especial na perspectiva inclusiva, a educação do campo, a educação escolar indígena, a educação escolar quilombola, a educação para as relações étnico-culturais, a educação ambiental e a educação em direitos humanos.

Vale salientar que a estrutura da educação infantil e do ensino fundamental, anos inicial e anos finais, já estavam ratificados e prontos para entrarem em vigência. Não obstante, ainda faltava a composição de como seria a didática do ensino médio. Então, diante da presente situação, o conselho nacional de educação (CNE) realizou audiências públicas, tendo a intenção de ouvir as opiniões e as sugestões da sociedade e, com isto, gerar a formatação do ensino médio e alocá-la dentro da BNCC.

Em julho de 2016, o MEC instruiu o comitê gestor da base nacional comum curricular e estabeleceu a renovação do ensino médio, a fim de concluir as pendências da educação básica e, por consequência, enviar a proposta final do texto.

Em setembro deste mesmo ano, o conselho nacional de secretários de educação (CONSED) e a união nacional de dirigentes municipais (UNDIME) direcionaram ao MEC o relatório que contabilizava as contribuições da sociedade nas audiências públicas, feitas pelo CNE. Estas contribuições, como na primeira versão, serviram como alicerce para a reforma do ensino médio.

Em 2017, o ministério da educação encaminha a terceira versão da BNCC para o CNE, contendo as definições do ensino infantil e fundamental. Outra vez, o CNE leva a terceira versão para consulta pública, enfatizando, ainda, a etapa do ensino médio. De acordo com o MEC.

"O produto desses encontros resultou em 235 documentos protocolados com contribuições recebidas no âmbito das audiências públicas, além de 283 manifestações orais. Estas audiências não tiveram caráter deliberativo, mas foram essenciais para que os conselheiros tomassem conhecimento das posições e contribuições advindas de diversas entidades e atores da sociedade civil e, assim, pudessem deliberar por ajustes necessários para adequar a proposta da Base Nacional Comum Curricular, elaborada pelo MEC, considerando as necessidades, interesses e pluralidade da educação brasileira". (MEC, 2017).

Em 15 de dezembro de 2017, ocorreu uma votação no CNE, onde foi apurado 20 votos em prol da base nacional comum curricular, contra 3 votos contestando a homologação desta base. Em 20 de dezembro de 2017, o ministério da educação homologa a terceira versão da BNCC que passa a vigorar em todo o Brasil, com prazo máximo para implementação da base até 2020. Além disso, a transcrição traz as definições da estrutura do ensino infantil, fundamental e, inclusive, do ensino médio. Segundo o texto contido na BNCC,

"A BNCC expressa o compromisso do Estado Brasileiro com a promoção de uma educação integral voltada ao acolhimento, reconhecimento e desenvolvimento pleno de todos os estudantes, com respeito às diferenças e enfrentamento à discriminação e ao preconceito. Assim, para cada uma das redes de ensino e das instituições escolares, este será um documento valioso, tanto para adequar ou construir seus currículos, como para reafirmar o compromisso de todos com a redução das desigualdades educacionais no Brasil e a promoção da equidade e da qualidade das aprendizagens dos estudantes brasileiros". (BNCC, 2017, p. 5).

A BNCC detalha com clareza as competências e habilidades que um estudante deve ter, ou seja, os objetivos, aquilo que o aluno deverá aprender e deverá demonstrar que aprendeu, (principalmente no ensino fundamental e educação infantil) quanto a:

1. Disciplinas: Quando a lei do ensino médio (BNCC) surgiu, colocaram na lei como obrigatório às disciplinas de português, matemática e o inglês, óbvio que a base não é só isso, essas matérias são obrigatórias em cada um dos três anos, aliás, a LDB já falava em ensinamentos por área. As áreas de atuação englobadas são: linguagens, matemática, ciências da natureza e ciências humanas. Quando foi dividido o ensino por área, houve uma interpretação de que não tendo mais disciplinas, os alunos não teriam mais sociologia, história, filosofia, artes nem educação física, e os professores com isso perderiam os seus empregos, claro que essa seria uma lógica natural, entretanto, dentro de cada área quando analisadas as habilidades e seus componentes, estes incluem a sociologia e filosofia, com isto observa-se que não acabaram as demais disciplinas, elas estão incluídas em cada uma das áreas.

Nos três anos de ensino médio, 13 disciplinas eram colocadas como obrigatórias e estavam dispostas durante todo o período. E, como visto, não será assim na base: apenas parte das disciplinas será obrigatória para todos, como é o caso do Português, da Matemática e o inglês, ou seja, matérias fixas e constantes para todos os alunos, englobando as já conhecidas disciplinas do colégio, havendo a possibilidade de especialização no meio do segundo ano em frente.

Além disso, por essa razão, o ensino médio não contará necessariamente com três anos. Será formulado um sistema de créditos, e o aluno poderá se formar assim que conseguir os créditos necessários.

É muito importante explicar que todas as escolas deverão oferecer um núcleo comum, que abrangerão as quatro áreas com conteúdos de ciências humanas, a saber: sociologia, física, química e artes para todos.

Todos serão expostos a um repertório mínimo, nessas áreas.



Figura 1. Competências gerais da educação básica
Fonte: BNCC

Os conteúdos Gerais são importantes para o repertório de formação do cidadão bem informado, de um futuro profissional, inclusive com competências que dialogam muito com o futuro do trabalho, além disso, o aluno poderá escolher 2, 3 ou até 5 itinerários, dependendo da carga horária que tiver, com a intenção de aprofundar alguns conteúdos.

Um exemplo: o aluno que optou por um itinerário em ciências humanas, além dos conteúdos que incluem física, química e biologia do básico da área, pode ter um aprofundamento maior em sociologia e filosofia, que aprendeu com os demais no início do ensino médio, isso também será possível.

O ideal seria que todas as escolas oferecessem todos os itinerários, mas uma escola individual não precisa oferecer todos, a escola tem que ofertar no mínimo dois, sendo que, uma rede de escolas, um sistema educacional, tem que oferecer todos os itinerários em um território.

A BNCC está desenhada para ocupar uma parte do currículo, a base não é o currículo. Em tese ocupa 1800 horas/ano distribuídas nas quatro áreas de conhecimento, o que prevê a alteração da carga horária para a forma integral. O antigo modelo de ensino médio contava com 800 horas anuais.

A BNCC permite vários arranjos, como o ensino por projetos, e os alunos podem se organizar nos seus itinerários, também traz a permissão de 20% do seu itinerário formativo para formação à distância, desde que tenha a mediação de um professor. A base dá flexibilidade, mas terá que ter um núcleo comum distribuído por área.

Outro ponto interessante, é que o aluno poderá optar por itinerários formativos e trazer certificação parcial para complementar o seu currículo. Essa é uma novidade que a base está trazendo, vejamos alguns exemplos:

Certificação externa: um aluno que escolha o itinerário técnico profissional e faça um curso de aprendizagem, ou esteja no ensino profissional, pode tirar essa certificação, um exemplo: o aluno está fazendo um curso no SENAI e apresenta o certificado na escola, a mesma poderá creditar o curso, desde que o Conselho Estadual de Educação reconheça e certifique aquela unidade como capaz de oferecer o itinerário formativo.

Tempo: Nenhuma escola vai fazer esta mudança total no primeiro ano, a base Nacional comum curricular está prevendo 4 anos para as escolas completarem a mudança. Parte das mudanças já está acontecendo a partir do final de 2017. Basta que os colégios já tenham a estrutura necessária para adotar as alterações, ainda não será obrigatório, no entanto, grande parte da reforma poderá ser implementada de forma gradual. Então, as escolas terão tempo de se organizar.

Professores: Para tornar-se professor, atualmente, é necessário que você tenha se formado em curso de licenciatura, independentemente de sua graduação. Essa modalidade permite que o indivíduo dê aulas, diferentemente do bacharelado, por exemplo. Para suprir a demanda de professores, principalmente pelo caráter técnico do novo ensino médio, essa contratação teve que ser alterada também.

Os professores não precisarão mais obrigatoriamente do curso e poderão ser contratados pela simples comprovação de seu conhecimento em relação às matérias. Isso faz com que pessoas formadas em áreas afins às disciplinas possam lecioná-las também.

Para Rubens Alves, teólogo brasileiro, há escolas que são gaiolas e há escolas que são asas. De acordo com esta visão, podemos mencionar que, no cenário brasileiro, é notória a discrepância de ensino entre as escolas privadas e as escolas públicas. Tendo em vista que a desigualdade escolar pode influenciar, futuramente, o ingresso no ensino superior, é imprescindível a demanda por alternativas que inibam este problema.

Em primeiro lugar, vale ressaltar que a infraestrutura, os equipamentos necessários e as metodologias adotadas nas escolas terceirizadas, na maior parte, são mais eficazes e organizadas em comparação com os recursos presentes nos colégios públicos e, por consequência, viabilizam o melhor desempenho e aprovação dos alunos em vestibulares e geram desigualdade. Diante de tal situação, o instituto nacional de estudos e pesquisas educacionais (INEP), constatou, com base no exame nacional do ensino médio (ENEM), que: 1) A média geral das escolas brasileiras é 525 pontos, mas 91% das escolas públicas estão abaixo da média, 2) É relevante citar a criação da base nacional comum curricular que estabelecerá padrões de ensino tanto para escolas privadas, quanto para escolas públicas.

Portanto, a defasagem de ensino será atenuada e, por conseguinte, promoverá a competitividade entre as escolas e a inclusão de alunos advindos de escolas estatais. Não obstante, ainda existirão desvantagens no que concernem as estruturas escolares. Segundo Aristóteles, filósofo grego, Devemos tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade.

Portanto, minimizar as desvantagens das escolas públicas não se apresenta como tarefa fácil, mas, tornar-se-á alcançável por meio de investimentos ou, talvez, da privatização de todas as escolas.

Dessa forma, o ensino incitará equidade, na concorrência e inclusão social.

2.2 Possíveis Impactos Causados Pela BNCC

O caminho para que as diretrizes previstas na Base cheguem até as salas de aula não será fácil. As mudanças que a BNCC promover, levarão gestores e professores a uma reflexão sobre o ensino e sobre as transformações a serem feitas com o objetivo de melhorar o sistema educacional.

As dificuldades na área da educação estão relacionadas aos problemas sociais e regionais. O documento vai ajudar na melhoria de algumas lacunas e contribui para que todos os alunos tenham o direito à educação assegurada. Os gestores e docentes poderão repensar sobre os métodos educacionais e o que mudar para melhorá-los. Outro possível avanço destacado, que se envolveu no processo de elaboração do documento é a clareza para os pais e responsáveis sobre o que esperar do desenvolvimento dos filhos a cada etapa do ensino, antes desse documento, os pais tinham dificuldade em saber se os colégios cumpriam o currículo. Agora, eles terão mais clareza para avaliar se as escolas realmente são boas, pois contarão com um documento para cobrar os resultados e avanços.

É necessário que as metas estabelecidas pelo PNE sejam cumpridas. Uma delas, é a garantia das condições para que professores e gestores escolares tenham o apoio necessário, para que os objetivos de aprendizagem sejam efetivamente trabalhados em sala de aula. Isso passa a assegurar infraestrutura e condições materiais às escolas. Dessa forma, levará tempo para que a Base possa impactar os indicadores educacionais, como o Índice de Desenvolvimento da Educação Básica (IDEB).

As escolas devem explicar para as famílias de forma clara, qual a importância da Base para que elas entendam qual é o valor dos colégios na formação das crianças. O sucesso na implementação dependerá, em grande parte, dos professores, que precisarão de formação adequada. Existem componentes curriculares específicos, por exemplo, nos quais é preciso que o docente se especialize para estar preparado para ensinar. É necessário garantir condições, materiais de trabalho, além da valorização e remuneração adequada aos educadores.

2.3 Constatar os Possíveis Impactos Causados Pela BNCC Nos Aspectos Materiais e Psicológicos.

É perceptível na BNCC, a presença de propostas que contemplam os interesses dos empresários da educação, como produtores de softwares e materiais educativos. A Base não é uma pauta específica dos segmentos privatizantes. Ao contrário, ela está na agenda de diferentes grupos sociais, inclusive os que fazem uma forte defesa da escola pública de qualidade. No entanto, os representantes dos interesses mercadológicos se vincularam ao Estado e conseguiram explicitar suas demandas. Uma das consequências dessa estratégia foi a saída de alguns movimentos do processo, porque perceberam que não poderiam mais fazer a defesa da escola pública.

Por causa desses e outros aspectos, a especialista Maria Do Carmo da Unicamp afirma considerar não ser conveniente à existência da BNCC neste momento histórico, justamente porque o documento foi construído em um contexto de acirramento de divergências.

"o professor Luiz Carlos de Freitas [também da FE-Unicamp], alertava em 2015, quando a primeira versão do documento foi divulgada, de que não havia base para discutir a Base Curricular. Naquele momento, ele alertava que essa política serviria somente como catalizador de interesses com grande expressão política. Isso, porque as questões envolvendo uma sociedade mais justa não estavam e ainda não estão equacionadas no país". (FREITAS, Luiz Carlos, 2015)

Ao analisar os possíveis impactos das medidas previstas na BNCC sobre o currículo e a qualidade da educação, a especialista Maria Do Carmo chama a atenção para dois pontos. Um deles refere-se à característica ambígua do documento.

"Ao mesmo tempo em que afirma que a Base não é o currículo, mas sim uma diretriz para a elaboração deste, o texto entra em minúcias acerca das finalidades e objetivos do ensino. Há aí uma inversão. Existe uma consolidada crítica à visão tradicional dos currículos organizados por objetivos. E a BNCC insiste em consolidar essa visão de desenvolvimento curricular, ignorando que é na dinâmica da cultura que as seleções são feitas, de modo que sejam socialmente válidas para a comunidade de estudantes e educadores, conferindo sentidos ao processo educativo". (DO CARMO, Maria, 2015).

Especifica que está diretamente relacionada à primeira, que diz respeito à qualidade da educação. No entender, ao vincular a qualidade às avaliações sistêmicas, o documento coloca em segundo plano a expressividade do processo de escolarização.

"Em outras palavras, a ideia em questão tira o cotejo da aprendizagem do encontro pedagógico, que é algo que pode modificar qualitativamente a vida das pessoas, e o coloca sobre o resultado. Isso produz uma standardização da educação, baseada em uma visão também padronizada de qualidade". (DO CARMO, Maria, 2015)

Além dessas presenças importantes na proposta da Base, Luiz Carlos destaca também uma ausência, que é reveladora de como o processo de construção da proposta se deu, e que por isso merece reflexão. "O ensino médio não está na BNCC". Não foi incluído porque alguns segmentos querem vinculá-lo à profissionalização. Ainda não há acordo sobre isso, dado que a LDB estabelece que o ensino médio, assim como o fundamental, é dever do Estado. Ainda não sabemos o que será feito com esse nível de ensino.

Entretanto, "vemos uma clara movimentação no sentido de vincular formação profissional à participação da iniciativa privada" Embora reconheça que os setores que defendem os interesses privatizantes tenham exercido protagonismo no desenho da BNCC, o docente da FE-Unicamp entende que o jogo ainda não acabou.

"O que nós temos hoje é a disputa, por exemplo, entre entidades ligadas aos setores empresariais e associações científicas. Todos estão tentando fazer circular na sociedade sentidos para a construção da Base, quer seja concordando ou questionando esse movimento. A disputa ainda não acabou. O governo federal tem privilegiado alguns setores e dado algumas questões como vencidas, mas não vejo as coisas dessa maneira" diz Luiz Carlos. (FREITAS, Luiz Carlos, 2015)

Toda essa movimentação, que parece ter um caráter mais geral, já tem provocado reflexos no espaço da escola.

"Muitos relatos vêm dos educadores. Alguns efeitos das diretrizes impostas à educação já podem ser sentidos na sala de aula, como o constrangimento ao trabalho dos professores. De maneiras distintas, as políticas propostas afirmam que o lugar do professor não é um lugar de liberdade. Isso não é fruto específico da BNCC, mas ela vem para reafirmar essa posição. Os professores sabem que algumas das proposições estão relacionadas com o processo de avaliação e certificação, o que tem gerado insegurança entre eles, visto que poucos puderam participar da construção do documento". (FREITAS, Luiz Carlos, 2015).

2.4 Competências e Conhecimentos Essenciais Definidos Nesta Base Nacional Comum Curricular

A terceira versão da Base Nacional Comum Curricular (BNCC), apresentada pelo Ministério da Educação no dia 6 de abril de 2017, definiu um conjunto de 10 competências gerais que devem ser desenvolvidas de forma integrada aos componentes curriculares, ao longo de toda a educação básica. As competências foram definidas a partir dos direitos éticos, estéticos e políticos assegurados pelas Diretrizes Curriculares Nacionais (DCN) e de conhecimentos, habilidades, atitudes e valores essenciais para a vida no século 21. Segundo a BNCC, as competências gerais.

"explicitam o compromisso da educação brasileira com a formação humana integral e com a construção de uma sociedade justa, democrática e inclusiva". (BNCC).

Elas foram incluídas no capítulo introdutório da Base, que também apresenta os fundamentos pedagógicos que orientam todo o documento. O porvir produziu um infográfico para facilitar a compreensão dessas competências gerais, elaborado a partir de leitura crítica realizada por Anna Penido, diretora do Inspirare e integrante do Movimento pela Base (PORVIR), iniciativa que integra representantes de diferentes setores da sociedade com o propósito de apoiar a construção e implementação de uma BNCC de qualidade.

No infográfico abaixo, cada competência geral ganhou um título que sintetiza a sua essência, uma descrição dos conhecimentos, habilidades, atitudes e valores que busca desenvolver e a indicação do que se espera que os estudantes realizem com as competências desenvolvidas.



Figura 2. Competências gerais BNCC

Fonte: Dimensões e Desenvolvimento das Competências Gerais da BNCC

A Base Nacional Comum Curricular definiu o conjunto de aprendizagens essenciais a que todos os estudantes brasileiros têm direito durante a educação básica. A terceira versão do documento foi analisada pelo Conselho Nacional de Educação (CNE) e homologado pelo MEC no final do ano de 2017.

2.4.1 Compete Exclusivamente a BNCC

Valorizar e utilizar os conhecimentos historicamente construídos sobre o mundo físico, social, cultural e digital para entender e explicar a realidade, continuar aprendendo e colaborar para a construção de uma sociedade justa, democrática e inclusiva.

Exercitar a curiosidade intelectual e recorrer à abordagem própria das ciências, incluindo a investigação, a reflexão, a análise crítica, a imaginação e a criatividade, para investigar causas, elaborar e testar hipóteses, formular e resolver problemas e criar soluções (inclusive tecnológicas) com base nos conhecimentos das diferentes áreas.

Valorizar e fruir as diversas manifestações artísticas e culturais, das locais às mundiais, e também participar de práticas diversificadas da produção artístico-cultural. Utilizar diferentes linguagens – verbal (oral ou visual-motora, como Libras, e escrita), corporal, visual, sonora e digital –, bem como conhecimentos das linguagens artísticas, matemática e científica, para se expressar e partilhar informações, experiências, ideias e sentimentos em diferentes contextos e produzir sentidos que levem ao entendimento mútuo.

Compreender, utilizar e criar tecnologias digitais de informação e comunicação de forma crítica, significativa, reflexiva e ética nas diversas práticas sociais (incluindo as escolares) para se comunicar, acessar e disseminar informações, produzir conhecimentos, resolver problemas e exercer protagonismo e autoria na vida pessoal e coletiva.

Valorizar a diversidade de saberes e vivências culturais e apropriar-se de conhecimentos e experiências que lhe possibilitem entender as relações próprias do mundo do trabalho e fazer escolhas alinhadas ao exercício da cidadania e ao seu projeto de vida, com liberdade, autonomia, consciência crítica e responsabilidade.

Argumentar com base em fatos, dados e informações confiáveis, para formular, negociar e defender ideias, pontos de vista e decisões comuns que respeitem e promovam os direitos humanos, a consciência socioambiental e o consumo responsável em âmbito local, regional e global, com posicionamento ético em relação ao cuidado de si mesmo, dos outros e do planeta.

Conhecer-se, apreciar-se e cuidar de sua saúde física e emocional, compreendendo-se na diversidade humana e reconhecendo suas emoções e as dos outros, com autocrítica e capacidade para lidar com elas.

Exercitar a empatia, o diálogo, a resolução de conflitos e a cooperação, fazendo-se respeitar e promovendo o respeito ao outro e aos direitos humanos, com acolhimento e valorização da diversidade de indivíduos e de grupos sociais, seus saberes, identidades, culturas e potencialidades, sem preconceitos de qualquer natureza.

Agir pessoal e coletivamente com autonomia, responsabilidade, flexibilidade, resiliência e determinação, tomando decisões com base em princípios éticos, democráticos, inclusivos, sustentáveis e solidários.

2.5 Plano Nacional de Educação

Em 2014, no mandato da presidente Dilma Rousseff, o plano nacional de educação (PNE) que determina as diretrizes, metas e estratégias na área educacional,

com duração de 10 anos, estão contendo em seu dispositivo a base nacional comum curricular (BNCC). As metas do plano nacional de educação (PNE), 20 metas, que citam objetivos da base nacional comum curricular (BNCC) são:

Meta 1: universalizar, até 2016, a educação infantil na pré-escola para as crianças de 4 (quatro) a 5 (cinco) anos de idade e ampliar a oferta de educação infantil em creches, de forma a atender, no mínimo, 50% (cinquenta por cento) das crianças de até 3 (três) anos até o final da vigência deste plano nacional de educação (PNE).

Meta 2: universalizar o ensino fundamental de 9 (nove) anos para toda a população de 6 (seis) a 14 (quatorze) anos e garantir que pelo menos 95% (noventa e cinco por cento) dos alunos concluam essa etapa na idade recomendada, até o último ano de vigência deste plano nacional de educação (PNE).

Meta 3: universalizar, até 2016, o atendimento escolar para toda a população de 15 (quinze) a 17 (dezesete) anos e elevar, até o final do período de vigência deste plano nacional de educação (PNE), a taxa líquida de matrículas no ensino médio para 85% (oitenta e cinco por cento).

Meta 7: fomentar a qualidade da educação básica em todas as etapas e modalidades, com melhoria do fluxo escolar e da aprendizagem, de modo a atingir as seguintes médias nacionais para o índice de desenvolvimento da educação básica (IDEB): 6,0 nos anos iniciais do ensino fundamental; 5,5 nos anos finais do ensino fundamental; 5,2 no ensino médio.

Portanto, as metas buscam investir na estrutura educacional, visando à consecução da educação qualificada, da capacitação e orientação dos docentes, da inclusão social nas escolas, da diminuição do analfabetismo, da atenuação das saídas precoces dos recintos escolares, de um plano orçamentário para este projeto e, por consequência, do desenvolvimento de todos os requisitos que concernem à educação. Na educação infantil, o alvo de ampliar o número de creches está sendo alcançado. De acordo com dados fornecidos pelo plano nacional de educação (PNE), em 2014 o atendimento foi de 29,6% e em 2015 foi de 30,4%. A meta estabelecida para 2024 é que esse número chegue em 50%.

No ensino fundamental e no ensino médio, o escopo é estender o número de matrículas. De acordo com o plano nacional de educação (PNE): Em 2014, a taxa de matrículas das crianças de 6 a 14 anos alcançou 97,5% e em 2015 aumentou para 97,7%. Por outro lado, 76% dos alunos completaram o ensino fundamental na idade correta no mesmo ano. Já no ensino médio, os dados revelam que 82,6% dos jovens entre 15 e 17 anos estavam matriculados em 2014 e em 2015 esse número aumentou para 84,3%, o que representa um desafio para cumprir a meta de 100% até 2016. Em julho de 2015, ocorreu o seminário internacional sobre a base nacional comum curricular (BNCC), no Distrito Federal, que aglutinou profissionais nacionais e internacionais a fim de debater e, por consequência, chegar ao consenso de como seria estruturada esta base.

Ainda em 2015, o ministério da educação (MEC), o conselho nacional de secretários de educação (CONSED) e a união nacional de dirigentes municipais de educação (UNDIME) eram os responsáveis pela primeira versão da base nacional comum curricular (BNCC). Em setembro, deste mesmo ano, o ministério da educação lançava a primeira versão da base nacional comum curricular (BNCC), em consonância às metas do plano nacional de educação (PNE) e das diretrizes curriculares nacionais (DCN).

3 Metodologia

Como metodologia de investigação utilizar-se-á o estudo de caso. Segundo Yin (2001) o estudo de caso representa uma investigação empírica e compreende um método abrangente, com a lógica do planeamento, da coleta e da análise de dados. Com este procedimento se supõe que se pode adquirir conhecimento do fenómeno que será estudado a partir da exploração intensa do caso.

Esta pesquisa se classifica sob o ponto de vista da sua natureza como aplicada, do ponto de vista de seus objetivos tem o carácter exploratório, que de acordo com Merriam

"é um conceito guarda-chuva cobrindo algumas formas de investigação que nos ajuda a entender e explicar o significado do fenómeno social com a menor quebra possível do ambiente natural (1998, p. 179)

Do ponto de vista de abordagem do problema se caracteriza como qualitativa reflexiva. Patton (2002, p. 14) afirma que o método qualitativo é uma ferramenta que facilita pesquisas de maior profundidade e com um maior nível de detalhe. Merriam (1998) afirma que as pesquisas qualitativas buscam compreender a realidade do contexto a partir da visão de mundo dos indivíduos, sabendo-se que esta realidade é construída pela interação das pessoas com sua realidade social.

Ainda Merriam (1998), diz que as estratégias de coleta, para dados de carácter qualitativo consistem em citações diretas de pessoas sobre suas experiências, sentimentos, opiniões e conhecimentos, podendo ser coletadas através de entrevistas, observação e análise de documentos.

Assim, do ponto de vista dos procedimentos técnicos de coleta de dados se categoriza como pesquisa bibliográfica realizada em várias fontes como: livros, artigos, periódicos, internet etc., e pesquisa documental, onde serão analisados documentos da BNCC, como legislação e outros. Não serão utilizadas a entrevista estruturada e a observação direta, visando o entendimento de como os critérios adotados pela Base Nacional Comum Curricular – BNCC, no que concerne a capacidade de escolha dos alunos sobre as matérias/disciplinas e suas tecnologias.

Quanto à forma de narração dos resultados será a análise de dados qualitativos, geralmente denominada análise de conteúdo. A análise de conteúdo constitui uma metodologia de pesquisa usada para descrever e interpretar o conteúdo de toda classe de documentos e textos. Essa análise, conduzindo a descrições sistemáticas, qualitativas ou quantitativas, ajuda a reinterpretar as mensagens e a atingir uma compreensão de seus significados num nível que vai além de uma leitura comum.

4 Análise dos dados

A BNCC foi desenvolvida com o intuito de transformar a educação em todo o Brasil. Como mencionado no início, a BNCC é um documento que tem como objetivo nortear o que é ensinado nas escolas do País, englobando todas as fases da educação básica, desde a Educação Infantil até o Ensino Médio.

De forma simplificada, podemos dizer que a BNCC é uma espécie de referência dos objetivos de aprendizagem de cada uma das etapas da formação do aluno. Não é um currículo, mas atua como uma ferramenta que irá orientar a elaboração do currículo específico de cada instituição de ensino. Assim, a BNCC não irá desconsiderar as particularidades metodológicas, sociais e regionais das escolas, mas será um guia fundamental para que os estudantes, nos quatro cantos do País, tenham acesso a uma educação integral.

Este artigo tem por finalidade analisar a BNCC, orientado pela indagação sobre como será a escolha dos alunos do ensino médio, pelas áreas de aprofundamento no estudo e as mudanças do ensino por competências.

Após a leitura dos itens listados no ensino fundamental – anos finais –, observou-se que a definição da BNCC, diz o seguinte: De acordo com os itinerários formativos relativos às áreas do conhecimento, cabe aos sistemas de ensino, as redes escolares e as escolas, reorientar seus currículos e suas propostas pedagógicas. O que para tanto, segundo a BNCC é imprescindível:

Orientar-se pelas competências gerais da educação básica e assegurar as competências específicas de área e as habilidades definidas na BNCC do ensino médio em até 1.800 horas do total da etapa. (LDB, Art. 35-A §5º);

Orientar-se pelas competências gerais da educação básica para organizar os tais itinerários formativos considerando também as competências específicas de área e habilidades no caso dos itinerários formativos, as áreas do conhecimento.

Dessa forma, segundo a BNCC, estarão garantidas as aprendizagens essenciais definidas na mesma. Diante disso a BNCC, diz ser fundamental que a flexibilidade seja princípio obrigatório, para que com isso a organização curricular adotada responda aos diferentes contextos e condições dos sistemas de ensino, das redes de escolas de todo o país. Segundo também a BNCC "É preciso romper com a centralidade das disciplinas nos currículos e substituí-las por aspectos mais globalizados e que abranjam a complexidade das relações entre os ramos da ciência no mundo real" (Parecer CNE/CEB Nº 5 de 2011).

Depois destes argumentos, observamos que não há nos artigos e nos textos da referida, alguma espécie de teste vocacional dirigido ou algo do tipo, o que apresenta a BNCC para auxiliar aos alunos na escolha de sua grade curricular do ensino médio, estão relacionadas em algumas atividades pedagógicas com base nos interesses dos estudantes dos últimos anos do ensino fundamental, que para tanto podem ser criadas situações colaborativas e que se estabelecerão nos interesses dos estudantes e favoreçam seu protagonismo, dentre as ações estão:

Laboratórios, que supõem atividades que envolvam observação, experimentação e produção em uma área de estudo e/ou o desenvolvimento de práticas de determinado campo (língua, jornalismo, comunicação e mídia, humanidades, ciências da natureza, matemática etc.);

Oficinas, que compreendam construção coletiva de conhecimento, técnicas e tecnologias que possibilitarão articulações entre teorias e práticas com produção de objetos e equipamentos, simulação de "tribunais", quadrinhos, audiovisual, legendagem, fanzine, escrita criativa, performance, produção e tratamento estatístico etc.; Clubes, que englobarão leitura, conservação ambiental, desportivo, cineclube, fã-clube, fandom etc.

Observatórios, grupos de estudantes que propõem a acompanhar, analisar, fiscalizar a evolução de fenômenos, o desenvolvimento de políticas públicas etc.

Incubadoras, estimulam e fornecem condições para desenvolver tecnologia ou técnica (plataformas digitais e outros).

Núcleos de estudos promovem debates sobre: juventudes, diversidades, mulher, juventude e trabalho etc., esses núcleos irão disseminar (seminários, palestras, encontros, colóquios, publicações, campanhas etc.).

Núcleos de criação artística, artes integradas, vídeo-arte, performance, intervenções urbanas, cinema, fotografia, slam, hip-hop, etc.

Todas estas situações pedagógicas devem favorecer os itinerários formativos que vão, segundo a BNCC, criar flexibilização da organização curricular do ensino

médio, possibilitando assim opções de escolha aos estudantes. Acredita-se também que estes itinerários formativos irão levar os estudantes a construir e desenvolver seus projetos de vida e se integrar de forma consciente e autônoma na vida cidadã e no mundo do trabalho.

5 Conclusão

Baseado nesse conjunto de referenciais sobre os quais os currículos das escolas e das estratégias, planos de aulas, projetos políticos pedagógicos que serão construídos e implementados por professores (as) e pelo sistema de educação, o que falar sobre o impacto para os alunos das aprendizagens por competências que estão distribuídas nas áreas, ou seja, nos itinerários formativos.

É importantíssimo que os alunos compreendam cada competência, é importante também conversar sobre cada uma delas, discutir com os alunos o que eles estão aprendendo, e porque estão aprendendo, para que entendam o sentido, a importância de cada área de formação e que possam estar abertos a colaborar para que juntos os estudantes possam ajudar a desenvolver o coletivo, sendo protagonistas de suas histórias, acreditamos que cada aluno tenha um desafio pessoal a desenvolver com essas competências, como o pensamento crítico, através da criatividade, empatia, da capacidade de colaboração, de ter atitude e do fundamental, que identificamos, ser o exemplo. Se torna muito importante a conversa, o diálogo, as discussões sobre os projetos políticos pedagógicos das escolas com todos os professores, gestores e colaboradores, com isso esperamos que a concepção de educação possa ser compreendida e incorporada, se tornar salutar, aproveitar este momento para reflexão sobre a formação do ser humano, do aluno, acreditamos que através destes diálogos, se obtém não só o que fazer, mas como fazer, como serão repassados os saberes, os processos de aprendizagem dos alunos, qual o papel das escolas, e de cada um dos colaboradores no processo de aprendizagem dos alunos.

Agendar discussões sobre as competências gerais, propondo um aprofundamento maior, realizando leituras sobre as competências, as escolas podem começar pelos professores, que já realizam esses trabalhos nas escolas. Acreditamos não ser difícil, não precisamos jogar tudo fora e implementar todo um sistema novo, podemos aproveitar o que já vem sendo feito na maioria das escolas. Os alunos do ensino médio no sistema atual desfrutam do esforço de professores, através de passeios, gincanas e atividades em grupo ou individual, que temos agora no ensino superior, só que não tão intensificado como a base vem orientando. Não se desenvolvem esses tipos de competências apenas com aulas dentro de uma sala, isso é desenvolvido muitas vezes através de um relacionamento entre o professor e o aluno nas atividades vivenciais, em que os alunos exercitam essas competências na prática, na hora que vão usar o conhecimento intelectual acadêmico cognitivo para intervir na realidade ou resolver problemas da sua comunidade.

Uma opção para as escolas, é mapear o que professores e escolas já vem fazendo, tem muita coisa que dá para ser aproveitado e incorporado de forma mais intencional, com foco, antes da base isso já vinha acontecendo, geralmente quando gerava uma necessidade da escola, ou porque o professor tinha uma sensibilidade, um interesse a mais. A base vem orientando para que isso chegue de forma concisa, através das possibilidades de desenvolvimento curricular, mediante as condições que as escolas têm, e mediante as condições que os estudantes trazem em diferentes situações, devido à sociedade e regiões do país.

É importante de fato, preparar os estudantes para a vida, não só para uma prova, e a melhor forma de se trabalhar isso seria juntos, através de cada colaborador da escola.

O conjunto de habilidades descritas na BNCC como direito de aprendizagem, devem favorecer os professores, escolas e sistemas de ensino a fazer os cruzamentos e articulações, inclusive metodológicos, que lhes convêm e que podem ser necessários para cada região. Não é algo que necessite de muito investimento em infraestrutura, nem de muitos recursos, para tanto o que se precisa é do professor.

Algo que vem sendo muito falado é para realmente olharmos com atenção para o capítulo inicial da base, não pular e já ir pensando no componente curricular, mas nas habilidades, porque este capítulo introdutório de fato traz uma nova concepção de educação, a base não é necessariamente nova. Uma educação que tem como foco o desenvolvimento humano, um desenvolvimento do estudante não apenas do ponto de vista acadêmico intelectual, mas nas suas múltiplas dimensões, no desenvolvimento social do aluno, nas suas relações com o mundo, no desenvolvimento mais emocional do aluno com suas relações, no físico e na questão do estudante se dar bem com seu corpo, com seu bem-estar e no cultural, que é essa ideia do estudante se aproximando do simbólico, do abstrato, que é parte integrante do ser humano. A base traz mudanças, e isso não é novidade, porque o país vem sinalizando a bastante tempo a necessidade de se criar uma base, de mudar o que vinha acontecendo em questão de matéria curricular no país. O que vinha definindo o currículo no Brasil, eram os exames nacionais como o ENEM, PROVA BRASIL. Os livros didáticos eram um definidor dos currículos no Brasil.

Não vão existir currículos paralelos para trabalhar as competências, eles serão integrados para que se possa desenvolver o conhecimento dessas habilidades, dessas competências nas aulas normais e em todas as atividades que irão acontecer nas escolas. Então, tudo isso não é mais a ideia de que o professor vai ensinar o português ou a matemática pela matemática, e sim, para que de fato o aluno possa desenvolver um pensamento crítico lógico, uma capacidade de resolver problemas, de entender os números que estão pelo mundo, das estatísticas. Enfim, esse é apenas um exemplo da matemática, isso será usado com todas as disciplinas, as áreas de formação. Os alunos vão ter que demonstrar que aprendeu, essa é a ideia das competências, não é ver a disciplina. As áreas de formação fora do ensino por competência estão incorporadas, entranhadas às competências junto com o ensino dos conteúdos. Essa concepção irá mudar o propósito, as práticas pedagógicas, o próprio ambiente da escola para que ele seja realmente favorável ao desenvolvimento das competências. Esse desenvolvimento quer vai além do contingente dimensional da escola, ou seja, as dez competências gerais vão mostrar quais habilidades o aluno irá desenvolver nos componentes de linguagens ou nos itinerários formativos, o aluno não pode ficar só no conteúdo, não pode ficar só naquilo que é o saber, essas competências terão que ser, de fato, uma oportunidade para que o estudante possa desenvolver também as atitudes, os valores e as habilidades que servirão de base para a vida. Por isso, a base vai sempre remeter as dez competências gerais.

A competência na base é entendida como justamente, a soma de quatro elementos do conhecimento, os quatro pilares da educação, que são o saber sobre as coisas, as habilidades, o saber fazer, saber usar o conhecimento, as atitudes, a questão de o estudante ter aquela energia, o comportamento que vai leva-lo a usar o conhecimento, e os valores que irão diferenciar ou definir como serão usado esses conhecimentos, habilidades e atitudes, de maneira ética, respeitosa, construtiva, produtiva, que realmente leve essa nova geração de estudantes a construir, e a

colaborar para construção de uma sociedade mais justa, solidaria, sustentável, empática, e que se apresenta como o grande desafio em que se encontra o Brasil.

6 Referências

A Etapa do Ensino Médio na BNCC. Movimento pela Base Nacional Comum **youtube** 26 de abril de 2019. 5min33s. Disponível em: <<https://www.youtube.com>>. Acesso em 10 de maio de 2019.

As Competências Gerais da BNCC. Anna Penido Movimento pela Base Nacional Comum **Youtube** 27 de fevereiro de 2018. 13min19s. Disponível em: <<https://www.youtube.com>>. Acesso em 20 de abril de 2019.

As Principais Mudanças no Ensino Médio. Movimento pela Base Nacional Comum, **Youtube** 26 de abril de 2019. 3min11s. Disponível em: <<https://www.youtube.com>>. Acesso em 20 de abril de 2019.

BRASIL, **Lei de Diretrizes e B. Lei nº 9.394/96**, de 20 de dezembro de 1996 artigo-26. BRASIL, Ministério da Educação e do Desporto, Secretaria de Educação Fundamental.

BRASIL, Ministério da Educação e do Desporto, Secretaria de Educação Fundamental. **Parâmetros curriculares nacionais**. Brasília: MEC/SEF, 1998. Acessado em 18 de maio de 2019.

BRASIL. **Base Nacional Comum Curricular: Educação Infantil e Ensino Fundamental**. Brasília: MEC/Secretaria de Educação Básica, 2017.

BRASIL. **Base Nacional Comum Curricular: Ensino Médio**. Brasília: MEC/Secretaria de Educação Básica, 2018.

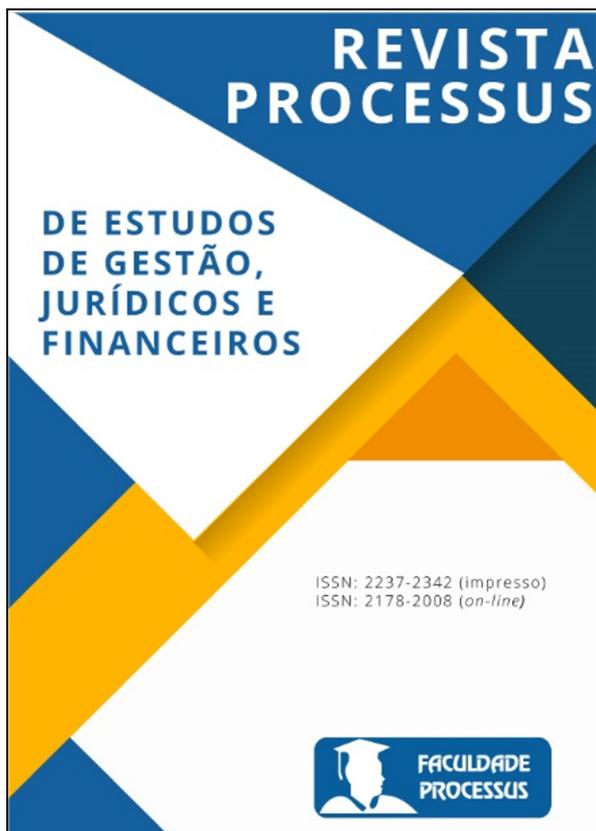
BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988 artigo-210. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acessado em: 25 de março de 2019.

BRASIL. **Plano Nacional de Educação, LEI Nº 13.005/2014**. Acessado em: 27 de maio de 2019. Disponível em: <<http://portal.mec.gov.br/arquivos/pdf/pne.pdf>>. Acessado em 11 de maio de 2019.

Conhecimento- A BNCC nos currículos. Anna Penido, Movimento pela Base Nacional Comum, **Youtube** 28 de maio de 2018. 1min59s. Disponível em: **Dimensões e Desenvolvimento das Competências Gerais da BNCC**. Disponível em: <<http://movimentopelabase.org.br>>. Acessado em 11 de abril de 2019.

Guia da Implementação da BNCC em 7 Etapas. Disponível em: <<https://www.somospar.com.br>>. Acessado em 05 de maio de 2019.

Os Itinerários Formativos do Novo Ensino Médio. Movimento pela Base Nacional Comum, **Youtube** 26 de abril de 2019. 5min33s. Disponível em: <<https://www.youtube.com>>. Acessado em 10 de maio de 2019.



**Revista Processus de Estudos de
Gestão, Jurídicos e Financeiros**

ISSN: 2237-2342 (impresso)

L-ISSN: 2178-2008 (on-line)

Ano X, Vol. X, n.39, jul./dez., 2019.

Tramitação editorial:

Data de submissão: 30/07/2019.

Data de reformulação: 15/09/2019.

Data de aceite definitivo: 03/10/2019.

Data de publicação: 01/11/2019.

Editor-chefe: Jonas Rodrigo
Gonçalves

DIREITO À VIDA E ABORTO: ANÁLISE DA ADPF 54¹

RIGHT TO LIFE AND ABORTION: ADPF 54 ANALYSIS

Otho Cezar Miranda de Carvalho²

Danilo da Costa³

Jonas Rodrigo Gonçalves⁴

Resumo

O tema deste artigo é sobre o alcance da legalidade da interrupção da gravidez, na visão do Judiciário brasileiro, tomando por base o julgamento da ADPF 54 (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental), pelo Superior Tribunal Federal – STF, em 2012. Investigou-se o seguinte problema: o julgamento da ADPF 54 é um precedente judicial cujos fundamentos, que sustentaram a decisão, seriam aplicáveis

¹ Este artigo contou com a revisão linguística de Maria Clara Martins Chastinet de Carvalho, Licenciada em Letras, Português, modalidade Português-Literatura), professora de Português e Inglês.

² Graduando em Direito pela Faculdade Processus; Graduado em Engenharia Elétrica, modalidade eletrônica; Especialista em Gestão Avançada de Negócios, *Asset Management*, Auditoria e Administração.

³ Mestrando em Educação pela Universidade Católica de Brasília, Especialista em Direito constitucional e Processo constitucional; Direito do Trabalho e Processo Trabalhista e Direito Administrativo. Licenciado em Geografia pela Universidade Anhanguera. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9522717317530051>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-1849-4945>. E-mail: educadordanilocosta@gmail.com

⁴ Doutorando em Psicologia; Mestre em Ciência Política; Licenciado em Filosofia e Letras (Português e Inglês); Especialista em Didática do Ensino Superior em EAD, Docência no Ensino Superior, Formação em EAD, Revisão de Texto, Agronegócio e Gestão Ambiental. Professor das faculdades Processus, Unip, Fasesa, CNA. Escritor (autor de 61 livros didáticos). Revisor. Editor.

a novos questionamentos sobre a constitucionalidade da antecipação terapêutica da gravidez envolvendo fetos que apresentem outras anomalias além da anencefalia? Cogitou-se a seguinte hipótese: os fundamentos que sustentaram a decisão da ADPF 54 devem ser entendidos de maneira extensiva, portanto, são aplicáveis a casos de gravidez de fetos com outras anomalias além da anencefalia, portanto, o julgado é um precedente judicial. O objetivo geral é analisar o resultado do julgamento da ADPF 54 pelo STF e como ele poderá influenciar novas arguições de constitucionalidade da interrupção da gravidez de fetos com outras anomalias. Os objetivos específicos são: analisar os votos dos ministros do STF no julgamento da ADPF 54 e identificar os fundamentos utilizados; pesquisar e analisar as alterações das normas legais sobre o aborto na história do Brasil. Este trabalho é importante em uma perspectiva individual porque o tema tem forte impacto social, em especial para as camadas mais pobres da sociedade; para a ciência, é relevante discutir o tema de forma mais abrangente, laica e racional; e a pesquisa agrega à sociedade pois remete à proteção do processo de criação e desenvolvimento da vida humana, um tema sagrado a todos, não importa se o fundamento que sustenta o pensamento individual é inerente a qualquer ser racional ou se emana da vontade suprema de um ser superior. Trata-se de uma pesquisa qualitativa teórica com duração de seis meses.

Palavras-chave: ADPF 54. Vida. Aborto. Gravidez. Anencefalia.

Abstract

This article is about the extension of legality of pregnancy interruption, under the perspective of the Brazilian Justice, based on the judgment of ADPF 54 (Allegation of Disobedience of Fundamental Precept – an instrument of concentrated constitutional control), by the Federal Supreme Court - STF, in 2012. We investigated following problem: is the ADPF 54 judgement a judicial precedent whose principles, which supported the decision, would apply to new questions about the constitutionality of therapeutic anticipation of pregnancy involving fetuses with anomalies other than anencephaly? The following hypothesis was considered: the grounds that supported the ADPF 54 decision must be understood at length, and therefore apply to cases of pregnancy of fetuses with anomalies other than anencephaly, so the judgment is a judicial precedent. The general objective is to assess the judgment of ADPF 54 by the Supreme Court and analyze how it can influence further arguments of constitutionality of termination of fetal pregnancy with other anomalies. The specific objectives are: to analyze the votes of the STF ministers at the ADPF 54 judgment and to identify the grounds used; research and analyze changes in legal norms on abortion in Brazilian history. This work is important from an individual perspective because the theme has a strong social impact, especially for the poorest sections of society; For science, it is relevant to discuss the topic more comprehensively, securely and rationally; and adds to society because it is about the protection of the process of creation and development of human life, a sacred theme to all, regardless of whether the foundation that underpins individual thinking is inherent in any rational being or emanates from the supreme will of a supreme being. This is a theoretical qualitative research lasting six months.

Keywords: ADPF 54. Life. Abortion. Pregnancy. Anencephaly.

Resumen

El tema de este artículo es sobre el alcance de la legalidad de la interrupción del embarazo, en opinión del poder judicial brasileño, basado en la sentencia ADPF 54 (Argumento de incumplimiento del precepto fundamental), por el Tribunal Supremo Federal - STF, en 2012. Investigado: si el siguiente problema: ¿es la sentencia ADPF 54 un precedente judicial cuyos fundamentos, que respaldaron la decisión, se aplicarían a nuevas preguntas sobre la constitucionalidad de la anticipación terapéutica del embarazo que involucra fetos con anomalías distintas a la anencefalia? Se consideró la siguiente hipótesis: los fundamentos que respaldaron la decisión ADPF 54 deben entenderse extensamente y, por lo tanto, aplicarse a los casos de embarazo de fetos con anomalías distintas a la anencefalia, por lo que la sentencia es un precedente judicial. El objetivo general es analizar el resultado del juicio del STF sobre ADPF 54 y cómo puede influir en otros argumentos constitucionales para la interrupción del embarazo fetal con otras anomalías. Los objetivos específicos son: analizar los votos de los ministros del STF en la sentencia ADPF 54 e identificar los motivos utilizados; investigar y analizar cambios en las normas legales sobre el aborto en la historia brasileña. Este trabajo es importante desde una perspectiva individual porque el tema tiene un fuerte impacto social, especialmente para los sectores más pobres de la sociedad; Para la ciencia, es relevante discutir el tema de manera más integral, segura y racional; y la investigación se suma a la sociedad porque se refiere a la protección del proceso de creación y desarrollo de la vida humana, un tema sagrado para todos, independientemente de si el fundamento que sustenta el pensamiento individual es inherente a cualquier ser racional o emana de la voluntad suprema de un ser humano. ser superior Esta es una investigación cualitativa teórica que dura seis meses.

Palabras-clave: ADPF 54. La vida. Aborto Embarazo Anencefalia.

Introdução

O Supremo Tribunal Federal – STF decidiu, em 2012, que a interrupção da gravidez de fetos que tenham diagnóstico de anencefalia não constitui crime, o que, até então era conduta tipificada no Código Penal, tanto para a gestante como para os profissionais que contribuíssem para a prática.

O debate sobre a legalidade do aborto é um tema sensível em todo o mundo. Mesmo em países em que a prática é legal a discussão coloca em lados distintos os grupos pró e contra o aborto. Estes, representados, em sua maioria, por grupos religiosos diversos; aqueles, por defensores dos direitos da mulher (DINIZ, 1998, p. 125; BUSATO, 2005, p. 577; SARMENTO, 2005, p. 43).

No âmbito jurídico da discussão, entretanto, em um Estado laico, a questão se resume ao conflito aparente entre direitos fundamentais, a saber: de um lado a Carta Magna protege o direito à dignidade da gestante, sua saúde física e mental e liberdade reprodutiva e sexual; de outro, o direito à vida do nascituro (ARAÚJO, 2018, p. 521).

O julgamento da ADPF 54 foi um marco na história da Corte Suprema, pois poucos temas podem ser considerados tão controversos e cujos resultados são de interesse e afetam tantas pessoas na sociedade. E, por essa razão, a decisão do STF não encerra o debate. Ao contrário, há movimentos diversos de representantes de ambos os lados da questão.

Este artigo se propõe a responder o seguinte problema, que surgiu após o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal, em 2012, sobre a interrupção da gravidez de fetos diagnosticados com anencefalia: “o julgamento da ADPF 54 é um precedente judicial cujos fundamentos que sustentaram a decisão seriam aplicáveis

a novos questionamentos sobre a legalidade da interrupção da gravidez envolvendo fetos que apresentem outras anomalias além da anencefalia?”. A questão central a ser respondida é se, na ocorrência de outras anomalias graves, além da anencefalia, seriam aplicáveis os mesmos fundamentos utilizados na ADPF 54.

O diagnóstico de anencefalia indica, de acordo com o entendimento jurisprudencial e doutrinário, a ausência de atividade cerebral, o que significa, em última análise, a incompatibilidade com a vida, portanto, não há bem jurídico a ser protegido e a interrupção da gravidez não tem tipicidade penal (BUSATO, 2005, p. 29).

Esse foi o entendimento majoritário do STF, que culminou pela decisão de atipicidade penal da conduta. Os fundamentos que sustentaram a decisão da ADPF 54 devem, então, ser entendidos de maneira extensiva e, dessa forma, ser aplicados em casos de interrupção da gravidez de fetos com outras anomalias além da anencefalia? Se a resposta for positiva, o julgado da Corte Suprema poderia fundamentar a aplicação do mesmo fundamento em situações similares.

Em suma, na hipótese de o feto ser acometido de anomalias diversas com gravidade e outras características similares à anencefalia, os mesmos argumentos utilizados pelos ministros do Supremo para sustentar suas decisões também seriam válidos?

O objetivo geral deste trabalho é verificar se o resultado do julgamento da ADPF 54, pelo STF, constitui precedente judicial que poderá influenciar novas arguições de constitucionalidade da prática em situações similares.

Se o julgamento da ADPF 54 é um precedente, é provável que a exceção de ilicitude da interrupção da gravidez de outros casos seja questionada futuramente utilizando-se dos mesmos fundamentos.

Os objetivos específicos são: analisar os votos dos ministros do STF no julgamento da ADPF 54 e identificar os fundamentos utilizados; e pesquisar e analisar as alterações das normas legais sobre o aborto na história do Brasil.

Para sustentar as conclusões da pesquisa, é importante analisar os votos de cada ministro, entender o racional utilizado pelos julgadores individualmente, extraindo-se dos votos os principais fundamentos. De igual forma, é importante analisar as modificações da penalização do aborto no País, a fim de se contextualizar as decisões, via Legislativo ou Judiciário.

Este trabalho é importante em uma perspectiva individual porque, por um lado, trata da proteção do processo de criação e desenvolvimento da vida humana, um tema sagrado, não importa se o fundamento que sustenta o pensamento individual é inerente a qualquer ser racional ou se emana da vontade suprema de um ser superior, e, por outro, afeta um sem número de pessoas, em especial as que pertencem a famílias carentes, as mais afetadas pela restrição de acesso à saúde no Brasil.

Para a ciência, é relevante discutir o tema de forma mais abrangente, laica e racional, levando em conta o arcabouço legal, com destaque para os princípios constitucionais e a filosofia jurídica.

A pesquisa agrega para a sociedade pelo fato de não se poder ignorar o direito da mulher à liberdade reprodutiva e, caso a gravidez prossiga, a ter condições dignas para trazer à vida um ser humano que apresentará sérias deficiências e exigirá cuidados especiais para ser criado de forma adequada às suas necessidades, tema que, no Brasil, reveste-se de importância especial, dado o abismo de diferenças sociais entre ricos e pobres e a precariedade do atendimento prestado pelo sistema público de saúde, o que amplifica as sequelas para a população mais carente. Trata-se de uma pesquisa qualitativa teórica com duração de seis meses.

O presente artigo é resultado de uma pesquisa que contemplou o estudo prévio do tema central e assuntos correlatos e desenvolvimento de um projeto de pesquisa, com duração de um semestre, e mais dois semestres para análise dos temas, conclusões e produção do artigo. A revisão da literatura contemplou o estudo de livros e artigos científicos sobre direito constitucional e penal e filosofia jurídica, produzidos por mestres ou doutores, além da leitura e análise de decisões de Tribunais Superiores sobre o tema central.

A pesquisa desenvolvida é qualitativa teórica, com abordagem científica hipotético-dedutiva, em que são formuladas conjecturas ou hipóteses, cujas consequências devem ser testadas, a fim de serem confirmadas ou falseadas (MATIAS-PEREIRA, 2016, p. 48).

Direito à vida e aborto: análise da ADPF 54

O direito da mulher de interromper uma gravidez, mesmo quando legalmente admissível, divide opiniões na sociedade e desencadeia discussões apaixonadas entre os grupos favoráveis e contrários, não raro com hostilidades de parte a parte, devido, essencialmente, ao confronto de diferentes convicções sustentadas em conceitos doutrinários, morais ou religiosos radicais, o que torna extremamente difícil o diálogo em busca de uma solução de consenso (DWORKIN, 2003, p. VIII).

Acredita-se, no entanto, que é perfeitamente possível que um grupo contrário ao aborto aceite conviver com a ideia de que a decisão de interromper uma gravidez, ao menos dentro de certas condições, fique a critério da gestante (DWORKIN, 2003, p. 17-18).

Essa não é uma ideia inédita em sua substância. Em 1940, o Código Penal Brasileiro, já incluiu exceções ao ato criminoso, excludentes de punibilidade no texto legal, quando a vida da gestante corre risco (aborto necessário) ou se a gravidez é fruto de um estupro (Art. 127, incisos I e II, do Código Penal), excludentes que não eram previstas na legislação vigente até então.

No entanto, a criminalização do aborto remonta à época do Império, embora com alterações significativas com o passar do tempo. A primeira lei penal nacional, denominada Código Criminal do Império do Brasil, sancionada em 1830, punia o agente que praticasse o aborto com pena de prisão de um a cinco anos, sendo dobrada se o ato ocorresse sem o consentimento da gestante. A norma também punia quem fornecesse drogas com o objetivo de cometer aborto, sujeitando o agente à pena de prisão de dois a seis anos, e ao dobro da pena se ele fosse médico, boticário, cirurgião ou exercesse profissões equivalentes. É interessante notar que a lei não previa punição para a gestante (Arts. 199 e 200, do Código Criminal do Império do Brasil, de 1830).

Na norma de 1830, o aborto era tratado na mesma seção do crime de infanticídio, o que levar a supor que o entendimento do legislador era que o feto, independentemente do estágio em que se encontrava a gestação, era equivalente a uma pessoa nascida com vida, embora a pena máxima cominada para este crime fosse maior que aquele.

Outra previsão digna de nota era a de uma pena máxima cominada menor que a da prática do aborto (por terceiro, mas consentido pela gestante) no caso de crime de infanticídio praticado pela própria mãe contra o recém-nascido “para ocultar a sua deshonra” (três anos neste contra cinco anos naquele). Para efeitos de comparação, se um terceiro matasse um recém-nascido, ou se a própria mãe o matasse por outro motivação que não “ocultar a sua deshonra”, a pena máxima cominada seria quatro vezes superior (12 anos). (Arts. 197 e 198, do Código Criminal do Império do Brasil,

de 1830).

Pode-se inferir, a partir dessas informações, a valoração moral da sociedade, que o legislador fez registrar no Código Criminal, tipificando de forma mais branda o crime de infanticídio cometido pela mãe quando, pressupõe-se, o fruto da concepção é resultado de uma relação adúltera ou de uma mulher solteira. Nessa linha de raciocínio, apesar de certa influência das ideias iluministas, disseminadas e já consolidadas na Europa e Estados Unidos, o Código Criminal do Império do Brasil sofreu forte influência da cultura colonial, elitista e escravagista, o que fez o legislador manter a previsão de penas duras, cruéis e de crimes imprescritíveis, em especial para os escravos e os menos afortunados (MARTINELLI, 2018, p. 81).

O Código Criminal do Império viveu por 60 anos. Com a Proclamação da República do Brasil, adveio a revisão do Código Criminal do Império, concluída em pouco mais de três meses e sem debate amplo com juristas e no parlamento. Assim, em 11 de outubro de 1890, o então Presidente, Deodoro da Fonseca, editou o Código Penal dos Estados Unidos do Brasil – Decreto 847/1890.

Nessa nova codificação revisada, o crime de aborto foi descrito em capítulo próprio, separando-se, também em capítulo próprio, o crime de infanticídio. Todavia, foi mantido no mesmo Título “Dos crimes contra a segurança de pessoa e vida”, com previsão mais específica para os atos, autores e penas cominadas, inclusive com a criminalização da prática pela gestante (Arts. 300 a 302, do Código Penal de 1890).

O projeto do Código Penal de 1890 surgiu como uma simples revisão do Código Criminal do Império, como já comentado, todavia, apresentou avanços significativos, como a extinção da pena de morte, de penas cruéis e da prisão perpétua – limitando as prisões ao máximo de 30 anos, o que vige até hoje – e a universalização das penas, entre outros. Entretanto, o Código revisto não deixou de sofrer críticas severas por juristas e autoridades por não prever o combate a crimes considerados graves, sobretudo pelos representantes mais influentes das elites dominantes. Em função disso, sofreu diversas alterações, por meio de leis ordinárias, durante sua vigência (MARTINELLI, 2018, p. 82-83).

Após inúmeras tentativas frustradas de edição de um novo Código Penal, fulminadas pelas críticas de renomados juristas ou devido ao conturbado período político do País, foi editado o Decreto 2.848/1940, pelo presidente Getúlio Vargas, que se constituiu no Código Penal. Editado em 7 de dezembro de 1940, o novo Código Penal Brasileiro entrou em vigor no dia 1º de janeiro de 1942 e, apesar de ter sofrido diversas alterações, está vigente até os dias atuais (Código Penal, de 1940).

O Código Penal Brasileiro inseriu, na Parte Especial, o crime de aborto no Capítulo I (Dos crimes contra a vida), do Título I (Dos crimes contra a pessoa), penalizando o ato praticado pela própria gestante ou por outra pessoa com seu consentimento (Art. 124, com pena de detenção, de um a três anos), por outra pessoa sem o consentimento da gestante (Art. 125, com pena de reclusão, de três a dez anos), por outra pessoa com o consentimento da gestante (Art. 126, com pena de reclusão, de um a quatro anos). As penas previstas nos artigos 124 e 125 são acrescidas de um terço se, em decorrência do aborto, a gestante sofrer lesão corporal de natureza grave, ou duplicadas, se a gestante falecer (Art. 127).

O Código Penal previu excludentes de punibilidade, como já mencionado anteriormente, para os casos de interrupção terapêutica da gravidez e se decorrente de estupro. A doutrina entende que tais exceções são excludentes de ilicitude, divergindo do que é expresso no texto legal.

Embora a Constituição Federal de 1988 tenha recepcionado o Código Penal de 1.940 e suas alterações, instituiu direitos e garantias individuais, em especial sobre

direitos humanos, que sustentaram decisões judiciais sobre a descriminalização do aborto, como a ADPF 54.

A ADPF 54 foi ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde – CNTS, em 2004, com o pedido de que não fosse considerado crime, a interrupção terapêutica da gravidez de fetos portadores de anencefalia. A relatoria foi do Min. Marco Aurélio. Os principais argumentos que sustentaram o pedido foram que a gravidez nesses casos representa riscos à saúde física da mulher e uma ofensa à sua dignidade humana, pois sabe que o feto não sobreviverá (Superior Tribunal Federal, ADPF 54, Relator: Ministro Marco Aurélio, Brasília, jan. 2012, p. 2).

A anencefalia é uma anomalia fetal que consiste em um defeito no fechamento do tubo neural, na definição do *National Institute of Neurological Disorders and Stroke*, citado pelo Ministro Luiz Fux. Como consequência, os bebês portadores do distúrbio nascem sem a parte anterior do cérebro, responsável pela coordenação motora e pelo pensamento. A parte do cérebro que resta normalmente fica exposta, não sendo coberta por ossos ou pele. Em decorrência, quando a criança nasce com vida é geralmente cega, surda, inconsciente e incapaz de sentir dor. E, apesar de, em alguns raros casos, o bebê nascer com suas funções biológicas que o permitem respirar e seu coração bater, a falta de parte importante do cérebro elimina a possibilidade de ter consciência (Superior Tribunal Federal, ADPF 54, Relator: Ministro Marco Aurélio, Brasília, jan. 2012, p. 157-158).

O pedido da CNTS é de interpretação conforme a Constituição, sem redução do texto legal, dos Arts. 124, 126, caput, e 128, incisos I e II, do Código Penal, sob o argumento de que é inconstitucional o enquadramento como crime de aborto da interrupção da gravidez de fetos anencéfalos (Superior Tribunal Federal, ADPF 54, Relator: Ministro Marco Aurélio, Brasília, jan. 2012, p. 92).

A inicial cita Nelson Hungria, segundo o qual, para se caracterizar o crime de aborto, o feto expulso deve ser “um produto fisiológico, não patológico”, ou seja, é fato atípico se a interrupção da gravidez tem como objetivo extrair um feto que não tem possibilidade de viver de forma autônoma (Superior Tribunal Federal, ADPF 54, Relator: Ministro Marco Aurélio, Brasília, jan. 2012, p. 3).

O processo foi submetido a audiência pública, da qual participaram diversas entidades representativas de segmentos religiosos, sociais e científicos, que ocorreram nos dias 26 e 28 de agosto de 2008 e 4 e 16 do mês seguinte (Superior Tribunal Federal, ADPF 54, Relator: Ministro Marco Aurélio, Brasília, jan. 2012, p. 19).

A Advocacia Geral da União manifestou-se favoravelmente ao pedido da CNTS, dizendo ser um direito legítimo da gestante decidir pela continuidade ou não da gravidez nesse caso (Superior Tribunal Federal, ADPF 54, Relator: Ministro Marco Aurélio, Brasília, jan. 2012, p. 29).

Também opinou de forma aderente ao pedido da CNTS a Procuradoria-Geral da República, destacando a segurança do diagnóstico precoce da anomalia e sua incompatibilidade com a vida extrauterina, a garantia constitucional à gestante do direito à liberdade, à privacidade, à autonomia reprodutiva e à saúde (Superior Tribunal Federal, ADPF 54, Relator: Ministro Marco Aurélio, Brasília, jan. 2012, p. 29).

Em seu voto, o Ministro Relator reconheceu o confronto de legítimos interesses, de um lado, da mulher gestante que deseja ter sua dignidade respeitada e, de outro, da sociedade desejosa de proteger a vida, em desenvolvimento ou já consumada, mas conclui que há apenas conflito aparente entre direitos fundamentais (Superior Tribunal Federal, ADPF 54, Relator: Ministro Marco Aurélio, Brasília, jan. 2012, p. 33).

Na sequência, o Ministro Relator sustenta seu voto favorável à não tipificação penal da interrupção da gravidez de fetos anencéfalos, prevalecendo, em seu

entender, na ponderação entre direitos fundamentais, o da dignidade humana, da autonomia e liberdade de escolha e direitos reprodutivos da mulher, em detrimento do pretense direito à vida do feto, enumerando os fundamentos que do voto, a saber: a laicidade do Estado, a certeza do diagnóstico da anomalia e da incompatibilidade da vida extrauterina do feto dela acometido, a impossibilidade e inconstitucionalidade da continuidade da gravidez apenas para doação dos órgãos do feto, e, finalmente, não há de se falar em direito à vida do feto anencéfalo pois seria ele um natimorto cerebral, portanto, não é, nem será, titular de direito à vida (Superior Tribunal Federal, ADPF 54, Relator: Ministro Marco Aurélio, Brasília, jan. 2012, p. 34-38).

A Ministra Rosa Weber votou pela atipicidade do fato, baseado no pressuposto de que o feto não tem atividade cerebral, tampouco potencial para ter vida social. A ministra sustentou que a proteção jurídica, ou não, do feto portador de anencefalia deve ser baseado em critérios jurídicos, não exclusivamente de critérios estabelecidos pela Medicina; que o argumento da vontade do legislador, de não ter incluído o fato sob comento como excludente de ilicitude, não procede, haja vista a incapacidade tecnológica de diagnosticar a anomalia à época; e, finalmente, que, no caso sob julgamento, devem prevalecer os direitos fundamentais da gestante, em especial porque há dúvidas sobre o direito à proteção do feto anencéfalo (Superior Tribunal Federal, ADPF 54, Relator: Ministro Marco Aurélio, Brasília, jan. 2012, p. 94-135).

A Ministra conclui que os exemplos de mães que se declaram felizes com a opção de levar a termo as gestações de fetos anencéfalos decorrem de suas escolhas morais e da garantia que elas seriam respeitadas, tornando possível que buscassem dar a luz a seus filhos e lhes dedicassem amor e carinho, ou seja, mesmo sob esse enfoque, o que está em discussão não é o direito do feto, mas da gestante de fazer suas escolhas com base em seus valores (Superior Tribunal Federal, ADPF 54, Relator: Ministro Marco Aurélio, Brasília, jan. 2012, p. 135).

Em seu voto, o Ministro Joaquim Barbosa cita a atipicidade da conduta, sob o argumento de que não há viabilidade de vida do feto anencéfalo, o fato de a Lei Penal tutelar os direitos do feto que pode ser considerado biológica e juridicamente vivo, e o despropósito que seria confirmar o direito da mulher ao aborto sentimental e impedir a interrupção da gravidez em “casos de má-formação fetal gravíssima, como a anencefalia”, quando o conflito de direitos é apenas aparente (Superior Tribunal Federal, ADPF 54, Relator: Ministro Marco Aurélio, Brasília, jan. 2012, p. 147-153).

Em seguida, o Ministro Luiz Fux votou favoravelmente à interpretação da conduta conforme a Constituição, discorrendo sobre a previsão legal do aborto sentimental, que visa a proteger a integridade física e mental da mulher em detrimento da continuidade da formação da vida intrauterina, portanto, há de se considerar que, o legislador à época teria permitido também o aborto no caso da anencefalia, baseado no princípio da proporcionalidade, se a tecnologia permitisse sua identificação prematura. Finaliza dizendo que as penas privativas de liberdade devem ser reservadas às situações extremas, ou seja, quando não resta outra alternativa eficaz para proteger o bem jurídico (Superior Tribunal Federal, ADPF 54, Relator: Ministro Marco Aurélio, Brasília, jan. 2012, p. 155-171).

A Ministra Cármen Lúcia, aderindo ao voto do relator, pela procedência da arguição, fundamentou seu voto no princípio constitucional da dignidade da vida e direito à saúde, mas destacou o direito à dignidade da vida (Superior Tribunal Federal, ADPF 54, Relator: Ministro Marco Aurélio, Brasília, jan. 2012, p. 172-236).

O Ministro Ricardo Lewandowski foi o primeiro voto discordante do relator, contrário ao que propõe a ADPF 54, amparado, basicamente, no entendimento de que não caberia ao STF atua como legislador positivo, seara exclusiva do Poder

Legislativo. Entendeu o Ministro que se assim o quisesse, o legislador teria expressamente previsto excludente de ilicitude para o caso sob debate (Superior Tribunal Federal, ADPF 54, Relator: Ministro Marco Aurélio, Brasília, jan. 2012, p. 237-252).

O Ministro Ayres Brito contrapõe os argumentos do Ministro Levandoswki sobre a incompetência do STF para julgar o caso, e conclui com voto favorável, alinhando-se ao voto do relator, pela atipicidade da conduta, por ter o feto anencéfalo incompatibilidade com a vida (Superior Tribunal Federal, ADPF 54, Relator: Ministro Marco Aurélio, Brasília, jan. 2012, p. 254-266).

O Ministro Gilmar Mendes, manifestando-se pela procedência da APDF, entendeu que o fato é típico, mas considera-o um excludente de antijuridicidade, consistente com a vontade do legislador que assim tratou as hipóteses de aborto necessário e humanitário, acrescentando, entretanto, que o Ministério da Saúde deve obrigatoriamente regular os procedimentos para reconhecimento da anencefalia, devendo a anomalia ser diagnosticada, enquanto tal recomendação não fosse implementada, por no mínimo dois laudos, produzidos por médicos distintos, e baseados em técnicas atuais e seguras (Superior Tribunal Federal, ADPF 54, Relator: Ministro Marco Aurélio, Brasília, jan. 2012, p. 267-309).

O Ministro Celso de Mello também votou favoravelmente à ADPF, sob o argumento de que, não havendo atividade cerebral não há de se falar em vida e, se não há vida, não há vida a ser tutelada, não se justifica a restrição aos direitos fundamentais da gestante, e, acrescentando, que, se à época da edição da lei penal houvesse testes seguros para se detectar a anomalia, certamente o legislador o teria incluindo entre os excludentes de ilicitude. O Ministro discorre longamente sobre as diversas teses sobre o início da vida, sob os pontos de vista filosófico, religioso e científico, e aí incluindo diversos tratados e declarações de organismos internacionais que não fazem referência a quando se dá o início da vida (Superior Tribunal Federal, ADPF 54, Relator: Ministro Marco Aurélio, Brasília, jan. 2012, p. 313-365)

O voto do Ministro Cezar Peluso, Presidente do STF à época, foi o segundo discordante, contrário à procedência da ADPF, sob o argumento de que o feto anencéfalo é um ser vivo, pois apresenta capacidade de movimento autogênico, que seria decorrente do processo contínuo do desenvolvimento da vida, portanto, a conduta seria típica e antijurídica, como prevista no Código Penal. Acrescenta, ainda, a dificuldade de se ter um diagnóstico preciso do grau de acometimento da anomalia e relativiza o sofrimento psíquico da gestante de um feto anencéfalo ao afirmar que é elemento inerente ao ser humano. Conclui com a afirmação de que os meios de diagnóstico da anomalia já estavam presentes à época da reforma do Código Penal, em 1984, de modo que, se o legislador assim quisesse, teria incluído nova excludente de ilicitude na legislação penal (Superior Tribunal Federal, ADPF 54, Relator: Ministro Marco Aurélio, Brasília, jan. 2012, p. 375-415).

O Ministro Dias Toffoli declarou-se impedido de votar. A decisão final foi declarada da seguinte forma: por maioria e nos termos do voto do Relator, o Tribunal declarou procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126, 128, incisos I e II, do Código Penal, contra os votos dos Ministros Gilmar Mendes e Celso de Mello, também julgando-a procedente, mas com o acréscimo da necessidade de diagnóstico de anencefalia; e inteiramente contra, os votos dos Ministros Ricardo Levandowski e Cezar Peluso (Superior Tribunal Federal, ADPF 54, Relator: Ministro Marco Aurélio, Brasília, jan. 2012, p. 433)

Importante destacar o esclarecimento do ministro relator, no que foi

acompanhado pelos demais integrantes do Tribunal, de que não se estava julgando a descriminalização do aborto, mas tão somente a interpretação conforme a constituição da conduta como excludente de ilicitude (Superior Tribunal Federal, ADPF 54, Relator: Ministro Marco Aurélio, Brasília, jan. 2012, p. 33)

Os principais fundamentos utilizados para sustentar os votos dos ministros foram: a existência ou não de vida do feto portador da anomalia ou a potencialidade de vida autônoma extrauterina; a certeza quanto ao diagnóstico da abnormalidade; a atipicidade ou a antijuridicidade da conduta; os direitos da mulher à dignidade humana, à saúde, à liberdade de escolha e reprodutivos; e a legitimidade do STF para julgar.

Quanto ao feto anencéfalo possuir ou não vida intrauterina, quatro ministros sustentaram que sim (Luiz Fux, Lewandowski, Peluso e Joaquim Barbosa, embora este último reconheça apenas a existência de vida biológica, não jurídicos); outros cinco sustentaram que não (Marco Aurélio, Rosa Weber, Cármen Lúcia, Ayres Brito e Celso de Mello); e um apenas não a discute (Gilmar Mendes). E, no que se refere à potencialidade de vida extrauterina do feto anencéfalo, seis ministros não a admitem (Marco Aurélio, Rosa Weber, Joaquim Barbosa, Cármen Lúcia, Ayres Brito e Celso de Mello), três a admitem (Fux, Gilmar Mendes e Peluso) e um não a discute (Lewandowski).

Não há consenso entre a doutrina sobre a importância do debate de quando ocorre o início da vida humana, o que é, em última análise, sobre o que os ministros se posicionaram nesse ponto. Parte da doutrina entende que o debate sobre o início da vida é uma questão crucial a ser enfrentada para se encontrar uma solução consensual sobre o direito ao aborto em geral (SANDEL, 2009, p. 269-271). Mas outros entendem que a discussão é irrelevante para se decidir sobre o aborto e que seria inócua, dado que nem a Ciência chegou a um consenso sobre quando se dá o início da vida humana (DWORKIN, 2003, p. 28-32).

Ao analisarem se as técnicas e procedimentos médicos atuais para o diagnóstico da anencefalia produzem resultados confiáveis, quatro ministros concluíram pela certeza dos diagnósticos (Marco Aurélio, Fux, Gilmar Mendes e Celso de Mello), cinco não discutem diretamente a questão (Rosa Weber, Joaquim Barbosa, Cármen Lúcia, Lewandowski e Ayres Brito).

A posição dos ministros sobre a atipicidade ou não da conduta reveste-se de fundamental importância, pois, caso o fato seja atípico, não há razão para haver ponderação com os direitos fundamentais da mulher. Mas se o fato é típico, mas constitui excludente de antijuridicidade, há a necessidade de haver um juízo de ponderação com os direitos da mulher.

Dos votos apresentados, seis votam pela atipicidade da conduta (Marco Aurélio, Rosa Weber, Joaquim Barbosa, Cármen Lúcia, Ayres Brito e Celso de Mello) e quatro pela atipicidade (Fux, Lewandowski, Gilmar Mendes e Peluso). Destes, dois entendem que, apesar de típica, a conduta caracteriza excludente de antijuridicidade (Fux e Gilmar Mendes) e os dois restantes, que a conduta é típica, antijurídica e culpável (Lewandowski e Peluso).

Os direitos da mulher à dignidade humana, à saúde, à liberdade de escolha e reprodutivos foram objeto de análise, direta ou indireta, nos votos de todos os ministros. No geral, houve reconhecimento de que a gravidez de um feto anencéfalo traz sofrimento e angústia à gestante, o que foi utilizado como fundamento nos votos de sete ministros (Marco Aurélio, Rosa Weber, Joaquim Barbosa, Fux, Cármen Lúcia, Gilmar Mendes e Celso de Mello).

Ao reconhecerem os direitos da gestante nessa situação, os ministros usaram

juízo de ponderação de direitos fundamentais, técnica utilizada quando há aparente conflito entre dois ou mais direitos ou garantias fundamentais (MORAES, 2018, p. 30).

Quanto à legitimidade do STF para julgar a ação, apenas o Ministro Lewandowski se manifestou expressa e definitivamente pela incompetência do STF para julgar o caso, sendo essa sua razão de decidir. Entendeu o ministro que cabe ao STF agir exclusivamente como legislador negativo. O Ministro Peluso também se manifesta sobre tal fundamento, mas não foi sua razão de decidir. Os demais ministros que votaram entenderam de forma diversa, embora o Ministro Gilmar Mendes tenha feito considerações sobre a necessidade de estabelecer limites a essa atuação do STF.

A manifestação amplamente favorável dos ministros sobre a legitimidade do STF para julgar o tema reflete o protagonismo crescente da Corte Suprema, notadamente a partir da primeira década deste século, em diversas áreas, mas, sobremaneira, em temas relacionados aos valores estabelecidos na Constituição de 1988 e nas grandes transformações sociais sobre direitos fundamentais, em especial na defesa de minorias (CAMPOS, 2014, p. 246).

Considerações Finais

O presente artigo analisou o alcance da decisão do STF ao decidir, no julgamento da ADPF 54, sobre a legalidade da interrupção da gravidez de fetos portadores de anencefalia. A anencefalia é uma malformação congênita do sistema nervoso central caracterizada pelo não desenvolvimento dos hemisférios cerebrais, mas o feto permanece com o tronco cerebral ativo, o que lhe permite manter as funções vitais biológicas (Superior Tribunal Federal, ADPF 54, Relator: Ministro Marco Aurélio, Brasília, jan. 2012, p. 42).

O problema central que a pesquisa visou a responder foi se o julgamento da ADPF 54 é um precedente judicial cujos fundamentos podem ser utilizados em questionamentos que tenham por objetivo novos excludentes de antijuridicidade na ocorrência de fetos com anomalias similares. A hipótese testada foi que os fundamentos utilizados pelos ministros na fundamentação dos seus votos são válidos para casos similares, portanto, são aplicáveis a outras ocorrências similares.

O objetivo geral foi analisar o julgamento da ADPF 54 e avaliar como o resultado poderá influenciar novas arguições de constitucionalidade do denominado aborto terapêutico na ocorrência de outras anomalias fetais. Os objetivos específicos foram: analisar os votos dos ministros do STF no julgamento da ADPF 54 e identificar os fundamentos utilizados; pesquisar e analisar as alterações das normas legais sobre o aborto na história do Brasil.

A pesquisa sobre o tema permitiu aos autores aprofundar o conhecimento sobre as alterações no tempo da criminalização do aborto no Brasil, os excludentes de ilicitude previstos na legislação e como afetam as pessoas. A contribuição da pesquisa para a ciência foi de estruturar o problema, de forma isenta e racional, e estabelecer a base para o desenvolvimento de novas pesquisas. Para a sociedade o resultado da pesquisa estabeleceu perspectivas diversas sobre tema que interessa a todos, qual seja, a proteção do processo de criação e desenvolvimento da vida.

Pode-se constatar que poucas foram as alterações da criminalização do aborto no Brasil desde a época do Império. As mais relevantes remontam ao Código Penal de 1890, que passou a penalizar a gestante pelo aborto consentido ou por ela praticado, e ao Código Penal de 1940, em que foram previstas as excludentes de ilicitude para os casos de aborto terapêutico ou humanitário.

A partir da análise dos votos dos ministros que se manifestaram favoravelmente à ADPF 54, foi possível concluir que alguns fundamentos são válidos para sustentar excludentes de ilicitude na ocorrência de anomalias fetais, a saber: (i) se a anomalia fetal permite concluir que o feto não tem potencial de vida extrauterina autônoma; (ii) se os exames e procedimentos médicos permitem alto nível de certeza do diagnóstico da anomalia; (iii) se a saúde física ou psíquica da gestante é fortemente afetada pela gestação de uma vida que ela sabe não sobreviverá.

Referências

ARAUJO, Diana C. C. O STF, o aborto de anencéfalos e a ADPF nº 54-8: constrangimento necessário ou precedente irreversível para a relativização da vida humana? **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, v. 13, n. 101, 2012. Disponível em <<https://revistajuridica.presidencia.gov.br>>. Acesso em: 27 mar. 2018.

BUSATO, Paulo César. Tipicidade Material, aborto e anencefalia. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 10, n. 2, 2005. Disponível em <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/issue/view/91>>. Acesso em: 16 out. 2019.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

DINIZ, Débora; ALMEIDA, Marcos de. Bioética e aborto. In: COSTA, Sergio Ibiapina Ferreira; OSELKA, Gabriel; GARRAFA, Volnei (Coord.). **Iniciação à bioética**. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998.

DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

MARTINELLI, João Paulo Orsini; BEM, Leonardo Schmitt de. **Lições Fundamentais de Direito Penal**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

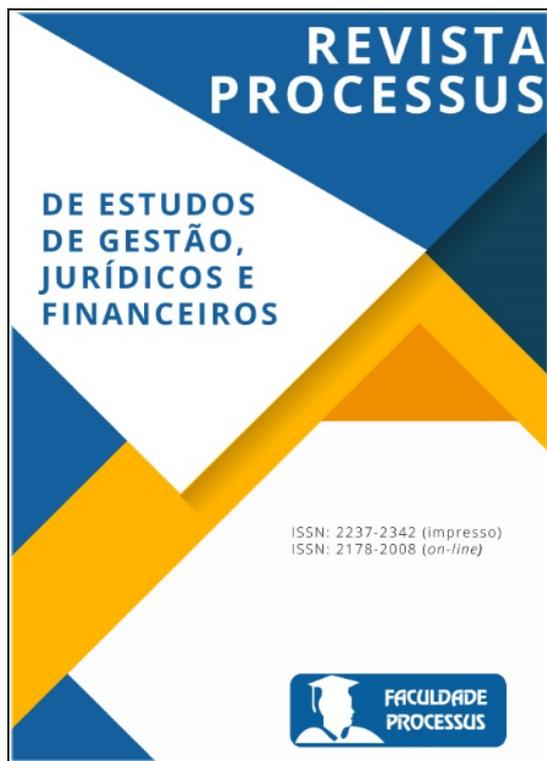
MATIAS-PEREIRA, José. **Manual de Metodologia da Pesquisa Científica**. São Paulo: Atlas, 2016.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. São Paulo: Atlas, 2018.

SANDEL, Michael J. **Justiça: o que é fazer a coisa certa**. 10. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2009.

SARMENTO, Daniel. Legalização do aborto e Constituição. **Revista de direito administrativo**, FGV. São Paulo, v. 240, 2005.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54**. Relator: Marco Aurélio Mendes de Farias Mello. Brasília, DF, 12 abr. 2012. DOU de 24.4.2018.



Revista Processus de Estudos de Gestão, Jurídicos e Financeiros

ISSN: 2237-2342 (impresso)
L-ISSN: 2178-2008 (on-line)

Ano X, Vol. X, n.39, jul./dez., 2019.

Tramitação editorial:

Data de submissão: 30/07/2019.
Data de reformulação: 15/09/2019.
Data de aceite definitivo: 30/11/2019.
Data de publicação: 20/12/2019.

Editor-chefe: Jonas Rodrigo Gonçalves

CRIMES CONTRA A MULHER E A EFICIÊNCIA DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Crimes against woman and efficiency

Public policies

Delitos contra la mujer y la eficiencia

Políticas públicas

*Msc. Jonas Rodrigo Gonçalves¹
Letícia Fernandes Gaudêncio Leão²*

Resumo

O tema desse artigo é crimes contra a mulher e a eficiência das políticas públicas. Investigou-se o seguinte problema: É possível proteger as mulheres de violências com o uso das políticas públicas? As penas imputadas aos agressores são suficientes para que a mulher veja a justiça acontecer? Cogitou a seguinte hipótese “há muitas políticas públicas que coíbem os crimes e violências que as mulheres podem chegar a sofrer. Porém, há uma hipótese em que a resposta seria negativa, porque as políticas públicas não são usadas e aplicadas de maneira eficiente”. O objetivo geral é “avaliar como as políticas públicas podem ser eficientes no combate a crimes contra a mulher”. Os objetivos específicos são: “analisar os tipos de violência sofridos pelas mulheres”; “discutir as soluções cabíveis no enfrentamento das mulheres ante as violências sofridas”; “pesquisar como as políticas públicas tem ajudado no combate”.

¹ Doutorando em Psicologia pela Universidade Católica de Brasília (2019-2022). Mestre em Ciência Política pelo Centro Universitário Euroamericano/DF(2008). Especialista em Letras (Linguística): Revisão de Texto pela Universidade Gama Filho/RJ (2010). Especialista em Didática do Ensino Superior em EAD e em Docência na Educação Superior pela Fapesa/GO (2017). Especialista em Formação em Educação a Distância pela Unip/DF (2018).

² Acadêmica de Direito pelo Instituto Processus

Palavras-chave: Políticas Públicas. Mulher. Eficiência. Maria da Penha. Femicídio.

Abstract

The theme of this article is crimes against women and the efficiency of public policies. The following problem was investigated: Is it possible to protect women from violence by using public policies? Are the penalties imputed to the perpetrators sufficient for the woman to see justice happen? He considered the following hypothesis: "There are many public policies that curb the crimes and violence that women may suffer. However, there is a hypothesis that the answer would be negative, because public policies are not used and applied efficiently." The overall objective is "to evaluate how effective public policies can be in combating crimes against women." The specific objectives are: "to analyze the types of violence suffered by women"; "Discuss appropriate solutions in confronting women in the face of violence suffered"; "Research how public policy has helped combat crimes".

Keywords: Public Policies. Woman. Efficiency. Maria da penha. Femicide.

Resumen

El tema de este artículo es los crímenes contra la mujer y la eficiencia de las políticas públicas. Se investigó el siguiente problema: ¿Es posible proteger a las mujeres de la violencia mediante el uso de políticas públicas? ¿Las penas imputadas a los perpetradores son suficientes para que la mujer vea que se haga justicia? Consideró la siguiente hipótesis: "Existen muchas políticas públicas que controlan los crímenes y la violencia que pueden sufrir las mujeres. Sin embargo, existe la hipótesis de que la respuesta sería negativa, porque las políticas públicas no se utilizan y aplican de manera eficiente ". El objetivo general es "evaluar cuán efectivas pueden ser las políticas públicas para combatir los delitos contra las mujeres". Los objetivos específicos son: "analizar los tipos de violencia que sufren las mujeres"; "Discutir soluciones apropiadas para enfrentar a las mujeres frente a la violencia sufrida"; "Investiga cómo las políticas públicas han ayudado a combatir"

Palabras-clave: Políticas públicas. Mujer Eficiencia Maria da Penha. Femicidio

Introdução

O presente trabalho traz os crimes contra a mulher e a eficiência das políticas públicas. Serão estudadas as violências praticadas contra as mulheres e as políticas públicas que são usadas para ajudar no combate a esse tipo de violência.

A questão da violência é algo muito séria, principalmente dentro do Brasil. A discussão sobre isso deve acontecer, e deve ocorrer cada vez com mais frequências para que isso não se torne algo banal. (CAVALCANTI, 2007, p. 27)

Este artigo se propõe a responder as seguintes perguntas É possível proteger as mulheres de violências com o uso das políticas públicas? As penas imputadas aos agressores são suficientes para que a mulher veja a justiça acontecer? Existem muitas políticas públicas que coíbem o crime e violência que as mulheres chegam a sofrer, porém as mesmas muitas vezes não são utilizadas e aplicadas eficazmente.

Todo ato de violência que possui como base gênero, como resultado um dano físico, sexual ou mesmo psicológico, são incluídas nesse caso, a coerção, as ameaças e também a privação arbitrária da liberdade. São abrangidas a violência sexual, física e psicológica, o abuso sexual às meninas, o estupro pelo marido,

sendo este um meio de violentar a mulher e que precisa de se ter políticas públicas para inibir às mesmas. (OPAS, 2017)

A hipótese a ser levantada é a possibilidade de proteger as mulheres de violência utilizando a políticas públicas. E também sobre as penas imputadas aos agressores serem suficientes para que aconteça a justiça com as mulheres. Com o estudo verificou que é possível sim, já que existem muitas políticas públicas para coibirem os crimes e violência que as mulheres venham a sofrer, porém, as mesmas não são eficazes, já que não são utilizadas de maneira correta.

É necessário, mediante o cenário atual, que se abram os olhos para que se consiga ajudar as mulheres que sofrem algum tipo de violência. Para tanto, existe a Lei Maria da Penha, a qual reconhece a natureza particular da violência que é dirigida contra a mulher, porque esta é mulher ou porque a afeta desproporcionalmente. (PIOVESAN; PIMENTEL, 2007, p.44)

O objetivo geral do presente trabalho é avaliar como as políticas públicas podem ser eficientes no combate a crimes contra a mulher. Atualmente se tem muitas políticas públicas para combater os crimes que são contra a mulher, o problema é que muitas vezes esses crimes não chegam nem na Delegacia, ficando assim impossível punir o agressor.

A violência doméstica e familiar contra a mulher acontece principalmente dentro do lar, onde o agressor aproveita da convivência e dos laços familiares para aterrorizar a mulher, impedindo a mesma de noticiar a violência sofrida. Sendo que este quadro contribui para reiterar a violência, a mulher se acha sem meios para terminar a relação, vindo assim, a aceitar o papel de vítima da violência doméstica, para que seja mantido seu lar. (BELLOQUE, 2011, p.308)

Os objetivos específicos do presente artigo é analisar os tipos de violência que são sofridos pelas mulheres, além de discutir as soluções cabíveis no enfrentamento das mulheres ante as violências sofridas, e também pesquisar como as políticas públicas têm ajudado a combater os crimes contra as mulheres.

Somente a legislação não possui capacidade para que seja coibidos casos de violência e crimes que são praticados contra as mulheres. Porém, são preciso serviços externos, como assistência social e psicológica, além de programar novas políticas públicas, assistência na saúde e da justiça também. Foi implementada no ano de 2003 a Secretaria de Políticas para as Mulheres, onde as mulheres que estão sofrendo algum tipo de violência foram fortalecidas. (DIAS, 2010, p. 1)

A discussão desse tema é relevante, pois diante de tempos tão difíceis em que o ódio e a violência tomam conta do mundo, é necessário que se fale em um combate dos crimes contra as mulheres.

As mulheres vêm sofrendo com a violência doméstica, violência física, sexual, psicológica e até patrimonial. Para tanto, foi criada a Lei 11.340/06, também conhecida como Lei Maria da Penha. Porém, apenas essa lei não protege de forma efetiva todas as mulheres, e nem as coloca longe de serem vítimas de crimes.

Nesse contexto, a proposta desse trabalho é de contextualizar e apresentar um histórico de mudanças no que diz respeito à proteção da mulher e ver a eficiência das políticas públicas nos casos de combates de crimes cometidos contra mulheres.

Será realizada pesquisa bibliográfica, análise de leis e pesquisa de jurisprudências. No Trabalho de Conclusão de Curso serão realizadas pesquisas exploratórias para um continuar conhecendo melhor o tema e para facilitar o entendimento do assunto em questão. Após isso, será realizada uma pesquisa descritiva, partindo do princípio de já haver um prévio conhecimento do assunto.

Serão usados métodos qualitativos e quantitativos, ou seja, método qualitativo será usado para medir o comportamento, confirmando as hipóteses do trabalho, já o quantitativo será usado para quantificar um problema, entendendo a dimensão do mesmo.

Este trabalho é um artigo de revisão de literatura. Dessa forma, serão reunidas várias informações acerca do tema, pesquisas e referenciais teóricos.

1. A violência Contra a Mulher

A mulher era considerada inferior ao homem e dona de pouquíssimos direitos, abre-se um espaço para que violências maiores sejam cometidas contra elas. No ano de 2000 a.c. existia na Mesopotâmia o Direito Sumério. Nesse Direito, as mulheres que rejeitassem seu marido eram jogadas do alto de uma torre ou jogadas no rio (VICENTINO, 1997).

A questão da violência é algo muito séria, principalmente dentro do Brasil. A discussão sobre isso deve acontecer, e deve ocorrer cada vez com mais frequências para que isso não se torne algo banal. (CAVALCANTI, 2007)

Antes da criação da Lei 11.340/06, os casos de agressão a mulheres eram tratados e julgados como qualquer outro crime pela justiça comum. Com a crescente violência que as mulheres vêm sofrendo, é importante que se fale em proteções. Sejam elas do Estado, sejam elas em forma de lei. Antes de se criar qualquer tipo de proteção, milhares de mulheres pagaram com sua própria vida pela omissão do Estado por esses crimes e violências cometidos contra elas. Os casos mais comuns são os de violência doméstica. Ter um conceito restrito não ajuda na hora de enquadrar a violência como sendo violência doméstica.

É preciso que se abram os olhos diante do cenário atual, para que desta forma, seja possível ajudar mulheres que estão sofrendo algum tipo de violência. Deve-se lembrar também que não existe apenas a violência física. São também tipos de violência: psicológica, moral, sexual, patrimonial. Por isso, foi tão importante a criação da Lei Maria da Penha, delegacias especializadas proteção as mulheres e outros dispositivos. (PIMENTEL; PIOVESAN, 2007)

Porém, somente a legislação não é capaz de coibir casos de violência e crimes praticados contra as mulheres. São necessários serviços externos, como assistência social e psicológica, implementação de novas políticas públicas, assistência na saúde e na justiça também. Em 2003 foi criada a Secretaria de Políticas para as Mulheres. Com essa Secretaria as políticas públicas de enfrentamento à violência contra as mulheres foram fortalecidas, usando conceitos, e novas diretrizes para esse tema tão importante. O número de mulheres violentadas não é baixo e é de se assustar. Por isso, fica a dúvida da eficiência das leis e políticas públicas nesses casos. (DIAS, 2010)

É preciso estar atento a realidade vivida. Ocorrem muitas críticas a essas proteções feitas às mulheres, porém é algo mais que necessário. As mudanças que a Lei 11.340/06 trouxe foram muito significativas.

Um passo importante a ser dado será o de observar, a partir de agora, de forma mais cautelosa, mas ao mesmo tempo eficaz, os crimes e violências que as mulheres sofrem, e buscar uma solução imediata para esses problemas. Deve-se ter mais cuidado ao tratar um crime contra a mulher como um simples homicídio, porque esse crime pode ser um feminicídio. (SABADELL, 2016)

A violência doméstica é aquele tipo de violência que ocorre em casa, no âmbito doméstico. Já a violência familiar ocorre dentro da família, entre seus membros, que tem um vínculo de parentesco natural, por afinidade ou civil (que

são os casos dos maridos e companheiros).

De acordo com os estudos feitos pela Organização Mundial da Saúde (OMS), os índices de mulheres que sofreram esse tipo de violência é altíssimo, variando entre 10 e 51%. Essa taxa é muito preocupante, pois mostra que as leis e medidas que existem não estão sendo tão eficientes em alguns lugares. No Brasil isso é ainda mais preocupante, pois segundo a pesquisa da Fundação Perseu Abramo (FPA), a cada 2 minutos cinco mulheres são espancadas por seus companheiros, maridos, ex-maridos, etc.

2. Lei Maria da Penha

A Lei Maria da Penha foi criada por causa de Maria da Penha Maia Fernandes, uma cearense, biofarmacêutica, e era casada com Marco Antônio Heredia Viveiros. Em 1983, Maria da Penha foi atingida por um tiro de seu marido enquanto dormia. Com isso, acabou ficando paraplégica. Depois disso, foi mantida em cárcere privado e sofreu novas violências e também tentativas de assassinato. Com suas filhas, acabou deixando a casa e procurando a justiça. Depois de muita luta em 2006 o então presidente Luiz Inácio Lula da Silva (Lula) sancionou a Lei 11.340/06, que levou o nome de Lei Maria da Penha.

A referida lei deixa claro em seu capítulo II, artigo 7º, que existem outros tipos de violência sofrida pelas mulheres. O primeiro inciso trata da violência física que é entendida como uma violência direta a mulher, sendo realizada por meio de agressões a sua integridade ou sua saúde. (FEIX, 2011, p. 220)

Portanto, o agressor poderá ser preso em qualquer fase da instrução ou do inquérito, e assim que ficar comprovado e constatado que, de fato, ocorreu a prática da violência doméstica e familiar contra a mulher, o juiz pode aplicar ao agressor as medidas protetivas, como o afastamento do lar e o afastamento da vítima, proibir a posse de arma, a proibição de frequentar alguns lugares para proteção da vítima, entre outras medidas.

Ainda que exista essa lei, as mulheres não estão cem por cento protegidas. Dessa forma, o Estado disponibiliza o número 180 em que a vítima pode ligar e denunciar seu agressor. Há também a Casa da Mulher Brasileira, em que a vítima pode ir quando não tiver lugar para ser acolhida de forma devida. Infelizmente, os números ainda são assustadores: Todos os dias cerca de 10 mulheres são assassinadas no Brasil, segundo a pesquisa de 2015 realizada pela Faculdade Latino-Americana de ciências sociais; A Avon em parceria com o Data Popular disse que 3 em cada 5 mulheres jovens já sofreram algum tipo de violência em seu relacionamento.

A Lei Maria da Penha não consegue abarcar uma boa parte dos casos que ocorrem no Brasil. E, quando conseguem, não há uma medida que de fato proteja as mulheres dos seus agressores. Tudo na teoria é bem mais fácil de ser entendido. Na prática muitas mulheres morrem com medidas protetivas no bolso enquanto voltam de seu trabalho ao seus lares, ou morrem dentro da própria casa. Porém, são pequenas mudanças que são feitas que irão melhorar, aos poucos, esses infelizes casos de violência. Ainda há muito trabalho a se fazer, mas saber que existe um dispositivo próprio para proteção dessas mulheres, já é um belo passo que foi dado na história do país.

A Lei Maria da Penha pode ser aplicada quando ficar provado à prática de violência doméstica e familiar contra a mulher. Assim, o juiz ou o delegado de polícia poderá aplicar medidas protetivas de urgência. Nesse caso, se o agressor descumprir a medida protetiva de urgência que foi imposta, ele não responderá pelo

crime de desobediência do artigo 330 do código penal, já que a própria lei prevê uma prisão preventiva como uma forma de garantia da ordem.

3. Políticas Públicas

A violência contra a mulher na relação familiar é um problema social que vem exigindo tanto medidas judiciais, conforme a Lei Maria da Penha, quanto por programas e políticas públicas. O principal desafio no caminho da proteção a estas mulheres é sua dificuldade de se reconhecer como vítima, uma vez que, muitas vivem em uma estrutura familiar na qual a violência é uma conduta comum e banalizada. (MENDONÇA, 2013)

Foram criadas as medidas protetivas de urgência, devendo ser tomada, pela autoridade policial, assim que tomar conhecimento da configuração da violência doméstica, as providências legais. É obrigatório que se comunique ao Ministério Público, e ao Juiz, o mesmo deverá conhecer e decidir sobre o pedido no prazo de quarenta e oito horas. (DIAS, 2010)

Porém o Estado esqueceu-se de investir nas principais necessidades da Delegacia de Defesa da Mulher, não capacitou os funcionários, não existia o acompanhamento psicológico às vítimas, orientação jurídica, e principalmente às medidas protetivas, focou somente na criminalização da violência contra a mulher.

Pela pressão das feministas, o Governador do Estado de São Paulo, em 1989, através do Decreto 29.981/1989, aumentou a competência das Delegacias de Defesa da Mulher, inserindo os crimes contra a honra, como a calúnia, injúria e difamação, e também o crime de abandono material.

Já os Juizados Especiais Criminais foram criados pela Lei Federal nº 9.099/95, tendo como principal objetivo conseguir aumentar o acesso à justiça, tornando à mesma mais rápida e mais eficaz, sendo que aos referidos juizados, caberia processar e julgar os crimes de menor potencial ofensivo.

Mesmo a Lei não tratando especificamente da violência contra a mulher, ela acabou envolvendo quase todas as ocorrências que eram feitas nas Delegacias de Defesa da Mulher. Sendo que os Juizados Especiais Criminais foram feitos para que impedisse que o sistema penal fosse estigmatizado, porém não foi pensado em questão de gênero. (HERMAN, 2004)

Além de se ter as medidas socioeducativas, as quais possuem como objetivo conscientizar sobre os direitos que as mulheres possuem, também é preciso que as leis penais e processuais protejam as mulheres das violências que se encontra atualmente na sociedade. (HERMAN, 2004)

Porém as feministas sempre diziam sobre a vítima no processo, pois muitas vezes às mesmas pedem socorro, mas deparava-se com uma legislação que não lhe prestava nenhum auxílio e nenhuma assistência.

Os juizados especiais não são referentes às violências domésticas, por isso começou a se tornar ineficaz para as funções preventivas e ou de reparação no que dizia respeito aos litígios conjugais, ensejando à impunidade.

Nos dias atuais, conforme demonstrado no presente trabalho, existem vários serviços que prestam atendimento à mulher que sofre violência, como a Delegacia de Defesa da Mulher, Juizados Especiais Criminais, Lei Maria da Penha e atualmente criou-se a Lei do Femicídio.

Mas mesmo assim, ainda é necessário que tenha um interesse maior do Estado melhorando os serviços que são ofertados às mulheres, como por exemplo, capacitando os profissionais que atendem às mesmas, pois todas merecem respeito e dignidade, não devendo nunca ser violentadas.

Considerações finais

A questão da violência é algo muito séria, principalmente dentro do Brasil. A discussão sobre isso deve acontecer, e deve ocorrer cada vez com mais frequências para que isso não se torne algo banal. A violência é ainda mais evidente quando as mulheres são as vítimas. É necessário que se faça uma análise histórica do nosso país para observar a evolução da luta das mulheres contra as agressões e violências sofridas.

As duas grandes questões são se existe a possibilidade da proteção das mulheres vítimas de violência com políticas públicas. Verificou-se que existe sim, porém as referidas políticas devem ser mais bem trabalhadas para que possam vir a ter eficácia, ajudando de uma maneira melhor as vítimas da violência. A outra questão é se as penas imputadas são suficientes para que a justiça aconteça. Sim, pois na legislação existem penas que podem vir a punir severamente os agressores, mas para tanto os casos de violência devem ser noticiados nas Delegacias, já que infelizmente isso ainda não acontece frequentemente.

O presente trabalho avaliou como as políticas públicas podem vir a serem eficientes para que sejam combatidos os crimes contra a mulher. Para tanto, foi analisado os tipos de violência que as mulheres têm sofrido além de serem discutidas as soluções que são cabíveis para enfrentar as mulheres mediante as violências sofridas e pesquisadas como as referidas políticas públicas têm ajudado para que sejam combatidos os crimes contra as mulheres.

A relevância do estudo encontra-se nos tempos difíceis onde o ódio e a violência estão tomando conta do mundo, sendo necessário que fizesse a pesquisa sobre o combate dos crimes contra as mulheres, já que as mesmas vêm sofrendo com vários tipos de violências. Para tanto, foi criada a Lei Maria da Penha, mas esta sozinha não consegue proteger efetivamente todas as mulheres e também não consegue deixar as mesmas longe dos agressores. Foi contextualizado e apresentado um histórico de mudanças sobre a proteção da mulher e verificado a eficiência das políticas públicas para combater os crimes cometidos contra as mulheres.

As mulheres sofrem violências de todos os tipos, sendo a maioria dentro da sua própria residência. Atualmente, este problema é de grande relevância, já que se tem criado políticas públicas para a punição dos agressores, com o objetivo de tentar sanar esses crimes. Porém, o que foi observado, é que as políticas públicas, em sua maioria dos casos, não são eficientes, já que grande parte dos crimes não é noticiada, pois as suas vítimas tem medo dos seus agressores, já que os mesmos a ameaçam o tempo todo.

Referências

CAVALCANTI, Valéria Soares de Farias. **Violência Doméstica**. Salvador: Ed.PODIVM, 2007.

OPAS. **Folha informativa – violência contra as mulheres**. 2017. Disponível em: <

https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=5669:folha-informativa-violencia-contra-as-mulheres&Itemid=820> Acesso em: 19 de outubro de 2018.

BELLOQUE, J.: Das medidas protetivas que obrigam o agressor – artigos 22. In: CAMPOS, C. H. (Org.). Lei Maria da Pena comentada em uma perspectiva jurídicofeminista. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p. 308

VICENTINO, C. História Geral – ed. Atual e ampl. São Paulo: Scipione, 1997.

SABADELL, Ana Lucia. Violência contra a Mulher e o Processo de Juridificação do Femicídio. Reações e relações patriarcais no direito brasileiro. Revista EMERJ, v. 19, n. 72, mar. 2016

FEIX, Virgínia. Lei Maria da Pena comentada em uma perspectiva jurídicofeminista.

Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro. 2011. Disponível em:

<http://www.compromissoeatitude.org.br/wpcontent/uploads/2014/02/LMP_editado_final.pdf> Acesso em: 18/10/2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução 125, de 29 nov. 2010.** Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>> Acesso em: 19 de outubro de 2018.

DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Pena na Justiça.** Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/17_

[a_lei_maria_da_pena_na_justi%
E7 a.pdf](#)>. Acesso em: 20 out. 2019.

GONÇALVES, Jonas Rodrigo. **Como escrever um Artigo de Revisão de Literatura.** Revista JRG de Estudos Acadêmicos, Ano II, Vol.II, n.5, 2019.

GONÇALVES, Jonas Rodrigo. **Como fazer um Projeto de Pesquisa de um Artigo de Revisão de Literatura.** Revista JRG de Estudos Acadêmicos, Ano II, Vol.II, n.5, 2019.

GONÇALVES, Jonas Rodrigo. **Manual de Artigo de Revisão de Literatura.** Brasília: Processus, 2019.

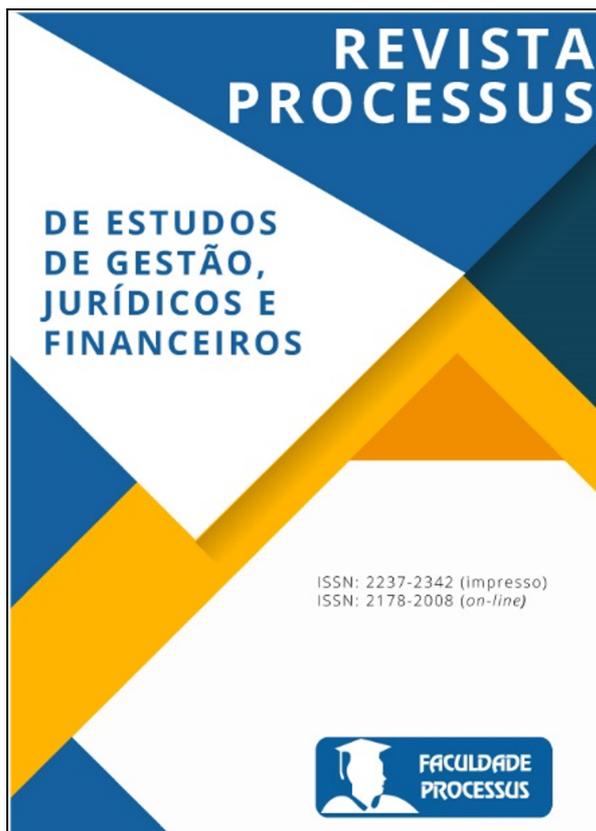
GONÇALVES, Jonas Rodrigo. **Manual de Projeto de Pesquisa.** Brasília: Processus, 2019.

GONÇALVES, Jonas Rodrigo. **Metodologia Científica e Redação Acadêmica.** 8. ed. Brasília: JRG, 2019.

HERMANN, Leda Maria. **Violência doméstica e os juizados especiais criminais.** 2.ed. São Paulo: Servanda, 2004

MENDONÇA, Ângela Hara Buonomo. **A mediação e a arbitragem no mundo contemporâneo.** Edição Independente do Projeto CACB/SEBRAE/BID, 2003.

PIOVESAN, Flávia; PIMENTEL, Sílvia. **Lei Maria da Penha**: inconstitucional não é a lei, mas a ausência dela. Brasília, 2007.



Revista Processus de Estudos de Gestão, Jurídicos e Financeiros

**ISSN: 2237-2342 (impresso)
L-ISSN: 2178-2008 (on-line)**

Ano X, Vol. X, n.39, jul./dez., 2019.

Tramitação editorial:

Data de submissão: 30/07/2019.

Data de reformulação: 15/09/2019.

Data de aceite definitivo: 08/10/2019.

Data de publicação: 07/11/2019.

Editor-chefe: Jonas Rodrigo Gonçalves

FEMINICÍDIO: A EFICÁCIA DA LEI Nº 13.104/2015 NO COMBATE À VIOLÊNCIA DO GÊNERO¹

FEMINICIDE: THE EFFECTIVENESS OF LAW Nº. 13.104 / 2015 ON FIGHTING GENDER VIOLENCE

*Bruna Soares Silva²
Caroline Pereira Gurgel³
Jonas Rodrigo Gonçalves⁴*

Resumo

O tema deste artigo é o feminicídio. Investigou-se o seguinte problema: A eficácia da Lei nº 13.104/2015 no combate à violência do Gênero. Cogitou-se a seguinte hipótese: “A Lei nº 13.104, de 2015, que inseriu a qualificadora feminicídio no Código Penal Brasileiro, é um instrumento eficaz no combate à violência contra a mulher?”. O objetivo geral é analisar a eficácia da Lei nº 13.104/2015, no combate à violência do gênero. Os objetivos específicos são: investigar o contexto histórico da violência contra a mulher; examinar a qualificadora feminicídio e sua aplicação; discutir a eficácia da Lei como medida de proteção. Este trabalho é importante em uma perspectiva individual devido os seus consequentes reflexos para as mulheres; para a ciência, por analisar a eficácia que a lei como uma norma apresenta em seu

¹ Este artigo contou com a revisão linguística de Érida Cassiano Nascimento.

² Bacharel em Direito pela Faculdade Processus.

³ Monitora Caroline Pereira Gurgel é Graduada em Direito.

⁴ Doutorando em Psicologia; Mestre em Ciência Política; Licenciado em Filosofia e Letras (Português e Inglês); Especialista em Didática do Ensino Superior em EAD, Docência no Ensino Superior, Formação em EAD, Revisão de Texto, Agronegócio e Gestão Ambiental. Professor das faculdades Processus, Unip, Fasesa, CNA. Escritor (autor de 61 livros didáticos).

ordenamento jurídico; agrega à sociedade pelo fato de buscar realizar uma análise sobre o contexto histórico-jurídico e suas consequências. Trata-se de uma pesquisa qualitativa teórica com duração de 6 meses.

Palavras-chave: Femicídio. Violência contra a mulher. Histórico patriarcal. Código Penal. Eficácia da Lei.

Abstract

The subject of this article is femicide. The following problem was investigated: The effectiveness of Law No. 13.104 / 2015 in combating Gender violence. The following hypothesis was considered: "Is Law No. 13.104 of 2015, which inserted the qualifying femicide in the Brazilian Penal Code, an effective instrument to combat violence against women?". The general objective is to analyze the effectiveness of Law No. 13.104 / 2015 in combating gender violence. The specific objectives are: to investigate the historical context of violence against women; examine the qualifying femicide and its application; discuss the effectiveness of the law as a protective measure. This work is important from an individual perspective because of its consequent consequences for women; for science, for analyzing the effectiveness that the law as a norm presents in its legal order; It adds to society because it seeks to perform an analysis of the historical-legal context and its consequences. This is a theoretical qualitative research lasting 6 months.

Keywords: Femicide. Violence against women. Patriarchal history. Penal Code. Effectiveness of the law.

Resumen

El tema de este artículo es el feminicidio. Se investigó el siguiente problema: La efectividad de la Ley N ° 13.104 / 2015 en la lucha contra la violencia de género. Se consideró la siguiente hipótesis: "¿Es la Ley N ° 13.104 de 2015, que insertó el feminicidio calificado en el Código Penal brasileño, un instrumento eficaz para combatir la violencia contra las mujeres?". El objetivo general es analizar la efectividad de la Ley N ° 13.104 / 2015 en la lucha contra la violencia de género. Los objetivos específicos son: investigar el contexto histórico de la violencia contra la mujer; examinar el feminicidio calificado y su aplicación; Discutir la efectividad de la ley como medida de protección. Este trabajo es importante desde una perspectiva individual debido a sus consecuentes consecuencias para las mujeres; para la ciencia, para analizar la efectividad que la ley como norma presenta en su orden legal; Se agrega a la sociedad porque busca realizar un análisis del contexto histórico-legal y sus consecuencias. Esta es una investigación cualitativa teórica que dura 6 meses.

Palabras clave: Femicidio Violencia contra la mujer. Historia patriarcal. Código Penal. Efectividad de la ley.

Introdução

A Lei do Femicídio é alvo constante de críticas referentes a sua efetividade e apresenta um proeminente grau de desconhecimento perante a sociedade. Nos dias atuais, no entanto, é possível perceber um debate cada vez maior sobre a questão diante da amplitude e consequência que o tema tem gerado. Sendo o Brasil o quinto país com o maior índice de casos de feminicídio, em que é possível

observar uma taxa de assassinato de 4,8% a cada cem mil mulheres em razão do menosprezo ao gênero, a Lei nº 13.104, de 2015, surge como uma medida proposta pela Comissão Parlamentar Mista de Inquérito (CPMI) para buscar uma solução referente a essa questão.

A qualificadora do homicídio, ou seja, a Lei do Feminicídio, tem por objetivo caracterizar o assassinato de mulheres em razão de seu sexo, abrangendo aqueles que ocorrem dentro de ambientes privados e que se baseiam em questões de misoginia e perseguição. Não se restringindo apenas a uma situação de violência física, mas também verbal e que acaba por causar nas mulheres grande sensação de insegurança ao longo dos anos. (TEIXEIRA, 2016, p.54).

Este artigo se propõe a responder ao seguinte problema: “A Lei nº 13.104, de 2015, que inseriu a qualificadora feminicídio no Código Penal Brasileiro, é um instrumento eficaz no combate à violência contra a mulher?”. Sendo o Brasil um país cuja cultura é majoritariamente patriarcal e machista, a alteração em seu Código Penal se mostra essencial para que mudanças eficazes possam passar a serem notadas como já está a ocorrer.

Tem-se, contudo, uma grande dificuldade na análise de dados que possam contribuir de forma real com o estudo da violência que as mulheres sofreram e continuam a sofrer ao longo dos anos. A falta de registros e informações cria uma lacuna que impede que se obtenha números reais sobre a situação das vítimas mulheres que se viam em situações de violência dentro de suas residências e até mesmo acabaram por serem assassinadas por motivações turpes. (GREGORI, 1993, p.25).

A hipótese levantada frente ao problema em questão foi que “a Lei 13.104/2015 é sim eficaz no combate à violência do gênero”. Ao se arguir contra legislações e pensamentos tão presentes a cultura misógina, a qualificadora do feminicídio tem modificado a forma como se lida com as mais diversas situações de violência, alcançando resultados significantes, não apenas para o campo jurídico, como para o social.

A necessidade da inserção de um novo olhar sobre a questão de mortes das mulheres é mais do que a defesa da tutela da vida. É defender a própria dignidade humana daquelas que constantemente sofrem atentados contra a sua integridade moral, física e psicológica. (MENDES, 2017, p.218).

O objetivo geral deste trabalho é “analisar a eficácia da Lei nº 13.104, de 2015, no combate à violência do gênero”. Algo que se mostra passível de ter duas vertentes, a primeira delas é aquela em que se diz que a lei é eficaz naquilo que se propõe a fazer; enquanto por outro lado se tem também aqueles que dizem que não, pois não estão combatendo a violência, mas apenas propiciando à sociedade que crie novas formas de agressões e discriminações.

O que se sabe é que apenas a lei por si só é incapaz de realmente causar as mudanças que se visa alcançar. É necessário que haja uma transformação não apenas na legislação, mas no sistema judicial, preparando-o para lidar com o que receberá. (MELLO, 2018, p.140).

Os objetivos específicos deste trabalho são “investigar o contexto histórico da violência contra a mulher”; “examinar a qualificadora feminicídio, suas espécies e aplicação na lei penal”; “discutir a eficácia da Lei nº 13.104 como medida de proteção à mulher”. Busca-se então apresentar uma correlação entre o contexto histórico e como isso influencia a sua recepção, além de sua responsabilidade na situação atual de violência e em como é dada a sua aplicação no ordenamento jurídico.

O tema relacionado à violência contra mulher tem estado em ótica principalmente nos últimos anos. Contudo, sua origem advém de muito antes, não apenas no Brasil, como no mundo todo, onde o patriarcado – grupo social no qual se prepondera a soberania do homem tanto no âmbito familiar ou institucional – encoraja os inúmeros casos de repressão e violência contra elas. O que acaba por ser explícito por diversos doutrinadores da área e estudos realizados ao analisar essa questão cultural. (MENDES, 2017, p.64).

A notoriedade deste artigo em um ponto de vista pessoal se encontra nos possíveis desdobramentos que uma nova legislação atribui a sociedade como um todo e para qual todos contribuem. Além de esclarecer pontos históricos e sociais para os quais é necessário que haja mudanças de maneira a acabar com a discriminação de gênero que ainda encontra-se arraigada a ela.

Este artigo detém sua importância para ciência uma vez propõe verificar se há eficácia no combate à violência contra as mulheres no Brasil, por meio da qualificadora, principalmente ao se utilizar de um de seus ramos, o Direito Penal, como forma de instrumento para atingir tal fim. Além de contribuir para a elucidação dos problemas dogmáticos que envolvem a questão e como a jurisprudência das possíveis dúvidas em relação à qualificadora.

É essencial ressaltar que a presente pesquisa não tem por objeto questionar os cerne políticos ou morais que levaram a adoção da qualificadora, e sim fazer uma reflexão acerca de sua eficácia perante aquilo que se propôs, além de seus reflexos. Avaliando assim, se a medida é realmente o suficiente e até mesmo a mais indicada para reduzir o número de assassinatos cometidos contra a mulher por razões de condição do sexo feminino de forma a trazer mudanças à sociedade.

Sendo assim, o presente artigo nada mais é que uma análise de artigos e livros em busca de uma melhor elucidação sobre o tema, para que se possa verificar se a lei é realmente eficaz e uma medida, por sua vez, válida para o combate a discriminação do gênero. Para tanto utilizou-se cerca de 6 (seis) meses de pesquisas e leituras de forma a abordar seus aspectos tornando o artigo o mais real e claro possível por meio de uma pesquisa qualitativa.

Para tanto, o presente trabalho irá utilizar como base para a sua elaboração uma ampla pesquisa bibliográfica, utilizando-se tanto de livros quanto de jurisprudências atualizadas acerca do tema e dos posicionamentos sobre ele, de forma a reunir um amplo acervo para que se alcance o objetivo desejado para esse artigo. Para isso se utilizará por meio dos institutos que envolvem não apenas o feminicídio, como também aqueles referentes à violência contra a mulher, o histórico patriarcal da sociedade, e a função social punitiva do Estado; de forma a explorá-los de forma minuciosa garantindo assim uma base teórica sólida que afastará a análise por meio de juízo de valores pessoal e permitirá uma análise fundamentada no ponto de vista jurídico, realizando-se uma avaliação quantitativa dos dados coletados. Sendo realizado conjuntamente a base bibliográfica uma pesquisa qualitativa visando buscar o meio mais adequado para chegar ao cerne do que se busca. (GONÇALVES, 2015, p.33)

1. Feminicídio: a eficácia da lei nº 13.104/2015 no combate à violência do gênero

1.1. Histórico Patriarcal

O tema relacionado à violência contra mulher tem estado em destaque principalmente nos últimos anos. Contudo, sua origem advém de muito antes, não

apenas no Brasil, como no mundo todo, onde o patriarcado – grupo social no qual se prepondera à soberania do homem tanto no âmbito familiar ou institucional – encoraja os inúmeros casos de repressão e violência contra elas.

O marco do histórico patriarcal, ou seja, quando se começa a repressão e essa subjugação da mulher é na Inquisição, durante a Era Medieval, quando se tem uma aplicação do poder punitivo pela primeira vez integrando diversas matérias e na qual a obra *Martelo das Feiticeiras* estabelece, pela primeira vez, de forma direta, uma ligação entre a feitiçaria – crime na época – e as mulheres, constando nele afirmações sobre o gênero de perversidade, malícia, fraqueza física e mental e a pouca fé que as mulheres possuíam, tal obra passa a ser uma das primeiras formas de discriminação ao gênero feminino cuja própria denominação já demonstra a fragilidade delas (*Fe + Minus = Feminino, “menos fé”*). (MELLO, 2018, p.15).

No entanto, ao invés de se buscar inserir essa classe na sociedade de forma igual, as evoluções legislativas mostraram-se facilitadoras do genocídio feminino, justificado pelo perigo que as bruxas trariam à sociedade e para as quais tudo era permitido, ainda que isso significasse obtenções de confissões por meio de torturas. Dessa forma, é possível observar que a Inquisição é apenas a primeira das faces no processo de perseguição, porém está longe de ser a única ação repressiva às mulheres, visto que essas já se viam há muito mais tempo em situações de submissão e reclusões. Seus papéis eram apenas de exercer as virtudes de mulher valente como, e apenas, esposa, mãe e dona de casa, não podendo participar de formas religiosas e devendo aceitar os preceitos negativos atribuídos a elas. Em seguida à Inquisição, ocorre o surgimento do *labeling approach*, no qual se passa a enxergar o crime não como uma realidade ontológica já existente e independente da intersubjetividade humana, mas sim como o resultado da construção de um discurso da sociedade que estabelece determinados comportamentos como desviantes. E sendo tal sistema induzido pelas grandes massas em suas classificações, as mulheres acabam por continuar em clara desvantagem. (MENDES, 2017, p.23).

O sistema de justiça criminal é completamente ineficaz para protegê-las contra a violência, uma vez que não visa prevenir e nem se preocupa verdadeiramente com os interesses das vítimas, aplicando punições que não produzem os resultados esperados (intimidatória e reabilitadora). O que se faz com as leis até então é apenas um reforço da cultura patriarcal, na qual além de criminalizar a mulher em situações em que ela deveria ser vítima, ainda imputa a ela qualificação incorreta enquanto vítima. (ANDRADE, 2007, p.60).

Sendo assim, é possível observar claramente uma construção dessa visão antigênero, na qual o poder punitivo vinha se manifestando não somente no Brasil, como em diversos outros lugares do mundo, tal qual a Europa, por meio de um sistema de custódia intenso que não apenas reprimia, mas que vigiava e encarcerava as mulheres, seja em casa, no convento ou propriamente nas penitenciárias, inflingindo a elas diferentes punições. Para essa reflexão, o sexo feminino era considerado como inferior em todos os aspectos, sejam psicológicos ou anatômicos, nunca conseguindo fazer tudo e ao fazê-lo nunca ser tão bom quanto os homens. Tais afirmações são as raízes do paradigma etiológico, que mais tarde viriam a ser utilizadas nas mais diversas políticas, alastrando o patriarcalismo durante os séculos. (MENDES, 2017, p.119).

1.2. Legitimação da violência contra a mulher na Lei Penal

Tendo sido o Brasil uma colônia de Portugal por 290 anos, é importante que se saiba notar que o primeiro Código adotado, o Filipino, garantia ao marido o pleno

direito de assassinar a sua mulher caso a pegasse cometendo adultério, sendo permitido até mesmo o fazer baseado em uma mera suspeita de traição por parte de sua cónyuge. Dessa forma, há nitidamente um vínculo entre a cultura patriarcal com a violência contra a mulher, visto que por muitos anos havia um claro domínio masculino (marido, pais, etc.) sobre as mulheres que deveriam, pura e simplesmente, exercer seus papéis de mãe e estarem submetidas a esses valores, ou então acabavam por sofrer os mais diversos castigos cruéis e desumanos. (MELO, 2018, p.87).

Tais violências, altamente sub-humanas, eram claramente institucionalizadas e vistas como necessárias para garantir a sociedade funcionando de forma correta e a família estruturada como era certo, ainda que aos homens tais normas não fossem aplicadas, visto que existia uma moral permissiva a eles enquanto as mulheres eram cercadas por repreensões. Tal situação só veio a sofrer alterações com a independência do Brasil, em 7 de setembro de 1822, e a adoção do Código Criminal do Império do Brasil que não mais permitia que o marido matasse sua esposa em defesa de sua honra, ainda que apresentasse atenuante para o cónyuge que o fizesse quando houvesse a ocorrência de adultério. (BLAY, 2003, p.49; p.96).

Essencial também saber que expõe, durante o Brasil Imperial, o adultério por parte da esposa passa a sofrer sanções pelo Código Penal de 1830. Repreendida com prisões de um a três anos e trabalhos forçados, a legislação visava combater a afronta aos direitos do marido e seu consequente insulto derivado da atitude. (ENGEL, 2005, p.3).

A mulher foi degradada, convertida em servidora, em escrava do prazer do homem e em mero instrumento de reprodução. Esse rebaixamento da condição da mulher, [...] tem sido gradualmente retocado, dissimulado e, em alguns lugares, até revestido de formas mais suaves, mas de modo algum eliminado. (ENGELS, 1997, p.60).

O problema não é apenas no que se refere ao controle formal, mas sim ao conjunto de poderes religiosos e políticos que se interligam para legitimar a subordinação das mulheres e impedir que haja uma preocupação eficaz, visto que o poder penal está mais voltado para este lado, ocultando as mulheres no lado informal e tornando-as indignas de uma proteção. (MENDES, 2017, p.171).

Cabe salientar, entretanto, que o Código Penal de 1940 retirou a licitude de tais atitudes. No entanto, ainda que tenha tido uma efetiva mudança, o protecionismo permanece visto que, ainda que tenha passado a impor sanções, deixaram brechas de forma a mantê-las de forma branda, não condizendo com a gravidade dos atos cometidos. O homicídio privilegiado, que será abordado adiante, mostra-se então uma alternativa aos culpados que se utilizam dos argumentos da “violenta emoção” para sua defesa, sendo acatado por diversas vezes pelo poder judiciário. (MELLO, 2018, p.90; p.129).

1.3. Casos da América Latina

Um dos casos mais emblemáticos envolvendo a violência contra a mulher é o da Ciudad Juárez devido tanto a sua duração quanto por suas características. Estudos relatam que a partir do final do século XX, mulheres e meninas da cidade acabam por desaparecer ou sofrer cruéis violências (mutilações, violações e até

mesmo assassinatos) ao tentarem cruzar a fronteira entre o México e os Estados Unidos. Podendo ter diversas motivações, conforme pode se observar em outros países, aqui o que se vê são questões políticas nas quais diversas organizações buscam espaço no mercado ilegal utilizando as mulheres para reprimendas. Rita Segato (2006) explica que esses feminicídios se enquadram como um fortalecimento de seu domínio sobre os outros. (Segato, 2006, p. 3).

Com números altos de violências, seria de se esperar que o México buscasse solucionar tais ocorrências. Contudo, e conforme se depreende de organizações civis, o nível de assassinatos só continuou a aumentar desde o seu surgimento em 1993, tendo seu ápice em 2009 com quase 100 mortes devido a negligência do estado em combater. A mídia, por sua vez, estimulava cada vez mais uma ideia de que esses casos se tratavam de crimes passionais, totalmente naturais e aceitáveis, ainda que demonstrassem em si o caráter misógino. Diante do descaso do estado mexicano com a situação, restou à Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) pronunciar-se sobre o caso para a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH). Violando as convenções de Belém do Pará e a Americana sobre Direitos Humanos e a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, o estado do México sofreu represália da Corte IDH que o condenou pela primeira vez por feminicídio – sendo o primeiro Estado a sofrer uma sanção do tipo. Tal acontecimento acabou por criar um precedente para a América Latina, forçando a criação de medidas como a Ley General de Acceso De Las Mujeres A Uma Vida Libre De Violencia – que além de reconhecer a desigualdade de gênero como uma causa para violência contra as mulheres, passa a tomar iniciativas para combater tais casos. (MELLO, 2018, p.49).

1.4. Casos no Brasil

O Brasil também não se encontra isento, pelo contrário, seus índices demonstram que arraigado a uma cultura machista, as mulheres diariamente são vítimas de atos de violência. Dentre os inúmeros casos ocorridos, tem-se como destaque o da Maria da Penha (importante marco na história do Brasil), o de Eloá Pimental e o de Eliza Samúdio – todos de grande repercussão e que ao contrário de receberem as justificativas que deveriam tinham sua classificação por juristas como crimes passionais decorrentes de amor. Vale ressaltar que tais fatos nada tiveram a ver com sentimentos, mas sim com a perda do poder e posse sobre as vítimas que não mais quiseram manter um relacionamento com os agressores. Aqui o que se via era um clássico caso da bravata: “se não for minha, não será de mais ninguém”, resquício de épocas e de uma sociedade que insiste em proteger o homem, justificando suas condutas violentas. (MELERO, 2017, p.20).

O que interessa não é uma questão jurídica, mas sim um sistema brio que leva elementos de conduta para classificar e tutelar as mulheres diante da forma como se enquadram na sociedade. Porém, tais pensamentos não passam de um reflexo de uma sociedade misógina que acredita que os homens detêm direitos sobre as mulheres que se encontram fora do esperado. Caso como as de Ângela Diniz, Gabriela Belota, Márcia Calixto, além das três mulheres citadas acima são apenas alguns casos das milhares de “Eloás” e “Elizas” que existem em todo o país e que se veem roubadas de seu direito à vida simplesmente por terem uma grave falha de conduta: a de não se submeterem às imposições da sociedade e pensarem por si. (MELLO, 2018, p.142).

1.5. Feminismo e a conseqüente evolução legislativa

Nas palavras de Jane Mansbridge, o feminismo pode ser definido como uma espécie de compromisso que visa por fim à uma dominação masculina, tendo por essência a redefinição do que é ser mulher através de um embate histórico, quer seja individual ou coletivo, formal ou informal, onde se tem o gênero feminino em oposição direta ao patriarcalismo. Já para Chimamanda Ngozi Adichie, o feminismo vai além de homens e mulheres, é entender que há um problema de gênero que necessita ser resolvido. (apud CASTELLS, 2001, p.210) (ADICHIE, 2014, p.5).

Buscando pôr em prática os seus objetivos, essa bandeira então se mostra uma importante arma na luta contra a repressão, além de ser essencial para por em foco aquilo que até então era negligenciado. Por intermédio de numerosas ações, reivindicações e lutas, essas mulheres se mostraram peões importantes em suscitar as questões que deram início para que todas as demais ocorressem. Dessa forma, o feminismo passa a deixar de ser uma questão isolada defendida por alguns, para ser exposto como uma questão de cidadania e até mesmo de preservação daquilo defendido pelo princípio da Dignidade Humana, necessitando de modificações não apenas sociais, mas legislativas. Sendo assim, as mulheres, ao se exporem e fazerem o mesmo com as situações que antes eram vistas como um problema a ser resolvido em casa e sem interferência dos de fora, fazem com que a problemática passe a ter os seus limites ampliados. (MOTA, 2014. p.125).

1.6. Convenções Internacionais e Nacionais

A violência contra a mulher é uma situação que está sujeita a mutações diariamente, seja em decorrência da época em que se encontra, seja motivada por legislações. Contudo, para que se pudesse chegar onde se está atualmente e diante do cenário de violência elevado, foi necessário que outras medidas acabassem por serem tomadas, razão pela qual passam a surgir diversas convenções internacionais e nacionais. No âmbito internacional tem-se como principal instrumento o Direito Internacional dos Direitos Humanos. Todavia, esse está longe de ser a única ferramenta utilizada pelas feministas e pelas mulheres na busca pela ampla vigência de seus direitos em todo os países. Há uma vasta produção evolutiva que abrange desde os instrumentos adotados e interpretados como mera analogia formal entre homens e mulheres, até os que discernem a desigualdade atribuídas às mulheres, gerando uma real necessidade de reexame na maneira como são vistos e aplicados os seus direitos. (VÁSQUEZ, 2009, p.2).

Reconhecendo a violência como uma espécie de violação aos direitos, a Organização das Nações Unidas (ONU) abriu portas para vários estados se obrigassem a tomar diversas medidas que visavam alcançar a igualdade entre homens e mulheres nas diversas áreas de atuação. O que se tem como foco são os direitos das mulheres, visto que essa segregação é tida como uma das causas da violência contra elas na sociedade. A preocupação com o reforço das medidas necessárias para punição e repressão das condutas de violência contra as mulheres nas questões relacionadas ao gênero foi o primórdio das diversas legislações que vieram a seguir depois. A Convenção da Mulher e a Convenção de Belém do Pará, algo voluntariamente assumido pelo Brasil, apresentavam como preâmbulo a afirmativa de que a violência contra a mulher constituía uma violência tanto aos direitos humanos quanto às suas liberdades básicas, limitando o reconhecimento, gozo e exercício de tais direitos pelas mulheres. Dessa forma, os estados passaram a deter a obrigação de criar medidas para não apenas prevenir, mas para investigar

e punir da devida forma o feminicídio, independente da maneira que se apresente na sociedade. (MELLO, 2018, p.39).

No Brasil, a presença de proteção na Constituição Federal, nos artigos 5º e 226, além da adoção da Lei Maria da Penha, foram importantes para que se pudesse chegar a adoção de uma qualificadora que realmente mostrasse uma preocupação com a mais grave das violências contra a mulher. (MELLO, 2018, p.93).

1.7. Lei Maria da Penha

Sendo um importante marco para que se começasse a mudar a visão patriarcal da sociedade acerca das mulheres, a Lei nº 11.340/2006, mais conhecida por Lei Maria da Penha, sofreu muita resistência para a sua inserção. No entanto, ao contrário do que se imagina, essa lei só teve sua aprovação por influência internacional. (LIMA, 2017, p.1).

Essa demanda, cujo alicerce foi o caso de Maria da Penha Fernandes, ocorrido em 1983, somente veio a obter um amparo e uma medida eficaz 18 anos após o ocorrido, ao ter o caso apresentado à Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Nesse contexto, o Estado brasileiro foi condenado por ela diante de sua negligência e omissão em relação à violência doméstica sofrida por Maria (e por outras mulheres), uma vez que considera uma violação não apenas da obrigação de processar e punir, mas também o de prevenir tais práticas aviltantes. Buscando modificar a questão da impunidade que perpetua os fatores de violência contra as mulheres, essa lei passou a cumprir o seu papel levando o gênero masculino a temê-la. Contudo, esse não foi o único reforço ao combate da violência. (VICENTIM, 2010, p.2).

O constante aumento dos movimentos feministas, aliado às implementações de delegacias especializadas ao atendimento da mulher, em 1985, veio ganhando reforço posteriormente com o princípio constitucional da família (art. 226, § 8º, CF/1988) foram extremamente importantes na questão da coibição da violência no âmbito das relações, possibilitando a criação dos mecanismos que hoje visam proteger a mulher. Essa medida acabou, portanto, por cumprir o seu dever no que se tratou de dar visibilidade e trazer a violência contra a mulher para o enfoque, não somente do Brasil, como do mundo, ainda que estivesse longe de garantir uma sensação de segurança à sociedade brasileira. Algo que fica nítido na pesquisa da data popular, que apresentou o resultado preocupante de que sete a cada 10 brasileiras acabam por se sentirem mais inseguras dentro de suas próprias casas do que em qualquer lugar público, é que, apesar do destaque da lei, metade da população ainda acaba por considerar as medidas dadas pela Justiça ineficazes na diminuição da violência contra a mulher. (MENDES, 2017, p.191-192).

Entretanto, é necessário ressaltar que ainda esteja longe de ser uma medida que cria tipos penais, a Lei Maria da Penha apresenta em seu corpo normas que especializam e ao mesmo tempo retiram institutos despenalizadores de forma a trazer com essas medidas uma maior segurança ao gênero feminino, sejam elas mulheres, travestis ou transexuais. Além de ampliar o rol do conceito de violência, que ao contrário de seguir apenas o que Direito Penal estabelece – física, moral ou imprópria – utiliza-se também do sentido sociológico, o qual conta com projetos e medidas como, por exemplo, o Projeto Violeta que visa orientar as vítimas de violência doméstica de seus direitos e da forma como podem obter por meio da Justiça medidas de Proteção de Urgência. (XAVIER, 2017, p.67-68).

Tais pedidos serão analisados pelo Juiz de forma a encontrar a mais adequada, além de assegurar a elas a proteção e segurança necessárias para que não sofram represálias dos cônjuges ou companheiros por tal atitude, incentivando-as assim a denunciarem as agressões e contribuírem para o fim da tolerância por parte da sociedade da violência contra a mulher. (GREGORI, 1993, p.27-28).

Vale ressaltar que entre o rol de sanções aplicáveis, encontram-se, além das medidas cautelares, a aplicação da prisão cautelar quando essas não conseguirem atingir o objetivo de cessação das agressões, angariando diversos projetos de lei que estão a tramitar no Congresso Nacional e que contribuíram para se chegar ao projeto e lei do feminicídio.

1.8. Projeto de Lei nº 292/2013

Advindo de uma cultura que chegou quase intacta ao século XXI e que insistia em condenar a mulher em detrimento do homem, encontra-se diariamente dificuldades em se coibir a violência contra as mulheres, principalmente quando buscando-se avaliar tal situação, acaba-se por se deparar com uma ausência de dados estatísticos confiáveis para que se estabeleça uma comparação realística. Apurando denúncias de descaso na efetiva aplicação de leis protecionistas às mulheres, e por meio de inquirições àqueles que detinham a capacidade de informação – especialistas e autoridades –, a Comissão Parlamentar Mista de Inquério da Violência Contra a Mulher se deparou com números elevados no que se referia aos assassinatos por questões de gênero. E o mais grave: a impunidade como regra para os agressores. Entretanto, apenas saber não era o suficiente; era necessário que fossem criadas medidas repreensivas de tais condutas o que culminou no encaminhamento do projeto de lei que visava a tipificação do feminicídio no Código Penal.(MACHADO, 2015, p.2).

Protocolado no Senado Federal como Projeto de Lei nº 292/2013, tal projeto tinha por sugestão uma redação que acabasse por modificar a situação de violência que se encontrava no Brasil, onde, de acordo com o relatório, existia uma taxa de 4,6 assassinatos por cem mil mulheres, o que levava o país a se enquadrar dentro dos países mais violentos. (SENADO FEDERAL, 2013, p. 3).

No entanto, tal projeto passou por modificações antes de ser encaminhado para discussão, o plenário adicionou o § 2º-A que visava esclarecer os elementos que identificavam o que seriam as “razões de gênero”, essencial para a qualificadora, além de inserir em seu § 7º, de forma inovadora, causas especiais para aumento de pena do feminicídio. A nova redação proposta pela Procuradoria da Mulher do Senado Federal manteve então o feminicídio como a morte da mulher por razões de gênero, porém, somente ocorrer em duas situações, sendo a primeira delas quando envolvesse a violência doméstica e familiar, e a segunda quando fosse em decorrência de menosprezo ou discriminação à condição do gênero. Já suas causas de aumento de 1/3 à metade da pena incidiriam quando o crime fosse praticado durante a gestação ou nos três meses posteriores ao parto; e/ou se fosse praticado contra pessoa menor de 14 e maior de 60 anos; e/ou se ocorresse na presença de descendente ou ascendente da vítima. (CAMPOS, 2015, p. 108)

Com as devidas modificações, o projeto então seguiu para a Câmara dos Deputados, onde passou a tramitar como PL nº 8.305/2014, sofrendo as alterações finais em sua redação para que efetivamente aprovado e sancionado pela Presidente da República originasse a Lei nº 13.104/2015. É importante registrar que tal legislação não apenas modificou o artigo do Código Penal, mas também se encontrou inserido no artigo 1º da Lei nº 8.072/1990 (Lei dos Crimes Hediondos),

demonstrando pela primeira vez uma preocupação real acerca da violência contra a mulher.

2. Femicídio

2.3. Lei nº 13.104/2015

A Lei nº 13.104/2015 surge então com o propósito de inserir ao campo jurídico uma qualificação acerca da conduta mais gravosa realizada contra as mulheres – o homicídio. Isto posto, e sendo mais do que apenas a “morte de uma mulher”, o feminicídio é um reconhecimento legal que vê nessa situação mais do que apenas a conduta de “matar alguém”, mas sim uma violação aos direitos humanos das mulheres decorrentes de um pensamento histórico-cultural permissivo e repressivo contra elas. (MELO, 2018, p.33).

Tal medida foi uma novidade efetiva para que a sociedade comece a modificar sua forma de pensar acerca da maneira como as mulheres são vistas, repudiando a violência contra a mulher que está longe de ser algo novo ou recente. Assim, o artigo 121, § 2º, do Código Penal, passa por uma modificação com a inserção da nova qualificadora em seu inciso VI, no qual passa então a incidir a qualificadora feminicídio, que conforme comprovam estudos, constitui-se no homicídio da mulher quando envolver violência doméstica e familiar, e/ou menosprezo ou discriminação à condição de sexo feminino. (WAISELFIZ, 2015, p.2).

Sendo assim, o homicídio, parte primordial para o enquadramento no feminicídio, tem como definição ampla, sendo suas peculiaridades abordadas adiante, o homicídio qualificado praticado contra a mulher pelas razões da condição do sexo feminino. Contudo, como anteriormente mencionado e defendido por inúmeros doutrinadores, essa nova qualificadora vai muito além do resultado fático do crime. Visando inserir uma proteção legal as vítimas que por muito tempo se viram desprotegidas, a Lei nº 13.104/2015 tenciona acabar com uma visão fundada na crença de uma soberania masculina e com os elevados números de mortes das mulheres por questões de gênero. (MOTA, 2014, p.123).

2.3.1. Conceito de Femicídio

Ainda que não se encontre na doutrina um conceito equalizado para feminicídio, seu significado se mostra invariável. Tal definição pode ter tida como um extremo *continuum* de terror antifeminino ou, conforme Pasinato (2011) estabelece, é o ponto final de um *continuum* de terror aos quais as mulheres se encontravam submetidas ao longo de suas vidas, não havendo outra razão – como raça, etnia ou geração – para o cometimento de tal crime além do simples fatos de serem mulheres (CAPUTI, 1992, p.15).

Contudo, é notório que ainda há um grande desconhecimento por parte da sociedade acerca de sua definição. Dessa forma, é extremamente importante que se saiba que não se enquadra em feminicídio todos os homicídios cuja vítima seja mulher, mas sim aquelas onde se encontre presente a violência doméstica cujo conceito se encontra presente dentro da legislação Maria da Penha. Tendo por definição, portanto, a violência física, psicológica, sexual, patrimonial ou moral quando praticado em uma situação relação íntima de afeto, familiar ou unidade doméstica, resultando em lesão, morte ou outros tipos de sofrimento; e que decorra do menosprezo pela condição de ser mulher, ou seja, entendendo-se que ela encontra-se em uma posição inferior por conta dessa condição – sendo importante observar que atualmente o conceito jurídico de mulher encontra-se em constante

debate quanto à sua definição, podendo ser considerado por meio de três critérios: psicológico, biológico ou jurídico. (CARAMIGO, 2015, p.15-16).

2.4. Espécies de Femicídio

Antes de se adentrar as espécies propriamente ditas, é essencial que se conheça quais são as suas definições para a doutrina, que atualmente encontra-se dividida entre aqueles que pensam em feminicídio de uma forma mais abrangente: mortes das mulheres em decorrência de uma falha ou omissão não necessariamente advindo de um ato ilícito (delito) – intenção de matar; ou de uma forma mais restritiva: aqueles para os quais a morte se encontra revestida de dolo, cuja motivação se baseia numa questão misógina. (MELO, 2018, p.146).

No entanto, a maior dificuldade vista por diversos doutrinadores em sua segregação encontra-se na falta de dados oficiais que realmente formem uma base de conhecimento formada pelo número de mortes decorrentes desse tipo de violência e seus contextos. Separando esse tipo de delito dos crimes passionais em que se têm uma causa minorante de pena dos crimes comuns, nos quais não se considera uma questão histórica, o feminicídio ainda que não tenha uma formulação exata, apresenta algumas características e tipos. Dessa forma, essa ocorrência de violência pode ser de três tipos: íntimo, não íntimo, e por conexão. (PASINATO, 2011, p.235).

2.4.1. Femicídio íntimo

Tem-se por feminicídio íntimo aquele cometido por companheiro/homem com quem a vítima apresenta ou já teve uma relação íntima, familiar ou de convivência. Ou seja, aqueles que acabam por serem realizados por maridos, companheiros ou parceiros sexuais, quer estejam em um relacionamento no momento da ocorrência, quer sejam relacionamentos passados, ou ainda por qualquer pessoa cuja vítima detinha uma relação familiar, ou de reles convivência. Motivados por questões passionais, razão pela qual anteriormente era confundido e inserido nessa espécie de crime, o ciúme, a posse e a não aceitação acabam por serem os grandes motivadores desses casos. Tal espécie, portanto, e conforme apontam estudos, é atualmente o mais comum dentre todos. (XAVIER, 2017, p.62-63).

Já no que se trata das ocorrências de relações familiares, essas por sua vez estão geralmente ligadas aos princípios e a honra que a família tem como correto. Ao fugirem do padrão esperado, com condutas que transgridem o “certo”, mulheres e meninas acabam sendo mortas, ainda que se tratem apenas de presunções de comportamentos. Acreditando estarem protegendo a reputação ilibada da família, essas violências acabam por ocorrer dentro das casas e por aqueles que as deveriam proteger. Religião, acobertamentos, ciúmes, sentimentos de posse, honra, são apenas algumas das motivações que circundam a ocorrência desses crimes e que têm por denominação o feminicídio íntimo. Contudo, vale lembrar que essa qualificadora é bem mais do que apenas o matar, mas sim o matar em uma situação envolvendo uma situação de violência familiar/doméstica e/ou em decorrência de menosprezo a sua condição do sexo feminino – que será abordado posteriormente. (MENDES, 2017, p. 216).

Enxergando muitas vezes como parte de uma tradição cultural, ainda não é possível que se tenha um número exato de quantos assassinatos motivados por esses sentimentos e princípios vem ocorrendo, porém é possível que se saiba que ainda que nem todos sejam reportados, há um número elevado de casos que

ocorrem diariamente – motivo pelo qual foi importante e necessário que medidas fossem tomadas para retirar esse estigma favorável para suas ocorrências. (MOTA, 2014, p.22).

2.4.2. Femicídio não-íntimo

Tem-se por feminicídio não-íntimo aquele cometido por quem a vítima apesar de nutrir uma relação de confiança, hierarquia e até mesmo amizade, não possuía relações íntimas, familiares ou de convivência. Inserem-se nesses casos que acabam por serem cometidos por empregadores ou colegas de trabalho, por amigos e até mesmo por desconhecidos. Tais crimes podem ainda ser classificados em dois subgrupos: feminicídios sexuais – quando houve a ocorrência de prática de violência sexual; ou feminicídios não-íntimos, quando essa prática não ocorre. (MELO, 2018, p.27-28).

Essa prática é muito comum de ocorrer também em profissões que são subjugadas ou mal-vistas perante a sociedade. Casos como mortes de prostitutas podem se encaixar na categoria, visto que ainda que não decorram de uma situação de relação doméstica, se encaixam nessa hierarquia tida na profissão. Tendo por muitos anos sendo excluídas ou vistas como não merecedoras e dignas de confiança de estarem em diversos cargos, esses crimes acabam por mostrarem resquícios dessa não aceitação da inserção das mulheres nas diversas esferas sociais. (MENDES, 2017, p.63-64).

2.4.3. Femicídio por conexão

Por último, tem-se o feminicídio por conexão, aquele que ocorre quando a vítima encontra-se em situação de risco e morte por estar próxima quando o agressor tentava realizar tal ato contra outra mulher. Ou seja, são aqueles cometidos não visando a sua morte, mas que acabam por ocorrer ao tentar impedir o crime contra outra mulher. Aqui independe a espécie de relacionamento entre agressor e vítima, visto que em muitos casos podem ser até mesmo cometido por um desconhecido. Contudo, tal crime reforça a mesma linha essencial dessa violência: a intenção de matar uma mulher em menosprezo a sua condição de ser mulher. (MELO, 2018, p.27-28).

Independente de sua espécie, a motivação é sempre a mesma, quer seja decorrente de uma relação familiar ou doméstica, quer seja sem sequer nutrir qualquer espécie de vínculo, quer seja até mesmo por se encontrar na “linha de fogo”. Contudo, tais espécies se mostram importantes para retirarem estigmas de que protegem essas intenções violentas, afastando a tendência de culpar a vítima em detrimento do agressor, ocultando assim o verdadeiro caráter e dimensão dessa problemática. (GOTINSKI, 2018, p.18-19).

2.5. Características do Femicídio

Conforme explicitam os doutrinadores, essa qualificadora do homicídio tem por objetivo caracterizar o assassinato de mulheres em razão de seu sexo, abrangendo bem mais do que a rele violência contra a mulher, mas sim uma aura de insegurança e pânico criado por meio de perseguição seguida de morte a partir das mais diversas agressões físicas, psicológicas e patrimoniais das quais pôde-se ter como exemplo os abusos físicos e verbais, estupros, formas de torturas e escravidão sexual e mutilações, dentre outras. (TEIXEIRA, 2016, p.55-56).

Isto posto, essa agressão contra as mulheres pode ser espitulada como universal e estrutural, além de se fundamentar como um arremate entre as

diferenças de poder entre as classes, sendo circunstância essencial para a manutenção dessa situação. Sendo essencial que se observe que não se trata de um acontecimento esporádico na vida de determinadas mulheres, mas sim um resultado de uma reiterada série de atos violentos justificado historicamente pelo domínio patriarcal. (PASSINATO, 2011, p. 225-226).

2.5.1. Crime hediondo

Tem se por crime hediondo, conforme explicita Rafael Ricardo Xavier (2017, p.25), quando as condutas utilizadas apresentam maior reprovabilidade aumentando a sanção a ser aplicada – um estudo que virá a ser de grande importância para a análise da nova inserção penal: o Femicídio. (XAVIER, 2017, p.73-74).

Tais condutas são aquelas cujos motivos denotem crueldade, perigo comum, que dificulte ou torne impossível a defesa da vítima ou praticadas como uma forma de atingir um determinado fim reprovável podendo ainda ser divididas em: motivos (paga, promessa, motivo torpe ou fútil), meios (mediante emprego de veneno, fogo, explosivos), modo (mediante traição, emboscada, dissimulação) e as de fins (visando assegurar a execução, impunidade). Sendo aquele de paga quando o sujeito já recebe de forma antecipada pelo crime; o de promessa quando o recebimento está ligado à execução do homicídio e em ambas obrigatoriamente havendo um concurso de pessoas ainda que não se comuniquem as circunstâncias pessoais; o do motivo torpe quando vai contra o sentimento ético e social das pessoas; enquadrando-se em fútil quando é motivado por algo sem relevância ou cujo motivação seja desproporcional ao ato cometido e até mesmo quando inexistir qualquer motivação para tal; e assim por diante, conforme exposto no Código Penal e explicado por seus doutrinadores. (PRADO, 2018, p.343).

Outro ponto importante, é que tem-se por crime hediondo quando determinadas circunstâncias irão influenciar na qualificação do crime de forma a aumentar ou diminuir a sanção que virá a ser aplicada, e na qual, mesmo apresentando forma livre, encontram-se mecanismos diretos, indiretos, materiais ou morais fundados no dolo, ou seja, na vontade direta ou eventual de alcançar o resultado. Dessa forma, diante de uma exarcebada reprobabilidade de conduta em que, se há o assassinato de uma mulher por razões de seu sexo, é que surgiu a necessidade da inserção nesse rol o feminicídio. Demonstrando assim que tal crime não seria mais visto de forma irrelevante, mas sim como uma conduta a ser reprimida e excluída da sociedade. (MELLO, 2018, p.14-15).

2.5.2. Agravantes da pena

Consoante a todas as demais penas já aplicadas anteriormente, a Lei nº 13.104/2015 também previu em seu texto legal, § 7º, causas em que há a incidência de aumento de pena de um terço até a metade. No entanto, para que as agravantes ocorram é necessário que esses fatores sejam de conhecimento do agente antes da ocorrência do delito, ou seja, é necessário que tenha adentrado a esfera de conhecimento para que não incida em erro de tipo, não podendo ser aplicada o aumento de pena. Ou seja, não basta apenas que seja praticado nas situações elencadas acima, é necessário que se detenha o conhecimento antes da prática para a sua incidência. (MELLO, 2018, p.147-148).

2.5.3. Condições para configuração como “sexo feminino”

Outro fator importante acerca dessa qualificadora são as suas condições específicas para isso. Ainda que grande parte da população veja qualquer morte de

mulher como espécie de feminicídio, é importante salientar que não é assim que ocorre sua incidência.

Conforme observado anteriormente, para a sua qualificação é necessário que tal violência ocorra dentro de uma situação de violência doméstica ou familiar, ou ainda que tenha sido cometido por menosprezo ou discriminação à condição de mulher. (CUNHA, 2014, p.1).

Contudo, ainda há uma grande problemática envolvendo essa questão, uma vez que tal expressão revela uma diminuição de conteúdo, identificando as mulheres com o sexo, ou seja, considerando questões biológicas e não de seu gênero e suas diversas variáveis, tais como sua identidade e sua subjetividade de gênero. Problemática essa decorrente das diversas variações ocorridas na lei que acabou por sofrer três emendas até que fosse aprovada como a que se vê atualmente presente na legislação. Modificando o termo “por razões do gênero” para “por razões de sexo feminino”, há uma barreira a doutrina e jurisprudência de aplicar o dispositivo legal considerando mais do que apenas o sexo biológico – sistema rompido pelas feministas há muito na história. Algo muito bem exposto por Judith Butler, que elenca que não há o que garanta que quem se torna mulher seja necessariamente uma fêmea, ou seja, pertencente biologicamente ao sexo feminino. (CAMPOS, 2015, p.110-111).

No entanto, e conforme se extrai do artigo 1º da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Mulheres (em inglês, *Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women – CEDAW*), existe o menosprezo a condição da mulher em razão de seu sexo quando o agressor pratica o crime decorrente da ausência ou em grau mínimo de apreço pela vítima, o que leva a manifestações de desprezo por meio de atos de tortura, estupro, agressões, dentre outros enquanto há discriminação quando se vê qualquer forma de exclusão ou restrições baseadas em seu sexo com objetivo de suprimir o exercício de sua liberdade e direitos, seja em qual for a esfera social. (MELLO,

Tem-se então como característica essencial a motivação de matar uma mulher pela sua condição feminina, por um pensamento de que por ser mulher seria um ser inferior, sem vontades ou que deveria continuar atada a um padrão, que, como anteriormente citado, usava como base o domínio masculino sobre elas – patriarcado. De qualquer forma, é importante que se saiba que o feminicídio é bem mais do que apenas uma forma de discriminação ou proteção da mulher em detrimento dos demais, é uma medida que visa combater uma visão há muito arraigada à sociedade que menospreza seus direitos sem nenhuma razão que realmente a justificasse. Essa qualificadora, como já visto, não é apenas a morte de uma mulher, mas sim, a morte de uma mulher que se vê em situações específicas cuja motivação é esse menosprezo a sua condição de sexo (ainda que para muitos o correto seria gênero) sendo necessário a observância de tais circunstâncias para sua correta aplicação e eficácia naquilo que se propõe a realizar. (TEIXEIRA, 2018, p. 57-58).

3. Eficácia da qualificadora no Brasil

3.1. Análises sobre a efetividade da Lei nº 13.104/2015

Quanto a efetividade da legislação que prevê em seu corpo a inserção da qualificadora feminicídio ao seu ordenamento penal, é necessário uma análise ampla e que possibilite a explanação das razões pela qual ao mesmo tempo em que

se pode dizer que é sim efetiva para alguns doutrinadores outros discordam na mesma intensidade.

3.1.1. A efetividade da lei e sua eficácia

Ainda que se apresente apenas como uma medida de punição quando ocorre o homicídio da mulher por razões de gênero, a Lei nº 13.104, de 2015, é sim uma medida eficaz ao descaracterizar uma cultura patriarcal na qual a mulher era vista como posse do homem que possuía plenos direitos de violar à sua integridade em defesa de sua honra, e dar visibilidade a um problema arraigado e que muitas vezes se encontra escondido no contexto familiar. (GOTINSKI, 2018, p.176).

Assim, ao dar destaque ao problema envolvendo a discriminação contra a mulher pelo simples fato de ela ser mulher, a Lei do Feminicídio acaba por propiciar um conhecimento maior acerca da gravidade das constantes violências sofridas por elas, de forma a fazer com que o Estado se sinta pressionado a adotar e criar políticas públicas que coíbam o feminicídio e a discriminação ao sexo feminino. (MOTA, 2014, p.124).

Outro ponto que demonstra a sua eficácia é a conquista alcançada pelas mulheres que por tanto tempo se viram desamparadas e agora se encontram respaldadas de forma efetiva, visto que a inclusão da qualificadora apenas fez com que algo já existente – o homicídio qualificado por motivo torpe – tivesse a pena adequada a ele: a referente ao crime hediondo e com a devida nomenclatura. (TEIXEIRA, 2016, p. 93-94).

Sendo assim ainda que haja uma clara sensação de insegurança devido à ineficácia da aplicação das medidas tais como deveriam ser, a proteção atribuída à mulher não apenas por essa lei, mas por outras que se encontram relacionadas a ela, faz com que haja aos poucos uma mudança na mentalidade da sociedade que passa a ver à mulher não mais como apenas uma vítima indefesa, mas como um bem tutelado e protegido de forma a desencorajar tais atitudes se mostrando sim um importante passo no combate à violência contra a mulher. (MELLO, 2018, p.143).

3.1.2. A impraticabilidade da lei e sua ineficácia

Em contrapartida, há aqueles que digam que a inserção da qualificadora do feminicídio no Código Penal brasileiro não é uma forma eficaz contra à violência da mulher uma vez que além de reforçar a questão da desigualdade entre os gêneros ainda abre brecha para que violências ainda mais graves venham a ser cometidas contra elas. (ANDRADE, 2005, p.80-81).

Isto posto, há ainda aqueles que vão além reforçando a desnecessidade da lei e equiparando-a a um desastre técnico onde reforma algo de forma desnecessária, desrespeitando princípios e acrescentando características que fogem a lógica e demonstram um claro desequilíbrio nas relações protegendo as mulheres em detrimento dos direitos dos homens. (MELLO, 2018, p.137).

Outro ponto em que há a demonstração da não eficácia do combate à violência é que ao invés de apenas assegurar as mulheres uma proteção a sua integridade, ela acaba por criar uma situação de insegurança jurídica para o outro lado ao atribuir penas mais gravosas em meio a características de um crime que se mostra quase impossível de ser descaracterizado, ou seja, vai contra aquilo que se encontra previsto na própria Constituição Federal, de 1988, em seu artigo 5º. (MENDES, 2017, p. 216-217).

E isso sem falar daqueles que afirmam que tais medidas contrariam a tendência minimalista do Direito Penal, não devendo ser atribuído a ele a

responsabilidade para o combate a esse tipo de violência, uma vez que existem outras formas muito mais eficazes para que se haja mudanças reais nessa situação de forma à evitar a discriminação sem ter que colocar as mulheres em um patamar diferenciado de proteção que se mostra uma medida exacerbada. (MELLO, 2018, p. 192).

Considerações Finais

Sendo uma legislação extremamente recente, visto que a inserção da qualificadora do feminicídio só veio a ocorrer em 2015, é extremamente complicado afirmar que a lei está conseguindo adimplir o seu objetivo cumprindo de forma eficaz àquilo que se propôs. Com um histórico de violência e um pensamento patriarcal, inovações legislativas tem sido cada vez mais necessárias ao ordenamento jurídico para a defesa do gênero, o que não é algo fácil de ser alcançado.

O presente artigo teve por cerne a busca pela resposta se: “A Lei nº 13.104/2015 é eficaz no combate à violência do gênero?”. Tal resposta não é fácil de ser alcançada. Contudo, o que se têm observado é que a medida, ainda que não tenha apresentado resultados nítidos de mudanças, demonstra sim o início de medidas que podem vir sim a se tornar essenciais para a questão da violência. Tal legislação adotada pelo Estado se mostra extremamente importante na mudança não apenas no plano fático como também no cultural, visto que por muitos anos o que se teve foi uma proteção ao agressor que tinha liberdades, até mesmo, dadas pelo legislador.

O presente artigo, portanto, teve por objetivo a análise da eficácia da lei naquilo para o qual foi criada: a defesa da mulher contra a violência mais grave de todas, o homicídio. Trazendo para tanto uma análise de uma cultura extremamente patriarcal e machista que acabou por ser o cerne do desenvolvimento das mais diversas violências e seus desdobramentos dentro da legislação. Tendo também por objetivo: investigar o contexto histórico da violência contra a mulher; examinar a qualificadora feminicídio e sua aplicação; discutir a eficácia da Lei como medida de proteção.

Tal temática se mostra de extrema importância a ser discutida uma vez que faz parte do cotidiano da maioria das pessoas que integram a sociedade, seja de forma direta ou indireta, e tem galgado destaque em decisões do judiciário e até mesmo na mídia; já para a ciência, adquire grande valor devido as alterações em seu sistema interno; enquanto para a sociedade se mostra não apenas um reles estudo, mas uma explicação de forma mais simples para algo que tem desenrolares tão complexos.

Dessa forma, a eficácia da lei, se baseada em se reconhecer o ato de violência contra a mulher que resulta em morte, tem sido muito positiva devido a cada vez mais se tem conhecimento de suas aplicações da forma para a qual foram criadas. Já se baseado em uma diminuição dos crimes, não é possível dizer nem que sim e nem que não, visto que ainda que se tenha um número bastante elevado de notícias sobre a falta de dados anteriores, se mostra um grande problema para obter resultados precisos.

Por tanto, o que se pode observar é que a lei trouxe aspectos positivos mostrando a sua eficácia em diversos pontos dentro dos seus objetivos, ao mesmo tempo a sua ineficácia – pelo menos por enquanto – no que tange a eliminação da discriminação contra a mulher. Concluo então que o decurso de tempo se faz necessário para que se possa observar de forma concreta o desenrolar na sociedade mediante alteração da legislação.

Referências

ADICHIE, Chimamanda Ngozi. **Sejamos Todos Feministas**. São Paulo: Companhia das Letras, 2014. 24 p.

ANDRADE, Vera Regina Pereira. **A soberania patriarcal: o sistema de justiça criminal no tratamento da violência sexual contra a mulher**. Revista de Direito Público, n.17, jul.-ago.-set./2007. p. 52-75.

BLAY, Eva Alterman. **Violência contra a mulher e políticas públicas**. Estud.av. 2003, vol. 17, n.49, p.87-98.

BRASIL. Senado Federal. **Relatório Final da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito para investigar a situação da mulher vítima de violência no Brasil**. 2013. Acesso em: 10 setembro 2019. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/institucional/omv/entenda-a-violencia/pdfs/relatorio-final-da-comissao-parlamentar-mista-de-inquerito-sobre-a-violencia-contra-as-mulheres>.

CAMPOS, Carmen Hein de. Femicídio no Brasil: uma análise crítico-feminista. **Revista Eletrônica da Faculdade de Direito** da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre. Vol. 7, nº 1, jan/jun 2015. Disponível em: <http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/sistemapenaleviolencia/article/download/20275/13455>. Acesso em: 25 abril 2019.

CAPUTI, Jane; RUSSEL, Diana. **Femicide: sexista terrorism against women**. In: Femicide: the politics of woman killing. Ed. Jill Radford and Diana E. H. Russel. Nueva York, Twayne, 1992.

CARAMIGO, Denis. **Feminicídio: breves considerações acerca do novo tipo penal estabelecido pela Lei 13.104, de 9 de março de 2015**. Bonijuris: Curitiba n.627.

CASTELLS, Manoel. **O poder da identidade**. Vol. II, Cap. 4, 2000.

CUNHA, Rogério Sanches. **Lei do feminicídio: breves comentários**. 2014. Acessado em: 15 de maio de 2019. Disponível em: <https://rogeriosanches2.jusbrasil.com.br/artigos/172946388/lei-do-feminicidio-breves-comentarios>.

ENGEL, M. G. **Paixão e morte na virada do século**. n. 328. jul. 2005. Acesso em 16 de set. 2019. Disponível em: <http://observatoriodaimprensa.com.br/marcha-do-tempo/paixao-e-morte-na-virada-do-seculo/>.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. 14 ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1997.

GONÇALVES, Jonas Rodrigo. **Metodologia Científica e Redação Acadêmica**. 7.ed. Brasília: JRG, 2015.

GOSTINSKI, Aline; BISPO, Andrea Ferreira; MARTINS, Fernanda (Org.). **Estudos Feministas por um mundo menos machista**: Volume III. 1.ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

GRECO, Rogério, BITENCOURT, Cezar Roberto e SANCHES, Rogério. **Lei do feminicídio**: breves comentários. Acessado em: 15 de maio de 2019. Disponível em: <https://rogeriosanches2.jusbrasil.com.br/artigos/172946388/lei-do-femicidio-breves-comentarios>.

LIMA, Camila Machado. O caso Maria da Penha no Direito Internacional. A pressão externa fomentando mudanças em uma nação. 2017. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 23, n. 5369.

MACHADO, 2015. apud: OLIVEIRA, Ana Carolina. Gondim de. A; COSTA, Mônica Josy Souza; SOUZA, Eduardo Sérgio Soares. **Femicídio e Violência de Gênero**: Aspectos Sóciojurídicos. Revista Online do CESED – Centro de Ensino Superior e Desenvolvimento. Vol. 16, nº 24/25.

MELERO, Maria Beatriz Gimbo. **Femicídio na Lei**: crime hediondo de violência fatal contra a mulher. São Paulo: Edições Kindle KDP, 2017. E-book.

MELLO, Adriana Ramos de. **Femicídio**: uma análise sociojurídica da violência contra a mulher no Brasil. 2.ed. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2017. 220 p.

MENDES, Soraia da Rosa. **Criminologia Feminista**. São Paulo: Saraiva, 2014.

MOTA, Maria Dolores de Brito (Org.). **Mulheres, Violências e Femicídio**: Práticas discursivas e políticas públicas. Fortaleza: NEFIG – UFC, 2014.

PASINATO, W. **“Femicídios” e as mortes de mulheres no Brasil**. Cadernos **Pagu**, (37), 2016. p.219-246.

SEGATO, Rita Laura. **Que és un feminicídio**: notas para un debate emergente. Universidade de Brasília, Departamento de Antropología, 2006. Acesso em: 11 de maio 2019. Disponível em: <http://cuentaconmigo.org.mx/articulos/segato.pdf>.

TEIXEIRA, Jorge Otávio Alvorcem. **Femicídio**: Lei 13.104/2015 protege mulheres vítimas de violência doméstica. Caxias do Sul: Impressos Portão, 2016. 171 p.

VÁSQUEZ, Pastilí Toledo *et al.* **Femicídio**. 2009. Acesso em: 05 fev. 2019. Disponível em: http://www.sidocfeminista.org/images/books/13050/13050_00.pdf.

VICENTIM, Aline. A trajetória jurídica internacional até formação da lei brasileira caso Maria da Penha. In: **Âmbito Jurídico**, Rio de Janeiro, XIII, n. 80, set. 2010. Acesso em: 5 fev. 2014. Disponível em: http://ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&antiago_id=8267.

WASELFIZ, Jacob. **Mapa da Violência 2015**. Acesso em: 01 fev. 2019. Disponível em: https://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2015/MapaViolencia_2015_mulheres.pdf.

XAVIER, Rafael Ricardo. **Feminicídio**: Análise jurídica e estudo em consonância com a Lei Maria da Penha. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.



**Revista Processus de Estudos de
Gestão, Jurídicos e Financeiros**

**ISSN: 2237-2342 (impresso)
L-ISSN: 2178-2008 (on-line)**

Ano X, Vol. X, n.39, jul./dez., 2019.

Tramitação editorial:

Data de submissão: 30/07/2019.

Data de reformulação: 15/09/2019.

Data de aceite definitivo: 30/11/2019.

Data de publicação: 20/12/2019.

**Editor-chefe: Jonas Rodrigo
Gonçalves**

REFLEXOS DA SENTENÇA TRABALHISTA NO INSS
Reflections of the labor sentence inss
Reflexiones de la insencia de trabajo inss

Me. Lourivania Soares de Lacerda¹
MSc. Juliana de Oliveira Xavier Ribeiro²

Resumo

Objetiva-se com o presente artigo a análise dos reflexos provocados pela sentença trabalhista perante o órgão responsável pela previdência social, denominado de INSS. Isto porque, a eficácia de tal sentença tem gerado polêmicas na jurisprudência trabalhista brasileira, pois há uma resistência por parte dos órgãos administrativos previdenciários, no sentido de não reconhecer a sentença e o acordo judicial trabalhista como prova única do tempo de serviço para fins de concessão de benefícios. Todavia, após a EC nº 20 de 1998, houve uma ampliação da competência da Justiça do Trabalho para executar as contribuições previdenciárias decorrentes de suas decisões, tornando a partir daí um grande avanço de inegável valia e qualificação desta Justiça Especializada, pois além de resguardar os direitos dos trabalhadores, também serviu de meio fiscalizatório, e tão importante quanto,

¹ Possui graduação em Direito - Faculdades Integradas do Planalto Central (2006) e mestrado em LL.M.EUR European Legal Practice/ Joint Degree pela Universidade Católica Portuguesa de Lisboa (2009), especialista em Direito Público pelas Faculdades Integradas do Planalto Central (2011) e Direito Previdenciário pelo Instituto Nacional de Ensino Superior e Pesquisa (2016).

² Doutoranda em Direito pela Universidade Autónoma de Lisboa, Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professora e coordenadora acadêmica do Instituto Nacional de Formação Continuada (INFOC). Professora de diversos cursos jurídicos de atualização.

foram os montantes que se passou a arrecadar para os cofres da Autarquia Previdenciária vertidos da execução perante a Justiça do Trabalho, o que sem dúvidas auxilia sobremaneira o sustento da Seguridade Social. Posteriormente, o entendimento jurisprudencial foi se consolidando nesse sentido, sobretudo com o advento dos enunciados das súmulas nº 31 e 34 da TNU (Turma Nacional de Uniformização de jurisprudência), as quais consideram a anotação na CTPS decorrente de sentença trabalhista homologatória prova constitutiva para fins previdenciários”, cujo início deve ser contemporâneo à época dos fatos a provar”.

Palavras chave: Sentença trabalhista. Anotação na Carteira de Trabalho. Início de prova material para fins previdenciários.

Abstract

The objective of this article is to analyze the reflexes provoked by the labor sentence before the social security body, called INSS. This is because, the effectiveness of such a sentence has generated controversy in the Brazilian labor jurisprudence, because there is a resistance on the part of the social security administrative bodies, in the sense of not recognizing the sentence and the labor judicial agreement as a single proof of the time of service for concession purposes. of benefits. However, after EC No. 20 of 1998, there was an extension of the jurisdiction of the Labor Court to execute the social security contributions resulting from its decisions, making from then on a great advance of undeniable value and qualification of this Specialized Justice, because besides safeguarding the workers' rights, also served as a means of enforcement, and just as important, were the amounts that began to be collected for the coffers of the Social Security Authority poured from execution before the Labor Court, which undoubtedly helps the support of Social Security. Subsequently, the jurisprudential understanding was consolidated in this sense, especially with the advent of the statements of the summaries 31 and 34 of the TNU (National Classification of Uniformization of jurisprudence), which consider the annotation in CTPS resulting from homologation labor judgment constitutive proof for purposes social security”, whose beginning must be contemporary to the time of the facts to prove”.

Keywords: Labor Sentence. Note in Work Wallet. Start of material test for social security purposes.

Resumen

El objetivo de este artículo es analizar los reflejos provocados por la sentencia laboral ante el organismo de seguridad social, llamado INSS. Esto se debe a que la efectividad de dicha sentencia ha generado controversia en la jurisprudencia laboral brasileña, porque existe una resistencia por parte de los órganos administrativos de la seguridad social, en el sentido de no reconocer la sentencia y el acuerdo judicial laboral como una prueba única de la duración del servicio para fines de concesión. de beneficios. Sin embargo, después de la CE No. 20 de 1998, hubo una extensión de la jurisdicción de la Corte Laboral para ejecutar las contribuciones a la seguridad social derivadas de sus decisiones, haciendo desde entonces un gran avance de valor innegable y calificación de esta Justicia Especializada, porque además de salvaguardar el Los derechos de los trabajadores, también sirvieron como un medio

para hacer cumplir, e igual de importante, fueron los montos que comenzaron a recaudarse para las arcas de la Autoridad de Seguridad Social vertidas de la ejecución ante el Tribunal Laboral, lo que sin duda ayuda al apoyo de la Seguridad Social. Posteriormente, la comprensión jurisprudencial se consolidó en este sentido, especialmente con el advenimiento de las declaraciones de los resúmenes 31 y 34 de la TNU (Clasificación Nacional de Uniformización de Jurisprudencia), que consideran la anotación en CTPS como resultado de la homologación de la prueba de juicio laboral para propósitos seguridad social ", cuyo comienzo debe ser contemporáneo a la época de los hechos a probar".

Palabras clave: Juicio laboral. Anotación en la tarjeta de trabajo. Inicio de pruebas materiales para fines de seguridad social.

1 Introdução

O Direito do Trabalho e o Direito Previdenciário, embora sendo dois ramos autônomos da ciência jurídica, estão diretamente relacionados em vários aspectos, sobretudo porque fazem parte dos Direitos Sociais previstos no art. 6º da Constituição Federal Brasileira, que dispõe:

Art. 6º **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 à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (grifamos)

Exemplo dessa relação tão estreita é a Carteira de Trabalho e Previdência Social, pois quando anotado um vínculo empregatício na CTPS, formalizando, assim, a relação de emprego, automaticamente é criada uma relação previdenciária, ou seja, o trabalhador torna-se filiado ao Regime Geral de Previdência Social ante o exercício da atividade remunerada, e isso ocorre devido ao caráter compulsório de contribuições vertidas à Previdência Social a cargo do empregador.

Um segundo exemplo da referida relação são os efeitos de uma sentença trabalhista perante o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), órgão responsável pela gerência da **Previdência Social**, sendo esta, por sua vez, **incumbida de “assegurar aos seus beneficiários meios indispensáveis de manutenção, por motivo de incapacidade, idade avançada, desemprego involuntário, encargos de família e reclusão ou morte daqueles de quem dependiam economicamente”**, conforme previsto no Art. 1º da Lei 8.213/91.

Assim, é objetivo do presente trabalho a análise dos reflexos provocados pela sentença trabalhista perante a autarquia federal previdenciária, denominada de INSS. Isto porque, a eficácia de tal sentença tem gerado polêmicas na jurisprudência trabalhista brasileira, pois há uma resistência por parte dos órgãos administrativos previdenciários, no sentido de não reconhecer a sentença e o acordo judicial trabalhista como prova única do tempo de serviço para fins de concessão de benefícios.

2. Disposições legais acerca da justiça especializada do trabalho e de suas decisões

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu art. 114, ao definir as competências da Justiça do Trabalho, dedicou a ela a execução, de ofício,

das contribuições sociais previstas no art. 195, e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir.

Dessa forma, compete ao Juiz do Trabalho a execução *ex officio* das contribuições previdenciárias oriundas do vínculo reconhecido. Em outras palavras, ainda que não seja requerido pelas partes, é dever do Magistrado observar se as contribuições devidas à Previdência Social foram devidamente quitadas, quando do reconhecimento de uma prestação laboral.

Outrossim, *ex vi* do Art. 832 da CLT, além dos requisitos essenciais inerentes às decisões judiciais em geral (art. 489 do NCPC), quais sejam, relatório, fundamentação e dispositivo, ao proferir a sentença o magistrado trabalhista está obrigado a cumprir outras exigências legais afetas à Previdência Social, vejamos:

(...)

§ 3º As decisões cognitivas ou homologatórias deverão sempre indicar a natureza jurídica das parcelas constantes da condenação ou do acordo homologado, inclusive o limite de responsabilidade de cada parte pelo recolhimento da contribuição previdenciária, se for o caso.

§ 4º A União será intimada das decisões homologatórias de acordos que contenham parcela indenizatória, na forma do art. 20 da Lei n. 11.033, de 21 de dezembro de 2004, facultada a interposição de recurso relativo aos tributos que lhe forem devidos.

§ 5º Intimada da sentença, a União poderá interpor recurso relativo à discriminação de que trata o § 3º deste artigo.

§ 6º O acordo celebrado após o trânsito em julgado da sentença ou após a elaboração dos cálculos de liquidação de sentença não prejudicará os créditos da União.

§ 7º O Ministro de Estado da Fazenda poderá, mediante ato fundamentado, dispensar a manifestação da União nas decisões homologatórias de acordos em que o montante da parcela indenizatória envolvida ocasionar perda de escala decorrente da atuação do órgão jurídico.

A Lei que institui o Plano de Custeio, Lei nº 8.212/91, prevê em seu Art. 43 a seguinte redação: "nas ações trabalhistas de que resultar o pagamento de direitos sujeitos à incidência de contribuição previdenciária, o juiz, sob pena de responsabilidade, determinará o imediato recolhimento das importâncias devidas à Seguridade Social".

Consta, ainda, no § 1º do mesmo artigo que "nas sentenças judiciais ou nos acordos homologados em que não figurarem, discriminadamente, as parcelas legais relativas à contribuição previdenciária, esta incidirá sobre o valor total apurado em liquidação de sentença ou sobre o valor do acordo homologado".

O procedimento da execução de ofício é detalhado pela Lei 10.035/00. Esta determina que os cálculos sejam feitos pelas partes ou pelo contador designado pelo Juiz do Trabalho, devendo a União ser intimada para manifestar-se em 10 dias, sob pena de preclusão. (Ivan Kertzman, 2012, p. 86).

2. 1. A Sentença Trabalhista utilizada como meio fiscalizatório Estatal

O intuito da Lei é fiscalizatório e arrecadador em prol do ente previdenciário no combate a sonegação de impostos, pois quando um empregador não formaliza o vínculo com seu empregado, tem por pretensão evitar ou reduzir despesas, diante da alta carga tributária na folha de pagamento dos funcionários, que, no caso do Brasil pode ser considerada como uma das maiores do mundo.

Essa medida que utiliza a sentença trabalhista para fiscalização de impostos tornou o judiciário um forte aliado no recolhimento das contribuições previdenciárias, entretanto não ficou isenta de críticas. Uma delas seria o aparato eficaz de arrecadação de que dispõe o Estado em detrimento ao intento protetivo da técnica de abrigo social denominada Previdência, que deixa muito a desejar ante os inúmeros benefícios concedidos mediante fraude, enquanto aqueles que realmente necessitam e têm direito a um benefício, precisam se socorrer às vias judiciais.

Infelizmente, a corrupção existe em nosso país desde longa data, para não dizer, desde o seu descobrimento por Portugal. Então, para mascarar a relação de emprego e se livrar de uma demanda judicial, o empregador pratica atos no intuito de burlar a lei, emitindo recibos de pagamento de autônomo, ou exigindo o registro do profissional como empresário na junta comercial, moldando uma situação que o beneficia.

Todavia, o juiz do trabalho, atento ao dever de persecução da verdade, através da vertente do Princípio da Primazia da Realidade, deve perseguir a busca dos fatos sobre as formalidades do processo, haja vista a condição de superioridade em que se encontra o empregador, na busca da aplicação do **Princípio da Proteção** e do *in dúbio pro misero*, ambos aplicados ao Direito Previdenciário.

Uma segunda crítica, diz respeito ao valor probatório da sentença trabalhista quando da concessão de benefícios na via administrativa, pois para o INSS, não será admitida como eficaz para comprovação de tempo de contribuição e para os fins previstos na legislação previdenciária, a ação Reclamatória Trabalhista em que a decisão não tenha sido fundamentada em início razoável de prova material contemporânea constante nos autos do processo, consoante a inteligência do § 3º, do artigo 55, da Lei nº. 8.212/91

A Súmula 31 da TNU dispõe que “a anotação na CTPS decorrente de sentença trabalhista homologatória constitui início de prova material para fins previdenciários”.

Por início ou indício de prova material, entende-se como aquele lastro documental, formal, indiciário, de modo a dar arrimo e suporte a algum fato a ser demonstrado.

É isso que se extrai da Súmula 34 da TNU: “Para fins de comprovação do tempo de labor rural, o início de prova material deve ser contemporâneo à época dos fatos a provar”.

No artigo publicado na internet (<http://ambito-juridico.com.br>), de autoria de Sérgio Henrique Salvador e Welton Rodrigues dos Santos, “não pode a autarquia invalidar ou não reconhecer o pronunciamento de um Poder da República, e mais, produzido dentro do contraditório e do devido processo legal, autênticos corolários republicanos”.

Ainda segundo os autores, pensar desta forma é o mesmo que passar uma borracha em todo o ofício judicante e afirmar de que nada valeu.

“Imprimir a exigência da prova material para convolar a sentença trabalhista dentro do Direito Previdenciário é abrigar um temido choque institucional entre os Poderes Republicanos, além de dificultar, ao arrepio da lei, o acesso ao constitucional pacote protetivo denominado Previdência Social, sem falar da indesejada insegurança jurídica”.

Nesse sentido, totalmente desarrazoado o entendimento de que a sentença trabalhista gera efeitos fiscalizatórios e arrecadatários para o Estado, porém é incapaz de garantir a proteção dos seus jurisdicionados quanto aos direitos previdenciários, no tocante a condição de segurado, de período de carência, período de graça e comprovação de tempo de serviço.

Para o TRF1, a sentença trabalhista produz efeitos no âmbito previdenciário, inclusive para comprovar a qualidade de segurado, vejamos:

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. REVISÃO DA RMI. MAJORAÇÃO DA VERBA SALARIAL, ANOTAÇÃO NA CTPS E NOVOS SALÁRIOS DE CONTRIBUIÇÃO. **RECONHECIMENTO POR SENTENÇA TRABALHISTA.** RECOLHIMENTO DAS IMPORTÂNCIAS DEVIDAS À SEGURIDADE SOCIAL. REVISÃO DO BENEFÍCIO. TERMO INICIAL. REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. CONSECUTÓRIOS. PEDIDO PROCEDENTE. SENTENÇA MANTIDA. PRECEDENTES. 1. No caso, trata-se de **sentença** ilíquida, posto que, desconhecido o conteúdo econômico do pleito, inaplicável o § 2º do artigo 475 do Código de Processo Civil. Igualmente não incide o § 3º desse artigo, tendo em vista que a sentença não se fundamentou em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal ou em súmula deste Tribunal ou do tribunal superior competente. 2. Restou assente nesta Corte que **"a sentença trabalhista produz efeitos no âmbito previdenciário, inclusive para comprovar a qualidade de segurado, mesmo que o INSS não tenha integrado a lide"** (AMS 0001899-93.2004.4.01.3600/MT, Rel. Desembargador Federal Carlos Olavo, Primeira Turma, e-DJF1 de 30/03/2010, p. 370). 3. **O reconhecimento do direito à percepção de diferenças de salário, por meio de sentença transitada em julgado, oriunda da Justiça do Trabalho, posteriormente à concessão do benefício de aposentadoria por invalidez, justifica a revisão do cálculo da renda mensal inicial**, com a inclusão de tais valores no salário de contribuição. Precedentes da Corte. 4. Na apuração do total dos salários de contribuição devem ser considerados todos os ganhos habituais do segurado empregado, inclusive aqueles que vieram a ser auferidos após a data da aposentação, em razão de fato superveniente, desde que os mesmos se refiram aos salários que foram efetivamente utilizados no cálculo do salário de benefício, como é a hipótese em questão. 5. Confirma-se, assim, a sentença que julgou procedente o pedido inicial para determinar a imediata revisão da renda mensal inicial do benefício de aposentadoria por tempo... (AC 182179120124013400 DF 0018217-91.2012.4.01.3400, Desembargador Federal Ney Bello, julgado em 30/10/2013, pela Primeira Turma. Publicado no DJF1, p. 561, em 19/12/2013).

Dessa forma, a jurisprudência tem entendimento diferente do INSS, em cujo Enunciado nº. 4 do Conselho de Recursos da Previdência Social, não será admitida como eficaz para comprovação de tempo de contribuição e para os fins previstos na legislação previdenciária, a ação Reclamatória Trabalhista em que a decisão não tenha sido fundamentada em início razoável de prova material contemporânea constante nos autos do processo.

A súmula nº. 368 do Superior Tribunal do Trabalho restringe a execução “às sentenças condenatórias em pecúnia que proferir, e, aos valores, objeto de acordo homologado, que integrem o salário de contribuição”. A ideia é deixar de cobrar as contribuições previdenciárias nas ações meramente declaratórias, especialmente para fins exclusivos de reconhecimento de vínculo, as quais normalmente feitas com base em prova exclusivamente testemunhal, o que não é

aceito pela previdência social. Ou seja, o empregador poderia ser compelido ao pagamento das contribuições previdenciárias, mas mesmo assim o INSS não iria computar o tempo trabalhado. (Ibrahim, 2012, p.738).

3. Conclusão

A intervenção Estatal trouxe diversas garantias ao cidadão, principalmente na proteção dos seus direitos sociais, dentre eles os direitos trabalhistas e previdenciários como verdadeiros instrumentos de inclusão social.

Numa visão baseada nos princípios protetivos do Direito do Trabalho, Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari, com sabedoria disseram a respeito:

“Sabe-se que, sob o ponto de vista que norteiam o Direito do Trabalho, a relação de emprego é um “contrato realidade”, no qual se deve investigar a existência ou não das características típicas do empregado e do empregador, independente da formalização deste contrato. Ou seja, não será a falta de prova documental o empecilho para se caracterize alguém como empregado de fato (urbano, rural ou doméstico). A lei exige apenas cinco requisitos: pessoa física, pessoalidade na prestação laboral, onerosidade da prestação, não eventualidade e subordinação ao empregador. A Legislação do Trabalho, que rege as relações de emprego, portanto, não exige qualquer formalização para a caracterização da relação de emprego”. (CASTRO E LAZZARI, 2010, p. 734)

A ampliação da competência da Justiça do Trabalho para executar as contribuições previdenciárias decorrentes de suas decisões foi um grande avanço de inegável valia e qualificação desta Justiça Especializada, pois além de resguardar os direitos dos trabalhadores, também serviu de meio fiscalizatório, e tão importante quanto, foram os montantes que se passou a arrecadar para os cofres da Autarquia Previdenciária vertidos da execução perante a Justiça do Trabalho, o que sem dúvidas auxilia sobremaneira o sustento da Seguridade Social.

Portanto, a decisão judicial trabalhista declaratória de vínculo empregatício juntamente com o efetivo recolhimento integral das contribuições sociais de todo o período reconhecido, deve servir como início de prova material à comprovação da prestação de serviço pelo empregado, para fins de concessão de benefício previdenciário, tendo em vista o caráter contributivo da Previdência Social pós EC nº 20/98.

Referências

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. **NBR 6023**: informação e documentação: referências: elaboração. Rio de Janeiro, 2002.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira e Lazzari, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. Florianópolis, Conceito Editorial, 2010.

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Decreto Lei nº. 5.452, de 1º de maio de 1943 (CLT).

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**. Niterói, Editora Impetus, 2012.

KERTZMAN, Ivan. **Curso Prático de Direito Previdenciário**. Salvador: Jus Podivm, 2012.

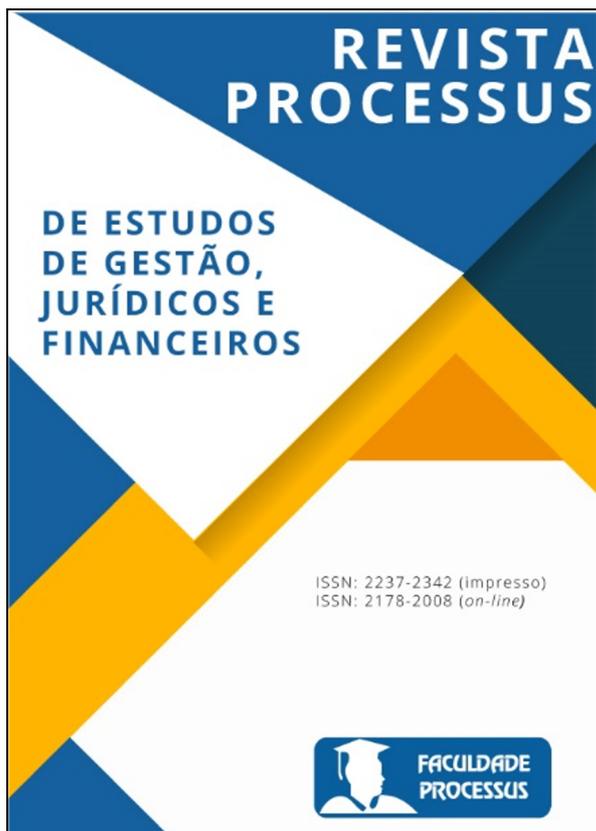
Lei nº. 8.212 de 24 de julho de 1991.

Lei nº. 8.213 de 24 de julho de 1991.

Súmulas nº. 31 e nº. 34 da Turma Nacional de Uniformização.

Súmula nº. 368 do Superior Tribunal do Trabalho.

Artigo disponível na internet no site: (<http://ambito-juridico.com.br>)



Revista Processus de Estudos de Gestão, Jurídicos e Financeiros

**ISSN: 2237-2342 (impresso)
L-ISSN: 2178-2008 (on-line)**

Ano X, Vol. X, n.39, jul./dez., 2019.

Tramitação editorial:

Data de submissão: 30/07/2019.

Data de reformulação: 15/09/2019.

Data de aceite definitivo: 05/11/2019.

Data de publicação: 13/11/2019.

Editor-chefe: Jonas Rodrigo Gonçalves

ALIENAÇÃO PARENTAL: UMA DISCUSSÃO SOBRE A RESPONSABILIZAÇÃO DECORRENTE DA ALIENAÇÃO PARENTAL

PARENTAL ALIENATION: A RELATIONSHIP BETWEEN THE CIVIL RESPONSIBILITY OF PARENTAL ALIENATION

*Cleison Virginio Gomes de Almeida¹
Jonas Rodrigo Gonçalves²
Natalye Vilela Almeida³*

Resumo

O tema deste artigo é alienação parental. Investigou-se o seguinte problema: é possível que ocorra a responsabilização civil nos casos em que ocorra alienação parental. Cogitou-se a seguinte hipótese: é possível sim que exista a responsabilização, já que o estado encontra meios de sancionar infrações não somente sob o viés criminal, mas também cível. O objetivo geral é explicar o conceito de responsabilidade civil solitariamente, e em um segundo momento, aplicado ao instituto da família, tratar também sobre as espécies de responsabilidade civil e todo o caminho percorrido até chegar de fato a responsabilização. Os objetivos específicos são: abordar a respeito da possibilidade de se imputar reparação de cunho econômico

¹ Possui graduação em Direito pela Faculdade Processus (2015). Atualmente é professor da Faculdade Processus. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Tributário. E-mail: barreirosvirginioadv@gmail.com

² Doutorando em Psicologia; Mestre em Ciência Política; Licenciado em Filosofia e Letras (Português e Inglês); Especialista em Didática do Ensino Superior em EAD, Docência no Ensino Superior, Formação em EAD, Revisão de Texto, Agronegócio e Gestão Ambiental. Professor das faculdades Processus, Unip, Fasesa, CNA. Escritor (autor de 61 livros didáticos). Revisor. Editor.

³ Graduanda em Direito pela Faculdade Processus

com destinação a quem se trata a alienação e ao menor alienado, por genitores que alienam aqueles por quem são responsáveis como forma pedagógica e sansão reparatória. Este trabalho é importante em uma perspectiva individual devido a possibilidade de estudar conceitos amplamente importantes para a aprovação na prova da ordem, hoje objetivada; para a ciência, é relevante por permitir que cientificamente seja comprovada a necessidade de responsabilização diante da sociedade; agrega à sociedade pelo fato de resolver os conflitos fora do judiciário, já que este método aparece como mais simples. Trata-se de uma pesquisa qualitativa teórica com duração de seis meses.

Palavras-chave: Alienação parental. Família. Responsabilidade civil. Genitores. Reparação.

Abstract

The subject of this article is parental alienation. The following problem was investigated: civil liability may occur in cases where parental alienation occurs. The following hypothesis was considered: it is possible that there is liability, since the state finds ways to sanction not only criminal bias, but also civil. The general objective is to explain the concept of civil liability alone, and in a second moment, applied to the family institute, to deal also with the species of civil liability and all the way to achieve liability. The specific objectives are: to address the possibility of imputing economic reparation for the disposal and the minor alienated by parents who alienate those for whom they are responsible as a pedagogical form and reparative sanction. This work is important from an individual perspective because of the possibility of studying concepts that are widely important for passing the test of order, now objectified; for science, it is relevant because it allows scientific proof of the need for accountability to society; It adds to society because it resolves conflicts outside the judiciary, as this method appears to be simpler. This is a theoretical qualitative research lasting six months.

Keywords: Parental Alienation. Family. Civil responsibility. Parents. Repair.

Introdução

O Direito De família seguiu por diversas transformações ultimamente, desde a diminuição da família patriarcal, concretizada pela família, até a mudança de objetivo para a valorização do sentimento afetivo como fundamentação da prole. Importante falar no que concerne a tais transformações, a edição da Lei 12.318/ 2010, a qual regula alienação parental, adotada como novidade e desafio para o dia a dia jurídico.

Embora não tenha sido tema principal de muitas discussões, a alienação parental ganha cada vez mais força, tendo efetivação quando um parente próximo a criança, regado pela vontade de vingança ou mágoa, induz o menor ao desatino sentimental em desfavor daquele por quem tem desafeto, e causa afastamento na relação de ambos, o que claramente prejudica o psíquico dos inocentes da discórdia proporcionada.

É indispensável investigar as motivações e consequências da alienação parental, para que sabendo, sejam dados remédios jurídicos e psíquicos a todos os envolvidos na teia. A promulgação da Constituição Federal de 1988 trouxe essa possibilidade, pois dispõe em seu texto a severa proteção aos direitos fundamentais a quem pertencem os cidadãos brasileiros.

Alcançou as famílias a intervenção do estado, portanto, a base da sociedade ganhou espaço e reconhecimento de que seus interesses devem ser sempre defendidos, visto que uma sociedade construída por famílias bem estruturadas, independente do grau consanguíneo que existir entre os membros, transforma a nação em próspera, carregada por homens e mulheres de bem.

Os princípios diluídos na Constituição nortearam a legislação, e colocaram como base: afetividade, convivência familiar, defesa do interesse da criança e do adolescente, dignidade da pessoa humana, igualdade e solidariedade.

Destarte, o avanço legislativo trouxe inúmeros benefícios para mulheres e classes que eram alvo de profunda discriminação. O arcaico poder soberano exercido pelo homem passou a ser dividido com todos de maneira igual ao homem e mulher habitantes do mesmo teto, e a todos que pertençam aos diversos tipos de família.

Alienação parental: uma discussão entre a responsabilização civil nos casos decorrentes da alienação parental.

Com o passar dos anos, o regime familiar transpassou por várias mutações, com relação as suas funções e membros que a compõe, e dessa forma, a concepção. A mutação do modelo familiar se tornou mais visível nos últimos séculos. Já não se pensa apenas em um homem e uma mulher juntamente com seus filhos quando o assunto é família. A maneira de enxergar e pensar sobre o que seria uma constituição familiar, tem-se modificado aos olhos de todos com os novos arranjos familiares. Observados pais que assumem solitariamente a guarda dos filhos, mães que criam com gana os seus e se preciso for, os filhos de outras mulheres, amigos que convivem como irmãos, dividindo o mesmo teto, e até mesmo um agregado de parentes de linhagem sanguínea distante demonstram o quão evoluiu a base familiar, e trouxe avanços para o Direito de Família. Logo no ano de 2006, em seu artigo 5º, a Lei Maria da Penha definiu o conceito de família, dispondo ser qualquer relação de afeto.

Nos primórdios, a união de pessoas em um lar, havia um interesse intrinsecamente econômico. Com o interesse patrimonial, importante era que esse instituto unisse uma grande quantidade de integrantes, com ênfase no número de filhos, comandados por um patriarca, onde se fizesse possível a construção de tal riqueza. Outrossim, segundo a visão e influência da igreja, a família possuía em sua essência, o objetivo de dar continuação a árvore biológica para o fim de sucessão e procriação. O Brasil é um país laico, todavia, sofre ainda grande influência pelos ensinamentos cristãos, que acredita fortemente no modelo tradicional em que impere um genitor e uma genitora, juntamente a irmãos bilaterais.

Apoiam-se os cristãos na bíblia. Dentro dela, encontra-se um livro chamado Gênesis, de acordo com o capítulo 1, versículo 22 é possibilitado a nós perceber que o objetivo do divino realmente era a extensão da raça humana. Logo, os novos arranjos familiares passaram por dificuldades para serem aceitos, visto ser extremamente predominante a opinião da igreja.

Homem e mulher possuíam papéis previamente definidos dentro da sociedade. Diferente da mulher que era relativamente incapaz e precisava da autorização do seu cônjuge para exercer alguns atos da vida cível como trabalhar por exemplo, o homem era detentor de toda capacidade cível, e a ele cabia o provimento da família.

Hodierno a família baseada em valores que promovem a união, e comunhão de interesses em conjunto, faz valer uma sistemática em que seus integrantes

encontram-se em uma relação de total interdependência econômica e afetiva. Dessa forma, a tradução para tal, é um efeito coletivo sobre qualquer dano causado a um membro familiar, ou seja, todos sofrem de forma conjunta o que ocorre a uma pessoa da prole.

Ademais, com a Constituição de 1988, para acompanhar as transformações sofridas pelo meio, o Direito de Família de maneira distinta passou a ser entendido. Na antiguidade, o modelo predominante era denominado patriarcal. O feminino absorvia diretamente a subordinação advinda de seu marido, por consequência, estava sempre em desvantagem.

Com o avanço da revolução industrial, o cenário mudou, visto que necessária era a mão de obra das mulheres, onde foi ocasionado o afastamento destas dos cuidados exclusivos de suas casas.

A família modificou-se, a caça pela felicidade pessoal, contribuiu para o desdobramento da personalidade dos integrantes, e tais mudanças ocasionaram a proteção pelo Estado, visto que esse desenvolvimento, acarretou mudanças e crescimento para a sociedade.

Seguindo essa linha, o afeto conquistou espaço na união familiar, levando o Estado a proteger a prole de forma independente ao casamento. Seguindo o caminho da família tradicional, encontra-se o casamento, já que dele é que se espera a ascensão da família. O casamento detém reconhecimento do estado, não apenas em sua forma tradicional, onde duas pessoas, preparadas sobre o altar, resolvem dizer “sim” uma para outra, concretizando essa união, mas também é reconhecida como entidade familiar a União estável, que é apresentada pela união duradoura de duas pessoas, com o intuito de firmar núcleo familiar.

Com tais avanços e recorrentes mudanças legislativas, entende-se também como família, a família monoparental, unipessoal, anaparental, paralela, homoafetiva e eudemonista.

Família monoparental é aquela constituída por somente um dos genitores juntamente a seus filhos, essa denominação (monoparental) é utilizado para que seja explícita a presença de somente um dos pais.

Desta forma, compreende-se uma modalidade criada para explicar certo tipo de família que a tempos já não era novidade, visto que desde sempre existem pais e mães que criam seus filhos sozinhos. Todavia, no Brasil não era fácil ser mãe solteira, visto que essas apesar de demonstrarem a sua força para lutar, passavam ainda por muita discriminação. A constituição de 1998 trouxe em seu texto reconhecimento para qualquer um dos pais juntamente a seus filhos.

Salienta Maria Helena Dias que “a monoparentalidade tem origem na viuvez, quando da morte de um dos genitores, na separação de fato ou de corpos ou no divórcio dos pais. A adoção por pessoa solteira também faz surgir um vínculo monoparental entre adotante e adotado”.

O preconceito sofrido por famílias monoparentais mostra-se covarde, como demonstra a Doutrinadora Maria Helena Dias, esse modelo é facilmente percebido como mais frágil, já que o genitor possui tarefas redobradas, “as famílias monoparentais têm estrutura mais frágil. Quem vive sozinho com a prole acaba com encargos redobrados. Além dos cuidados com o lar e com os filhos, também necessita buscar meios de prover ao sustento da família”.

Família unipessoal está cada vez mais presente em todos os países, se refere aquela em que o indivíduo habita solitariamente, esse tipo de família permanece em ascensão por fatores como: aumento nas taxas de divórcios e separações, desenvolvimento do meio (urbanização), independência familiar. O Superior

Tribunal de Justiça (STJ) reconheceu tal modalidade tendo em vista a proteção do bem de família, observado o julgamento do Recurso Especial nº 2015.170.

Família anaparental estudando a origem da palavra, esta decorre do grego, e advém do prefixo “ana”, posteriormente, indicativo de “privação” ou “falta”, isto quer dizer: uma família sem seus genitores. Formada por pessoas que possuem laço sanguíneo, convivendo juntamente. Reafirma-se sobre a falta de um ascendente, (pai e mãe).

Esta instituição familiar fora reconhecida também pelo STJ (Recurso Especial nº 2010/0184476-0). Família paralela é constituída por uma relação extraconjugal, onde um dos integrantes da relação é casado e procede com a traição. Acontece concomitantemente a uma vida conjugal pré-estabelecida por uma das partes que habitam sobre o mesmo lar, e posteriormente relaciona-se com um terceiro, abandonando a fidelidade existente entre os cônjuges. Assemelha-se a união estável, todavia, uma das partes já possui união conjugal com outrem.

Para SANDRI, existe uma diferença entre esta e o concubinato, visto que o concubinato ocorre de forma eventual. Sendo de longa existência no cotidiano brasileiro. Percebe-se que uma nova entidade familiar surgiu, e um dos integrantes já pertencente a outra família, não possui condições legais de assumir uma nova.

Quando desta família originam-se filhos, a eles são assegurados todos os direitos da vida cível, bem como direito a perceber alimentos, e concorrer com o os demais filhos do casamento regular.

A família homoafetiva desde o começo do mundo o homossexualismo existia como opção sexual para a humanidade, todavia, por existir na sociedade dogmas e paradigmas religiosos e culturais, sua ascendência começou a não muitos anos.

Para a formação de uma família, é necessária à vontade para sua construção, não importando o sexo de quem as compõe, mas sim, a vontade de perpetuar o amor que outrora iniciou-se. Isto significa dizer, que em nada difere-se a família formada por homossexuais, de uma família formada por heterossexuais, visto que ambas tem como princípio primordial o afeto.

Nessa levada, o Supremo Tribunal Federal (STF), na promoção do julgamento da ADI Nº 4.777 entendeu ser um modelo familiar aquela formada por pessoas do mesmo sexo, embora seja divergente da Constituição de 1988, que dispõe sobre a proteção a união entre casais heterossexuais.

Possui proteção a relação homossexual pela Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Família eudemonista é o modelo familiar é composto por pessoas que possuem apenas laços afetivos, como amigos que moram juntos por exemplo, dividem as despesas, frustrações e alegrias do cotidiano. Por meio destas premissas, é que os juristas decidiram considerá-la como família.

Segundo Dias, a instituição familiar solidifica-se pela comunhão de vida, de amor e de afeto no plano da igualdade, liberdade, responsabilidades recíprocas e solidariedade.

O melhor entendimento sobre a sanção cível imposta ao agente que provocar a alienação parental, dependerá da análise feita sobre o que é a responsabilidade civil de fato, essencialmente no que tange ao dano material e moral, interligados ao ramo do Direito de Família.

Para que uma pessoa seja responsabilizada civilmente é preciso que sejam analisados três elementos: o dano, nexos de causalidade e o ato ilícito, que serão posteriormente especificados.

Os três elementos são importantes, visto que para falar-se em reparação, é primordial a necessidade de algo para ser reparado, nascendo do dolo, do nexo causal e do ato ilícito esta necessidade. Dessa forma, será possível o recebimento de indenização com o objetivo de reparação quando da ação resultar compensação a um sofrimento suportado.

O estado democrático de direito demanda poderes ao magistrado para que este aplique sanções pecuniárias a todo aquele que causar dano a terceiro, e dessa maneira surge a responsabilidade civil. De importante necessidade para o cotidiano, visto que a convivência entre pessoas que por natureza possuem personalidades diferentes, geram conflitos cotidianamente.

A responsabilidade civil é a maneira que o Estado detentor de poder, encontrou para sancionar todos que causarem dano a alguém, proporcionalmente ao grau do prejuízo sofrido, pesando sempre mais a extensão do dano, e posteriormente o grau de culpa para a realização do dano. Será de ordem moral ou material.

Em sua definição, a responsabilidade civil é definida como a efetivação de normas que obrigam um indivíduo a reparar um dano, patrimonial ou extrapatrimonial sofrido por um terceiro, podendo ser responsabilizada não somente a pessoa ligada diretamente ao dano causado, mas também aquela responsável pelo causador que por algum motivo não pode responder por si, por algo pertencente a pessoa, ou, ainda por simples imposição legal.

É por meio da necessidade se penalizar quem comete ato ilícito que recebe ascensão a responsabilidade civil, para que seja reestabelecida a moral e o que foi subtraído da vítima. É ela a protagonista deste instituto. Infelizmente, é necessária a criação de pecúnia para que os direitos de todos sejam respeitados, face a isso, ganha força a responsabilização.

A violação de um dever jurídico, gera outro dever: reparar o detrimento. Nesse caminho, diz Gonçalves que “a responsabilidade civil decorre de uma conduta voluntária violadora de um dever jurídico”. A responsabilidade civil é uma obrigação que nasce da violação de uma obrigação anteriormente prevista, e um dever jurídico sucessivo ou secundário.

Finalmente, pode-se inferir então, que a responsabilidade civil tem papel garantidor da sociedade como reestabelecedor da ordem moral e patrimonial, garante também o ressarcimento nos casos em que existam prejuízos pela violação da lei, e age pedagogicamente em relação a outras ações que possam levar a incidência de tais pontos.

O desejo por justiça, fez necessário a criação de normas que obrigassem o ofensor a reparar todos os danos causados por ele. Quando algo sai dos conformes e ofende a outrem, “rompe-se o equilíbrio jurídico econômico anteriormente existente entre o agente e a vítima”. Para o reestabelecimento do equilíbrio e o prejudicado seja colocado no *statu quo ante* é que se faz necessária a fixação da indenização proporcional ao dano.

Segundo o Código Civil brasileiro a responsabilidade civil divide-se em objetiva e subjetiva. Trata-se a responsabilidade civil objetiva aquela em que a culpa pouco importa para que seja considerada, dessa forma, observa-se somente a lesão causada a vítima e a extensão do dano. Existindo esses pressupostos em um caso concreto, não ensejará importância sobre a efetiva intenção ou mera infelicidade no resultado do ato, estando o agente responsabilizado a arcar com as consequências posteriores.

A teoria do risco justifica a responsabilidade civil objetiva, segundo ela, qualquer pessoa que exerça qualquer atividade está sujeito a assumir o risco de lesão a terceiro, visto que sua atividade cria tal risco. Tal lesão tem de ser indenizado independente da vontade de se produzir o resultado, ou seja, a culpa. Assim sendo, a responsabilidade civil demonstra outra direção, no qual o pressuposto da culpa é abandonado, adotando-se o risco. De acordo com Carlos Roberto Gonçalves, haverão momentos em que o risco será tido como “risco-proveito”, posto diante aquilo que é indenizável a lesão a terceiro em casos em que a atividade produzida traz benefícios ao responsável, e existirão momentos em que será efetivada como “risco criado”, pouco importando a culpa, destarte contrapõe a teoria da culpa.

Sobre a Teoria do Risco, Flávio Tartuce demonstra cinco hipóteses subtraídas de textos normativos, sendo elas: Teoria do risco criado, usada nos casos em que o causador da lesão é responsável pelo risco, ocorrente a terceiro. O código Civil de 2002 no artigo 938 dispõe sobre a responsabilidade do proprietário de apartamento em prédio, que lançar de lá objetos por exemplo.

A teoria do risco administrativo aplica-se nos casos em que a responsabilidade é objetiva por parte do Estado, de acordo com o artigo 37§ 6 da Constituição Federal de 1988.

Tratará a Teoria do risco de atividade de aplicabilidade a atividades que gera, riscos a terceiros quando desempenhadas. A fundamentação legal para tal encontra-se no parágrafo único do artigo 927 do Código Civil de 2002.

A teoria do risco integral dispõe sobre a não exclusão de responsabilidade ou culpabilidade civil. Infere-se como exemplo a responsabilidade compelida a agente causador de danos ao meio ambiente, na lei 6938/1981 em seu artigo 14 § 1, encontra-se a efetivação da presente.

E por fim, a Teoria do Risco-proveito, aplicável em momentos em que o risco obtiver ascensão de uma atividade com fim lucrativo. A pessoa que utiliza de risco empregado com a intenção de adquirir vantagens econômicas, deverá ser responsabilizado pelas lesões causadas. Esta teoria demonstra a responsabilidade civil objetiva com clareza. Pode ser citado como exemplo, empresas responsáveis pela criação de novos remédios, já que responderá objetivamente pelos danos causados por seus produtos.

Falando ainda sobre o parágrafo único do artigo 924 do Código Civil de 2002, acontecerá ainda a responsabilização objetiva, obstante a culpa, nas hipóteses: em que já está previsto em lei, citando-se o Código de Defesa do Consumidor, em sua Lei 8.078-1990), onde está prevista a responsabilidade objetiva aos provedores de produtos e serviços ao consumidor, e a responsabilidade civil ambiental, disposta na lei 6.938 artigo 14 §1º.

Será responsabilizada objetivamente o produtor de atividades de risco, tratando-se de uma atividade lícita, contudo, existente grande nível de perigo de lesão a terceiro.

É notório que o Código trouxe em seu texto hipóteses em que não importa a prova de culpa por parte do causador do dano, restando obrigado a indenizar pelo dano, assim, ocorre a inversão do ônus da prova, visto que o ao lesionado não cabe provar a efetiva culpa do autor, porém, só terá incidência na previsão da lei, ou quando a realização da atividade implicar em risco aos direitos de terceiros.

Dessa maneira, existem duas maneiras de responsabilizar alguém objetivamente, a primeira, por expressa previsão legal, e a segunda, quando a natureza de tal atividade oferecer riscos a outrem.

Esclarecida a responsabilidade civil objetiva, resta descortinar a respeito da responsabilidade civil subjetiva. Trata-se esta como aquela em que são pressupostos a culpa ou dolo por parte do agente.

É da comprovação do dolo ou culpa do agressor que será abrolhada a obrigação de reparar para o agente causador do dano, e o direito de restauração para aquele que foi lesionado. A não arguição da culpa, retira do indivíduo a obrigação de indenização pelo dano.

Segundo entendimento de Fabio Ulhoa Coelho ao sujeito incorrente de ilicitude, existirá o dever de indenizar, visto ser a obrigação fruto de ato ilícito, e devido ao comportamento adotado, fora causados prejuízos a terceiro. Diante dessa apresentação, deverá ser o prejuízo patrimonial e extrapatrimonial compensado monetariamente, na integralidade do valor.

Existe no ordenamento jurídico uma teoria adotada para basear a responsabilidade civil subjetiva, sendo esta a Teoria da culpa. Versa sobre esta, o entendimento essencial de que a culpa é o pressuposto indispensável para a responsabilização civil. Segundo Carlos Roberto Goncelves é entendido como subjetiva a responsabilidade que se apoia na culpa. É essa sustentação de culpa que garante a reparação do dano. Nessa concepção, somente será configurada a necessidade de reparação se procedeu com culpa ou dolo o agente.

Há de se falar ainda sobre a culpa *latu sensu*, em que abrange a culpa e o dolo, a gênese da responsabilidade civil subjetiva. Afirma que, de acordo com a teoria clássica da culpa, é pressuposto “necessário e indispensável do dano indenizável” a culpa.

Assim, entende-se que além do pressuposto de culpa, é fundamental que a vítima demonstre através de meios legais a comprovação desta, de forma razoável e possível a pessoa lesada.

Para Fabio Ulhoa Coelho a responsabilidade objetiva por expressa previsão legal, trata-se de responsabilidade objetiva formal, onde estará recaído perante o protagonista do sujeito de direito, onde a lei detalha o encargo de reparar danos haja ou não existência de culpa. Já a responsabilidade objetiva por natureza de risco ao direito de terceiro, trata-se de responsabilidade civil objetiva material daquela em que o indivíduo não necessariamente é detentor de culpa, todavia goza do dever de indenizar, já que guarda posição de pecúnia permissiva a “socializar os custos de sua atividade”.

Destarte, nota-se a pressuposição de diversas ferramentas para resolver lides, incumbindo ao operador do direito aplicar a teoria que melhor adequar-se ao caso concreto apresentado.

A responsabilidade civil surge do dever de reparação do dano, e para tanto é preciso que seja realizado um estudo afundo sobre este dever, e dessa forma, analisados os pressupostos da ação, para que a sanção imposta seja proporcional. Dessa forma, a responsabilidade civil pode ser dividida em diferentes espécies, onde destacam-se as classificações: quanto à origem, diferenciando-se a responsabilidade contratual da extracontratual; e quanto à culpa, diferenciando-se a responsabilidade subjetiva da objetiva.

Dentro do âmbito jurídico é muito comum que firmem-se contratos entre partes, nascendo deste contrato uma obrigação. A mora nascente dessa obrigação “é aquela que decorre da violação de obrigação disposta em um negócio jurídico” (LISBOA, 2010, p. 274). Cavalieri Filho em se livro, dispõe que “se preexiste um vínculo obrigacional, e o dever de indenizar é consequência do inadimplemento, temos a responsabilidade contratual, também chamada de ilícito contratual ou relativo”.

Por subsequente, a responsabilidade civil extracontratual, emana da transgressão de um dever jurídico imposto pela norma, ou seja, o dever de reparar e indenizar “surge em virtude de lesão a direito subjetivo, sem que entre o ofensor e a vítima preexistam qualquer relação jurídica que o possibilite”. Segundo Cavalieri Filho, pode-se chamar a responsabilidade civil de ilícito aquiliano ou absoluto.

Para que seja definida a subjetividade ou objetividade, é primordial a comprovação da existência de culpa, pois isso é o que as difere.

Dito isso, chega-se ao conceito de cada uma. Trata-se de responsabilidade civil objetiva, aquela em que a conduta do causador do dano não precisa ser culposa, o simples fato de causar o dano é suficiente para repará-lo, enquanto na responsabilidade civil subjetiva, é necessário demonstrar que houve culpa por parte do causador.

Para Cavalieri Filho o requisito principal para que se configure a responsabilidade civil subjetiva, é a culpa, visto que “ninguém pode merecer censura ou juízo de reprovação sem que tenha faltado com o dever de cautela em seu agir”.

A partir da distinção entre ambos os conceitos, é que identifica-se a conjectura da responsabilidade civil. Fica claro então, que o maior elemento de diferenciação entre a objetividade e subjetividade é a vontade de atingir o resultado, e a independência dessa vontade para que nasça o dever de indenizar.

Para efetivar o conceito, infere-se do artigo 186 cominado ao 927 do Código Civil, que a obrigação de indenizar é certa para aquele que cometer ato ilícito convencionalmente ao dano. Portanto, um artigo completa o outro. A responsabilidade civil subjetiva percebe seus pressupostos em ambos os artigos. Como afirma Cavalieri Filho são pressupostos: o nexo de causalidade, a conduta culposa do agente e por fim o dano.

Destinchando o artigo, compreende-se o entendimento do autor, já que o verbo “causar” faz ligação direta com o nexo de causalidade, já a conduta culposa do agente revela-se pela leitura do trecho que diz: “aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imperícia [...]”, e por sua vez o dano: “[...] violar direito e causar dano a outrem”.

Destacando outros autores como Gonçalves obtemos outra definição para que seja constituída a conduta culposa do agente, visto que para ele, os pressupostos da responsabilidade civil subjetiva são: o dano provado pela vítima, a culpa ou dolo, a relação de causalidade, a ação ou omissão do agente.

Para Cavalieri Filho, “a culpa, isolada e abstratamente considerada, só tem relevância conceitual. A culpa adquire relevância jurídica quando integra a conduta humana”. Ou seja, a conjectura é a conduta culposa, face a carência de explicar juntamente a relação de culpa com a ação do agente. A responsabilidade civil subjetiva é determinada pela conduta culposa do agente.

A exteriorização da vontade humana demonstrada por sua ação ou omissão, esclarecem a conduta do agente. Trata-se de ato ilícito, aquele praticado culposamente, que transgride o direito de outrem, causando dano. Nesse sentido, na responsabilidade civil subjetiva o centro de exame é o ato ilícito.

A matéria de que tratam os artigos 186 e 927 do Código Civil, tem por elemento nuclear uma conduta humana voluntária e contrária ao direito, que provém de uma ação ou omissão. “O dever de indenizar vai repousar justamente no exame da transgressão ao dever de conduta que constitui o ato ilícito”.

A conduta de alguém é externada por sua ação, tomando como base Cavalieri Filho, que diz: “as pessoas estão obrigadas a abster-se da prática de atos que possam lesar o seu semelhante, de sorte que a violação desse dever geral de

abstenção se obtém através de um fazer”. A ação para ele, “consiste em um movimento corpóreo comissivo, um comportamento positivo, como a destruição de uma coisa alheia, a morte ou lesão corporal causada em alguém, e assim por diante”.

Todavia, não é apenas imputável aquele que demanda uma ação, mas também o omitente. Pode ser reconhecida como omissão a inércia do não fazer, inatividade de uma ação devida, que leva até a responsabilidade jurídica por sua omissão quando “tem o dever jurídico de agir, praticar um ato para impedir o resultado, dever, esse, que pode advir da lei, do negócio jurídico ou de uma conduta anterior do próprio omitente, criando o risco da ocorrência do resultado, devendo por isso, impedi-lo”.

Infere-se a partir dessa ideia que apenas os pais podem responder pela falta de garantia de alimentos dos filhos, visto que esses possuem o dever de alimentá-los. Ou seja, na falta do cumprimento de sua obrigação, serão omissos, de forma pessoal, pois eram detentores do dever. Da mesma maneira, somente um médico poderia ser autuado pela falta de atendimento, já que ele se propôs como garantidor, poderá ser responsabilizado quando houver falha no resultado esperado.

Segundo Diniz a conduta sobrepõe um elemento da responsabilidade, sendo um “ato humano, comissivo ou omissivo, ilícito ou lícito, voluntário e objetivamente imputável, do próprio agente ou de terceiro, ou o fato de animal ou coisa inanimada, que cause dano a outrem, gerando dever de satisfazer os direitos do lesado”.

Para que haja responsabilidade civil é necessário que a conduta seja culpável e lesiva. Deve ser voluntária e passível de vontade. Havendo esses requisitos, deverão ser responsabilizados os atos do agente causador do dano.

Faz-se necessária também a capacidade de discernimento para o que deve e não deve ser feito, o lícito e ilícito, visto que o agente incapaz de decidir de maneira lúcida sobre seus atos, não poderá ser obrigado a reparar danos causados, já que esse não entende o alcance de suas ações.

A atribuição da responsabilidade a um indivíduo por ato praticado, configura-se como imputabilidade. Como diz Cavalieri Filho, “conjunto de condições pessoais que dão ao agente capacidade para poder responder pelas consequências de uma conduta contrária ao dever; imputável é aquele que podia e devia ter agido de outro modo”.

Para maior entendimento sob o que seria a imputabilidade no mundo cível, é de grande valia o estudo sobre a visão penal, que dispõe no artigo 26 do Código Penal brasileiro sobre as excludentes de imputabilidade, como doença mental já existente, ou o desenvolvimento completo ou retardado desta.

Diante disso, é que se dará a análise sobre a conduta do agente, analisadas as condições daquele que houver praticado o ato, ou omissão, se realmente era incapaz de decidir sobre o caráter ilícito da ação.

Nota-se que para a Lei Penal o critério adotado é o biopsicológico normativo. Em outras palavras, faz-se necessário que provado seja o quão afetada esteve a capacidade de percepção da ilicitude do ato para que seja considerado imputável, e não apenas o simples fato de possuir uma enfermidade mental.

A maturidade também é elemento para a imputabilidade, visto que uma criança por exemplo, ao efetivar uma ação ilícita, mesmo que haja manifestação de vontade, pode, por força da incapacidade de discernimento, não ser responsabilizada por tal prática.

Ademais, aquele que agir com dolo ou culpa, comete ato ilícito e viola o direito de terceiro. A atual jurisdição, garante que agir com dolo, resultará no merecimento de reprovação.

Portanto, para que haja responsabilidade, é necessário que haja culpa para a reprovação de seus atos, e não havendo, não existe o dever de ressarcimento. Dessa maneira o polo passivo da ação “só poderá pleitear ressarcimento de alguém se conseguir provar que esse alguém agiu com culpa”.

Infere-se portanto, que a responsabilidade civil subjetiva necessita de culpa, e para que nasça o dever de indenizar, deverá, além da culpa ter agido por ação ou omissão voluntária, por imprudência, ou negligência.

Com base nesses conceitos mencionados, observa-se um novo termo utilizado no âmbito jurídico: culpa lato sensu, a que refere-se a transgressão internacional de uma obrigação, ou seja, o dolo; e a culpa stricto sensu, onde pertencem para a formação da nomenclatura a imperícia, negligência e imprudência sem a manifestação de vontade da violação de um dever.

Diferente do que se vê na jurisdição penal, o ato de indenizar alguém pela conduta praticada, está ligada a função exclusivamente reparatória e não de punição como no mundo criminalista, onde o nível de culpa do transgressor aumenta gradativamente a sua pena. Sendo assim, para Cavalieri Filho, não há necessidade em distinguir dolo de culpa, visto que, pelo nosso Direito, “o agente responde igualmente pelas consequências de sua conduta, sem se indagar se o resultado danoso entrou nas cogitações do infrator, ou se a violação foi especialmente querida”.

Em resumo, quando o agente espera pelo resultado, ele age com dolo, já na culpa, o mesmo pretende alcançar somente a ação, e por descuido, ocorre um desvio accidental. E é para tanto que a responsabilidade civil fora criada, como uma forma de acolhimento para o polo passivo do dano, que nada tem a ver com a falta de cuidado de outrem.

Esclarecidos todos os conceitos até aqui, resta fragmentar os elementos dolo e culpa, a fim de que seja identificada a culpa que incide na responsabilidade civil subjetiva.

Ao tratar do dolo, seguem dois elementos para a obtenção deste: “a representação do resultado e a consciência da sua ilicitude”. A representação do dolo trata-se “da previsão, antevisão mental do resultado. Antes de desencadear a conduta, o agente antevê, representa mentalmente, o resultado danoso e o elege como objeto de sua ação”. A consciência da ilicitude, ocorre quando o causador do dano tem em mente o quão indevida é tal atitude, e está “consciente de que age de forma contrária ao dever jurídico, embora lhe seja possível agir de forma diferente”.

Já a culpa, poderá ser definida como stricto sensu, que é estar em mora com um cuidado ou omissão de uma obrigação. Em suas características, encontram-se: a previsão e a previsibilidade, o dever de cuidado, a imprudência, a negligência ou a imperícia.

Segundo Cavalieri Filho, define-se o dever de cuidado, como uma obrigação de ter cautela, atenção ou diligência, impetrada ao homem ao praticar os atos da vida, mesmo que lícitos, para que sua conduta não cause lesão a bens jurídicos alheios.

Consoante o art. 186 do Código Civil, estão estabelecidos em lei, diversas atividades perigosas, onde são pré-determinados os cuidados e deveres obrigacionais cabíveis ao agente. Em contraproposta, o legislador não pode abarcar de forma específica as inúmeras condutas humanas, portanto, nos casos em que não houver especificação na lei sobre certa atividade, os agentes deverão seguir o art. 186 do Código Civil, com o objetivo de não cometer uma ilicitude.

Para Cavalieri Filho a culpa, a ausência de cuidado “exprime um juízo de reprovabilidade sobre a conduta do agente, por ter violado o dever de cuidado

quando, em face das circunstâncias específicas do caso, devia e podia ter agido de outro modo”.

Contudo, para Cavalieri Filho, “jamais poderá ser exigido do agente um cuidado tão extremo que não seria aquele usualmente adotado pelo homem comum”. Ou seja, para ele, o que importa, é que o agente das atividades observe os preceitos possíveis a ele, e não medidas extraordinariamente impossíveis.

Nos casos de culpa *stricto sensu*, mesmo quando da ação não se esperar o resultado danoso a terceiro, analisar-se-á quão previsível era a possibilidade de dano resultante da ação. Ordinariamente, há que se falar que, mesmo causado involuntariamente tenha sido o dano, se dele se pudesse esperar previsivelmente o infeliz resultado, ou ao menos evitado, deverá o agente ser punido.

A previsibilidade genérica sobre o resultado de uma ação não é suficiente para configurar culpa. Segundo Cavalieri Filho, “é relativa às circunstâncias do momento da realização da conduta [...]. Será necessário que determinado acontecimento, concretamente considerado, pudesse ter sido previsto pelo agente, e conseqüentemente evitado, mas não o foi por falta de cuidado”. Dito isso, infere-se que a inexistência de previsibilidade, permite que se adentre no campo do caso fortuito, ou força maior.

Finalmente, cumpre ressaltar que à imperícia, imprudência e negligência são exteriorizações da ausência de cuidado. O conceito segundo Maria Helena Diniz de imprudência para imperícia é “precipitação ou ato de proceder sem cautela”, e por último, negligência é “a inobservância de normas que nos ordenam agir com atenção, capacidade, solicitude e discernimento”; e a imperícia é a “falta de habilidade ou inaptidão para praticar certo ato”.

Dito sobre os três elementos, descreve-se a culpa como a voluntariedade de uma conduta controversa a obrigação de cautela interposta pelo direito, e posteriormente, a efetivação de um dano involuntário, todavia previsto ou previsível.

O nexo de causalidade por definição, é a relação existente entre o agente e a conduta que gerou o fato ilícito. Segundo o artigo 186 e 927 do Código Civil é exigido de forma expressa um nexo causal, para que se possa falar em reparação por parte do agente, cometida como já foi dito, por negligência, imprudência ou imperícia, por ação ou omissão. Segundo Gonçalves, “para a existência da obrigação de indenizar, deve haver entre o fato ilícito e o dano produzido um nexo de causalidade”.

Para mensurar o alcance da responsabilidade civil é necessária a presença do nexo causal. Na ocorrência de inobservância deste em certa situação, não haverá de se falar em responsabilidade civil aplicada a qualquer pessoa.

É dada a expressão nexo causal, quando encontra-se uma relação de causa e efeito entre a conduta adotada e o resultado obtido. Para que configure-se a obrigação de indenizar ao agente, não é suficiente a prática de uma conduta ilícita conjuntamente com o dano que suportou a vítima. É essencial que a lesão tenha sido provocada pela conduta desobediente ao texto legal, e exista entre ambos, uma relação direta entre causa e efeito.

O conceito é importante, visto que a não comprovação do nexo causal, incidirá na impossível comprovação entre a relação e o dano. Sendo que, sem tal comprovação, não há o que reparar de fato. Afim de demonstrar o nexo causal, existem três principais teorias existentes: A teoria dos danos diretos e imediatos, teoria da causalidade adequada e a teoria da equivalência dos antecedentes.

Ao falar sobre a teoria do dano direto e imediato, percebe-se grande prestígio advindo da doutrina e jurisprudências brasileiras. Fora acolhida pelo Supremo Tribunal Federal em um acórdão paradigmático de 1992 a respeito da

responsabilidade civil do Estado por crime cometido por fugitivo, sua protagonista produção teórica no nosso país é dedicada a Agostinho Alvim, redator do tema, quando ainda era vigente o Código Civil de 1916.

Segundo seu entendimento, existem três teorias a respeito do nexos causal: a da causalidade adequada, a de equivalência das condições e por fim, a aquela que exige que o dano seja resultado simultâneo ao fato que o gerou. Segundo o legislador brasileiro, a teoria adotada seria exatamente a última citada, sendo o *sub item* da necessidade, que se encaminha a ideia de necessidade da causa, e posteriormente, a que melhor atenderia a teoria do dano direto e imediato.

A subteoria da necessidade tem o papel de determinar se o que ocorreu durante a conduta é essencial ou interruptiva do nexos causal, com relação ao dano. Para o autor, o fato natural poderia interromper o elo entre causa e efeito.

Segundo o autor Agostinho Alvim, encontram-se pedras no meio da caminhada para prosseguir “a pesquisa da verdadeira causa do dano” devido a novas concausas aparecidas no decurso do processo. Expõe ele como exemplo um engenheiro que passa por falha técnica no planejamento de um prédio que vem a desabar, ocasionando no furto de uma grande quantia guardada pelo dono, resultando na falência deste. É a perfeita definição para concausas.

A Teoria da causalidade adequada trata da conduta antecedente como responsável pela causa, razoavelmente importante para provocar o ato ilícito, é uma das teorias que explica o nexos causal. Para melhor entender, exemplificasse com o caso de uma pessoa que foi morta a facadas, onde, é razoável a suposição de que a ação de aferir facadas na vítima é causa do resultado morte. Porém, a partir daí, nasce outra questão: seria possível considerar causa do evento, a venda da faca para o assassino? Para essa questão, tudo ocorrerá a partir do elemento subjetivo, vale lembrar, se houve culpa ou dolo. Dada a ausência desses elementos não é possível a certeza quanto ao entranhamento da conduta no antecedente causal, referente ao fornecedor da faca. Não recebe prestígio por tal motivo. Causa estudo do subjetivo em situação anterior não propícia, para o conhecimento do nexos de causalidade.

A Teoria da equivalência dos antecedentes é contrária a todas as outras já mencionadas, segundo ela faz parte da construção do resultado toda ação ou omissão sem a qual o ato ilícito não teria concretizado-se. É imputado o produto do ato ilícito ao responsável por ele. Chama-se teoria naturalística, em que somente pesará relevância para o que antecedeu o proveito do ato, se forem indispensáveis para produzir o ato. A crítica de maior iminência, sustenta-se da possibilidade do regresso infinito, onde serão consideradas comportamentos distantes para dar causa ao evento, que dentro do que é esperado razoavelmente, estariam a léguas de distância da consideração como responsáveis do ato.

Apesar do artigo 403 do Código Civil levar ao entendimento de que o ordenamento adotou a Teoria do direito imediato, o exercício pelos operadores do direito, demonstram vencer a aplicação da teoria da causalidade adequada, pois é possível no Brasil a obrigação de reparar por danos indiretos.

Visto a evolução a que passou a responsabilidade civil na história do Brasil, é possível entender como esta, descortinará novos horizontes, principalmente ao que integra o direito de família.

A Constituição Federal de 88 concretizou em seu texto relevante punição aquele que causa desequilíbrio a moral de terceiro, independentemente para tanto a intenção. Foi entendida como direito fundamental, e tem sua fundamentação em seu artigo 5º.

A justificativa para chegada da constituição tanto portando, fora o reconhecimento de uma ofensa afrontosa à dignidade da pessoa humana, que é

insistentemente condenado pela Constituição Federal, protetora de sua integral garantia.

Entende-se passível de punição pelo dano causado, o agente que possui liame de causalidade, ligado a conduta do agente, e posteriormente, analisado o nexos causal é que se definirá o causador do dano.

Venosa dispõe em sua obra sobre a problemática e diz que nem sempre há condições de estabelecer a causa direta do fato sem causa eficiente. Na ocorrência de um dano ocasionado por mais de uma causa, obtêm-se uma concausa, o qual dificulta-se que por meio da teoria do nexos causal seja esclarecido objetivamente o precedente para o resultado final. As concausas podem ser simultâneas ou sucessivas, nos casos das simultâneas, será atribuída a obrigação de resposta, e indenização a mais de um agente. Segundo disposição do Código Civil, artigo 942, a responsabilidade far-se-á solidariamente. Nas concausas sucessivas, descansa a tribulação, visto que nasce uma “cadeia de causas e efeitos”. A dificuldade está em saber qual delas deve ser escolhida como a causadora dos danos”.

Perante esse impasse, Gonçalves criou três teorias para solucionar as controversas: danos diretos e imediatos, equivalência das condições e causalidade adequada. A teoria dos danos diretos e imediatos segundo Gonçalves, “exige que o dano seja consequência imediata do fato que o produziu”. Para ele, a teoria configura-se quando existe entre a conduta e o dano, uma causa e efeito imediato, passível de indenização “indenizável todo dano que se filia a uma causa, desde que seja necessária, por não existir outra que explique o mesmo dano”.

A equivalência das condições é tratada pelo Direito Penal. Segundo esta, tudo que conjuntamente concorrer para a produção do evento considerar-se-á como causa. Ouvindo o que explica Venosa para averiguar se a “causa concorreu para o evento, suprime-se esse fato mentalmente e imagina-se se teria ocorrido da mesma forma. Se assim for, não será causa”. Todavia, esta teoria passa pelo obstáculo da possibilidade de interpor novas pessoas no nexos de causalidade, pois segundo o autor “conduziria a resultados absurdos, permitindo uma linha regressiva quase infinita”.

Por fim, a teoria da causalidade adequada dispõe que será considerado apenas a conduta antecedente ao resultado, que tenha sido razoavelmente importante para realização do evento. “Ocorrendo certo dano, temos de concluir que o fato que o originou era capaz de lhe dar causa. Se tal relação de causa e efeito existe sempre em casos dessa natureza, diz-se que a causa era adequada a produzir o efeito”.

A teoria adotada pelo Código Civil, segundo descrita pela doutrina, foi a teoria dos danos diretos e imediatos, reconhecido pelo artigo 403.

As teorias são importantes para o bom entendimento do nexos de causalidade, entretanto, é cabível ao juiz realizar o julgo de probabilidade para que se almeje um resultado satisfatório.

Dentro do nexos de causalidade, existem possibilidades de exclusão desse nexos, ou seja, “acontecimentos ilícitos que rompem o nexos causal, e excluem a responsabilidade do agente”.

Segundo Cavalieri Filho que “causas de exclusão do nexos causal são, pois, casos de impossibilidade superveniente do cumprimento da obrigação não imputáveis ao devedor ou agente”. Essa impossibilidade ocorre nas hipóteses de: fato exclusivo da vítima; fato de terceiro; e caso fortuito ou força maior.

O fato exclusivo da vítima abandona por completo qualquer responsabilidade compreendida ao provável causador do dano, assim, fica a cargo da vítima

comprometer-se com o prejuízo em virtude do anteriormente suposto causador do dano, em que este figura na realidade como instrumento do acidente.

Dessa forma, infere-se que o fato exclusivo da vítima, além de retirar a culpa do agente, o isenta totalmente da responsabilidade, visto que a retirada do personal nexos causal faz referência ao aparente causador diretamente ligado ao dano.

O fato de terceiro, faz adução a todo aquele que está além da vítima ou do agente, uma pessoa que não possui relação alguma com o lesado ou causador aparente do dano, de maneira que “se alguém for demandado para indenizar um prejuízo que lhe foi imputado pelo autor, poderá pedir exclusão de sua responsabilidade se a ação que provocou o dano foi devida exclusivamente a terceiro”.

Segundo Cavalieri Filho o caso fortuito e força maior, compara-se ao fato de terceiro por tratar-se de uma causa estranha à conduta daquele tido supostamente causador do dano, e por isso, inevitável e imprevisível.

Intrinsecamente a previsão, possibilidade de evitar o dano e a culpa relacionam-se, na hipótese de ocorrência de caso fortuito ou força maior, a responsabilidade cessa em razão da inevitabilidade dos fatos que, por sua vez, eliminam a culpabilidade.

Para os doutrinadores, em especial Cavalieri Filho o caso fortuito e força maior guardam distância da culpa, visto que ambos tratam-se de fatos ocorridos que escapam completamente da vontade do agente.

Percebe-se que o código adota como se sinônimos fossem o caso fortuito e força maior, de maneira que os prejuízos resultantes destes e os efeitos não poderiam ser evitados ou previstos. Cavalieri Filho em sua doutrina, todavia, difere os dois termos. Para ele força maior por vezes é previsível, entretanto, inevitável, como por exemplo fatos da natureza. Enquanto o caso fortuito, ocorre quando o evento é inevitável e imprevisível. Para que se configure então força maior, é necessária a impossibilidade de exigir razoavelmente do agente negligência, perícia e prudência para evitar o dano. Já o caso fortuito, configura-se quando há uma imprevisibilidade específica para o fato.

Na ocorrência da força maior ou caso fortuito, fica excluído portanto o nexos causal, visto que ambos constituem “uma causa estranha à conduta do aparente agente”, provocadora do evento.

Simultaneamente os laços familiares sejam vistos como relações de afeto e promova grande corresponsabilidade entre seus membros, acontecem várias situações em que o contrário também acontece, estando em mora os parentes um para com os outros.

Dessa forma, nasce a responsabilidade civil no direito de família, em compatibilidade com a Constituição Federal de 1998, destacados a dignidade da pessoa humana, tutela da personalidade e autonomia da vontade.

São inúmeros os julgados partidos do Superior Tribunal de Justiça e Tribunais Pátrios a respeito do cabimento da aplicação dos princípios da responsabilidade civil nas relações de família, onde o órgão julgador defere o pedido e reconhece a causa.

A responsabilidade civil na atualidade alcança as relações familiares, como pais e filhos e cônjuges. O que representou grande avanço para as famílias brasileiras que por vezes restavam desconhecidas a seu direito.

Entretanto, apesar da grande quantidade de deferimentos de ações por danos morais nos Tribunais, trata-se de dívida moral, em que não será a pecúnia paga que por vezes irá reparar de fato o dano causado, sendo a indenização pecúnia de finalidade apenas reparativa.

A responsabilização civil ocorre como meio encontrado pelo legislador para obrigar que os membros responsáveis pela prole assumam com suas responsabilidades, e as cumpra solícitamente, e evite a incidência do que fora cometido erroneamente.

Todavia, a situação como um todo já resta como descomunal. Em verdade, é impossível contrapor que amor, ternura e zelo, não se comercializam, e indo além, não nascem do dia para a noite.

Imaginando-se uma mãe que optou na separação por ver seus filhos apenas nos finais de semana, deixando nos outros dias as crianças com os pais, e após firmado o acordo, vai deixando de cumprir com o combinado, pedindo sempre perdão a criança, mas nunca mudando sua atitude. Nesse caso, a finalidade da justiça não é obrigar a existência de afeto entre as partes.

Sobre a responsabilidade civil, existem pressupostos indispensáveis para que ela seja efetivada, e vigore satisfatoriamente no universo jurídico, e assim alcance a finalidade desejada corretamente.

A conduta humana é o requisito primordial para que exista sanção a uma ação danosa a terceiro, sendo esta definida por ação ou omissão. Indo além, a ação ou omissão precisam alcançar uma consequência jurídica, em outras palavras, resta o causador do dano em mora com a legislação vigente, alcançando esta, de forma negativa. Por resultado, mealheiro da pessoa atingida.

A ação é entendida como ato comissivo quando não deveria ser efetuada, já a omissão é a falta de observância de uma obrigação ou dever. Para que se configurem, e enseje uma penalização ao responsável pela ação, a voluntariedade é pressuposto da conduta, e representa o livre arbítrio. Na falta deste elemento, não há de existir responsabilização civil.

É necessária a voluntariedade, e posteriormente, advir uma conduta contrária a legislação. É essencial frisar que voluntariedade significa discernimento, ou seja, a plena consciência da ação, diferente do dolo, em que a pessoa almeja o resultado danoso, em primeiro momento, há de se falar na inocência a respeito do resultado, não possui o agente a intenção de provocar um resultado danoso. Por último, cabe informar que a voluntariedade estará presente na responsabilidade civil objetiva, e também na responsabilidade civil subjetiva.

A existência de um dano causado é o segundo requisito para ensejar a responsabilidade civil, na ausência dele, não existirá reparação. O dano porém, não é o único requisito para tal.

Para que haja a obrigação de indenizar, é preciso a existência de um confronto direto com a ordem legal. O dano é o resultado da conduta ilícita do agente. É o pressuposto para qualquer responsabilidade civil, visto que não há o que se falar em reparação, se não houver a ocorrência do dano. Não há o que reparar, haja vista uma conduta culposa ou dolosa, se não houver o pressuposto principal. A concessão de uma indenização sem a existência de um dano sofrido pela vítima importaria em enriquecimento ilícito.

Destarte, o dano pode ser fracionado em patrimonial, também chamado de material, ou extrapatrimonial, conhecido como moral.

Cavaliere Filho, diz que o dano é a “subtração de um bem jurídico”, estendendo-se aos bens “patrimoniais e os bens da personalidade da vítima, como a honra, a imagem, a liberdade, e tudo aquilo suscetível de proteção”. Em resumo, “dano é a lesão a um bem jurídico, tanto patrimonial quanto moral”.

Falar-se-á sobre dano patrimonial também conhecido como dano material, quando forem alcançados todos os bens que compõem o pecúlio da vítima.

“entendendo-se como tal o conjunto de relações jurídicas de uma pessoa apreciáveis em dinheiro”.

O dano material subtrai ou modifica o patrimônio de alguém, podendo ser restituído por meio de uma reparação econômica paga proporcionalmente a extensão do prejuízo causado. Esse tipo de lesão é quantificado, já que o direito ferido encontra a possibilidade de voltar ao seu estado original.

Além da abrangência aos bens perdidos, o conceito de dano patrimonial estará relacionado também ao que se deixou de lucrar, produzindo-se o dano emergente e o lucro cessante.

A subtração efetiva e imediata no pecúlio da vítima provocada pelo ato ilícito, tratar-se-á do dano emergente. A reparação do dano será proporcional a perda acometida pelo patrimônio da vítima. Para isso, será analisado o que compunha este patrimônio antes da ofensa, e como restou depois. Descreve-se portanto como dano emergente o que perdeu-se de fato, de modo que a indenização deverá ser necessária para *restitutio in integrum*, ou seja, a restituição na integralidade daquilo que foi degradado.

Os lucros cessantes são os danos causados pela parada obrigatória gerada pelo dano nas atividades que objetivem lucros de uma empresa ou pessoa. “É o reflexo futuro do ato ilícito sobre o patrimônio da vítima, é a frustração daquilo que era razoavelmente esperado”. Define-se “razoavelmente esperado” como a previsibilidade de ganho esperado pelo juízo de probabilidade, de acordo com o que é corriqueiramente almejado.

Entendido o dano patrimonial, resta importante a discussão sobre o dano moral, visto este ser integralizado como responsabilidade civil nos casos em que ocorre a alienação parental.

Nos dias de hoje, é pacificado a cumulação de danos materiais com morais. Todavia, a maior dificuldade para que efetive-se o direito, é definir concretamente o que seria um dano moral. Por vezes, em alguns julgados, encontra-se sentenciado como mero dissabor do dia a dia, acontecimentos que para a vítima, restou em prejuízo psicológico, ou ausência do seu direito de exigir o próprio direito.

O dano moral, refere-se exclusivamente a pessoa do ofendido, não alcançando o seu bem patrimonial. “É lesão de bem que integra os direitos da personalidade, como a honra, a dignidade, a intimidade, a imagem, o bom nome, etc., como se infere nos arts. 1º, III, e 5º, V e X, da Constituição Federal, e que acarreta ao lesado dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação”.

Resta claro que a construção de fatores para a ofensa de uma pessoa, depende de tudo aquilo que desrespeitar a sua integralidade como ser humano. A agressão a essa humanidade carregada por todos nós, é o que resulta na convenção adotada como dano moral. O dano moral é a violação da dignidade de alguém. É direito de todos a proteção de sua intimidade, a sua honra, e também sua vida privada. Proporcionando a sansão nos casos em que ocorre quebra do artigo 5º, V e X da Constituição Federal. Entretanto, o dano moral não terá acensão apenas quando forem violados o seu direito a personalidade como a dignidade e reputação.

O dano extrapatrimonial, ou moral, vai de contraponto ao patrimonial, partindo do pressuposto de que, ao passo que no dano extrapatrimonial é possível devolver ao proprietário do bem, o mesmo reparado, apresentado como primordialmente, no dano moral, não existe objeto, mas sim um estado moral, psíquico conturbado, ocorrido por prejuízos provocados anteriormente.

Pode-se ainda serem relacionados as duas tipificações, observado o sofrimento do indivíduo que vê a deterioração de um bem por outrem, muitas vezes, de difícil

dificuldade para conseguir, e assim, resta inteiramente lesionada moralmente a vítima detentora do que foi perdido.

Para Cavalieri Filho, a consequência psicológica do requerente só “pode ser considerada dano moral quando tiver por causa, uma agressão à sua dignidade”. Em outras palavras, mesmo que haja relação entre a reação psicológica da vítima com o dano moral, a ofensa pode ter sido havida sem humilhação, constrangimento ou dor, visto que esse abalo não será a causa do dano moral, mas sim a consequência do dano.

Para impedir a industrialização do dano moral, é fundamental a ponderação do juiz para o que é logicamente observador de perceber a indenização, do que seria um mero aborrecimento, com a finalidade de lucrar riqueza indevida. Preceitos entendidos como éticos pela sociedade devem receber atenção na hora do julgo.

O termômetro da gravidade do que foi sofrido, far-se-á por um padrão objetivo, levando em consideração as circunstâncias de cada caso. Será tutelado o direito, portanto, para que se perceba uma indenização de cunho pecuniário, a lesão deverá ser grave a fim de justificar o valor recebido.

Dessa maneira, infere-se que apenas será devido o dano moral, a humilhação, a dor ou sofrimento capazes de ferir a dignidade de alguém ou prejudicar elevadamente o psicológico da vítima, oferecendo-lhe perturbações e desequilíbrio no seu bem-estar. O mero dissabor da vida cotidiana, ou emotividade excessiva não são suficientes para receber o dano moral. É necessária cautela por parte do judiciário para que o instituto não seja banalizado, facultando ações desnecessárias e sem fundamento.

O dano moral não é algo concreto, é intangível e não material. Por isso, não se fará a prova da mesma maneira que prova-se o dano patrimonial, visto que seria uma sobejidão requerer do lesado a comprovação de sua humilhação, dor e depressão por meio de perícia, depoimentos ou documentos. Não seria possível manifestar a repulsão por meio das formas tradicionais probatórias. É dispensada de prova o dano material.

Transpondo o conceito a um caso concreto para exemplificar e entender melhor, poderia ser citado o caso de uma mulher que perde o seu marido, ou um pai que perde um filho, nesses casos não é necessária a prova do sofrimento, visto que segundo o senso comum, a própria experiência de dor causada pela perda, resulta em grande prejuízo psíquico.

Portanto, adere-se *in re ipsa* o dano moral, por ocorrer de uma situação de alto grau ofensivo, de maneira que provada tal situação, comprovado estará o dano moral.

Fazendo alusão a quantificação do dano moral, disporá o juiz em sua sentença um valor razoável para que sejam reparados todos os danos, proporcionalmente, visto que qualquer quantia a mais ensejará em enriquecimento ilícito.

A partir daí, encontra-se uma problemática: quais seriam os critérios para que determine-se um valor arbitrário em cada situação? Em todas as ações que discutem danos morais o juiz depara-se com a falta de uniformidade, e pressupostos que definam em quanto deverá arbitrar a pecúnia.

Para Cavalieri Filho com a ascensão da Constituição de 1988 o arbitramento judicial seria o mais eficiente para a fixação de um valor, não existindo um valor tabelado a ser percebido para o pagamento de indenização. Assim sendo, deverá o magistrado segundo o que couber a seu arbítrio, demandar um custo com finalidade de ressarcimento pelo dano, prestando sempre atenção a possibilidade de pagamento do agente.

Para Carlos Roberto Gonçalves o juiz delimita a pecúnia levando em conta a gravidade do dano, a repercussão da ofensa, as circunstâncias do caso e a situação patrimonial das partes, para que não seja arbitrado um valor impossível ao agente, visto que este não tendo o total, restará em mora com a vítima.

Segundo o autor a indenização será calculada em regra, não pela culpa, mas sim pela imensidão do dano. O grau de culpa é observado conjuntamente com a intensidade e gravidade do que foi sofrido pelo lesado.

Nos casos em que pese a atenuação de culpa do ofendido juntamente com a do ofensor, este perceberá vantagem, visto que não produziu sozinho o ato ilícito, todavia, não ausentar-se-á da obrigação de reparar.

A natureza jurídica da reparação pelo dano moral, apesar de controverso, tem prevalecido entre os doutrinadores como uma maneira de punir o agente causador do ato ilícito, e posteriormente o dano, e uma compensação para a vítima. Isso ocorre visto que a medida que atua como uma medida de sansão ao agente, com a função de depauperamento, e finalidade do não repetição do ato, também atua como um consolo, lenitivo ao dano sofrido.

É cabível ainda a indenização, um caráter pedagógico e preventivo, visto que, além de compensar e punir, o dano moral inibe o lesante a repetir a prática do ato ilícito, alcançando terceiros, uma vez que a sociedade em geral estará advertida pelo judiciário que reage frente a transgressão de direitos da personalidade, lecionando sobre as condutas passíveis de punição.

Ante o exposto, infere-se que ambas as funções tem fundamental papel no debate a cerca da responsabilidade civil do Direito de família.

Como dito anteriormente, não está obrigatoriamente vinculado o dano moral a uma reação negativa psíquica do lesado, mas sim a lesão causada a dignidade e personalidade de alguém. Por isso, “abre-se espaço para o reconhecimento do dano moral em relação a várias situações nas quais a vítima não é passível de detrimento anímico, como se dá com doentes mentais [...], crianças de tenra idade e outras situações tormentosas”.

Os impúberes por meio de seus representantes legais, podem provocar o judiciário para pleitear indenização reparatória, quando restarem como reais vítimas de um bem jurídico, e não a reparação de um enternecimento.

Caberá ao magistrado a análise do estado de consciência do lesado antes e depois do dano, inclusive quando forem irreversíveis as suas consequências, examinando a individualidade de cada vítima e o grau da lesão.

Pondera-se que o direito a receber indenização por dano moral recorrida de ofensa ou lesão sofrida por incapazes, deverá acontecer posteriormente a análise de cada caso concreto, investigando como se produziu tal efeito e a partir de que condições encontrava-se o ofendido. É impreterivelmente impossível estabelecer de antemão padrões para concretizar quando será devida a obrigação, tendo como base a necessidade de observar, nas situações ocorridas, os pressupostos de natureza subjetiva e objetiva que compõe o instituto da reparação civil por dano moral.

Existe ainda, o dano emergente, consistindo esse, no prejuízo efetivo causado a quem foi lesado, trata-se do que efetivamente foi subtraído em razão da conduta. Seria este, o dano que aparece imediatamente, por motivo de um deterioramento no pecúlio da vítima, e por essa razão, não há grandes obstáculos para a previsão de reparação. O lucro cessante, encontra aquilo que a pessoa lesada deixou de obter em decorrência da lesão, ou, de acordo com a própria expressão, o que era razoável esperar como ganho.

Considerações Finais

A obra apresentada buscou demonstrar como ocorre a chamada Alienação parental, e para isso, fez-se indispensável buscar os variados tipos de família, que reinventaram-se com a liberdade sexual hoje existente. Posteriormente, obter conhecimento sobre como o poder familiar age sobre o interesse dos menores.

Com o presente feito indaga-se: é possível a responsabilização civil nos casos de alienação parental? Por meio da apresentação dos capítulos descritos, infere-se que, quando completadas todas as lacunas que fomentam a responsabilidade civil, o praticante da alienação parental contra seu dependente ou contra seu ex-cônjuge, responsável pela criança e adolescente, existe sim a possibilidade de responsabilização civil, ao que se falar em danos materiais e morais, devidos a todas as vítimas envolvidas, onde o dever de indenização perfaz-se como uma medida jurídica, de caráter preventivo e pedagógico na luta contra a alienação parental.

Fora abordada a alienação parental sob o viés de diferenciação da Síndrome da Alienação Parental, por conseguinte, as atribuições negativas desse problema que esvazia o bem-estar de diversas famílias. Nessa esteira, foram subscritos critérios importantes para a identificação da síndrome apresentada, já que a mesma confunde-se facilmente com outros distúrbios, inclusive de crimes graves como estupro, por exemplo. De uma maneira ampla e geral, o objetivo final do trabalho, consiste em discorrer sobre o alcance da falta de sabedoria na educação dos menores, no que tange até mesmo uma certa vingança por parte dos genitores na insistente busca em atingir negativamente seu ex-parceiro. Por outro lado, do ponto de vista específico, buscou-se ferramentas eficazes e explicações capazes de positivar no direito o combate a referida conduta, bem como juridicar com dispositivos técnicos o problema fomentado.

Após a inserção da constitucionalização da instituição família, o Direito de Família ganhou espaço amplo dentro da Carta Magna, uma vez que o Estado passou a expandir sua tutela sobre a família, com o propósito de cuidar do instituto supracitado, pois nota-se que este é de fato a base para a construção de uma sociedade justa e honesta. Concluído este pensamento, nota-se o valoroso conhecimento apresentado, já que reconhecendo a prole como base para chegar ao topo, do ponto de vista dos interesses, para a sociedade, integralizar a presente pesquisa em seu cotidiano, resultará no desafogamento do sistema judiciário, juntamente com a resolução pacífica da lide. Ao que se falar em importância científica, infere-se o desenvolvimento da ciência do direito. Para chegar a conceitos concretos, necessitou empenhar-se no desdobramento do que já é sabido, juntamente com o que necessita-se saber, alcançando assim, uma inovação para a doutrina, que apesar de sólida e rígida, usa também o chamado ativismo para recompor-se de acordo com as novidades impostas pela evolução societária. Ao autor da presente, revela-se a importância da abordagem feita, visto que tanto cresceu em sua vida pessoal e acadêmica, levando para sempre valores, e também uma abordagem científica do qual agora tem conhecimento.

Para que o Direito de família pudesse ser constitucionalizado, uma contrapartida existiu. Princípios norteadores consolidados no mundo jurídico passaram a direcionar as normas para reger a instituição maior, onde é devido o respeito no tocante a toda relação familiar. Para a construção do estatuto da criança e do Adolescente, foram visados princípios constitucionais de todas as ramificações do Direito, de onde destacam-se o melhor interesse da criança e do adolescente,

igualdade, e dignidade da pessoa humana. São encontrados também princípios positivados no Direito de Família, como convivência e afetividade em família e solidariedade. Portanto, conclui-se que a presente pesquisa já fora realizada anteriormente, alçadas na necessidade em institucionalizar normas desesperadamente necessárias para o bom convívio social. A prole como um todo fora atingida, já que hoje existem regras para serem seguidas que antes não existiam.

Referências

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. **LEI Nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. Política Nacional do Meio Ambiente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

BRASIL. **LEI Nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 8.ed. São Paulo: Atlas, 2009.

COELHO. Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil: responsabilidade civil**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direitos das Famílias**. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v.5.

GONÇALVES, **Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro, volume 4: responsabilidade civil**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LISBOA, Roberto Senise. **Obrigações e Responsabilidade Civil**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2010,

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

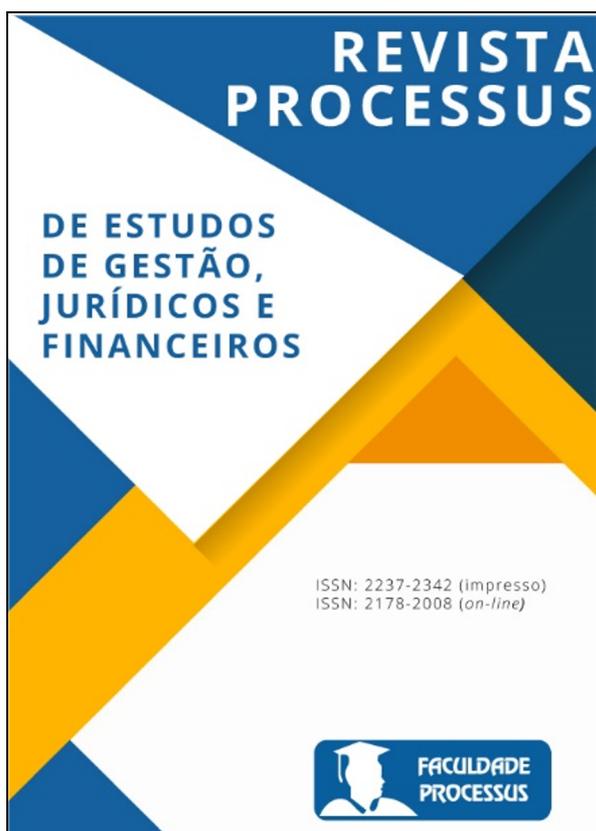
MADALENO, Ana Carolina Carpes; MADALENO, Rolf. **Síndrome da alienação parental: importância da detecção aspectos legais e processuais**. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 19.

MADALENO, Ana Carolina Carpes; MADALENO, Rolf. **Síndrome da Alienação Parental: a importância de sua detecção com seus aspectos legais e processuais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

SANDRI, Jussara Schmitt. **Alienação Parental: o uso dos filhos como instrumento de vingança entre os pais**. Curitiba: Juruá, 2013.

TARTUCE, Flavio. **Manual de direito civil: volume único**. São Paulo: Método, 2011.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: responsabilidade civil**. 14.ed. São Paulo: Atlas, 2014.



**Revista Processus de Estudos de Gestão,
Jurídicos e Financeiros**

**ISSN: 2237-2342 (impresso)
L-ISSN: 2178-2008 (on-line)**

Ano X, Vol. X, n.39, jul./dez., 2019.

Tramitação editorial:

Data de submissão: 30/07/2019.

Data de reformulação: 15/09/2019.

**Data de aceite definitivo:
08/11/2019.**

Data de publicação: 13/11/2019.

**Editor-chefe: Jonas Rodrigo
Gonçalves**

VIOÊNCIA CONTRA A MULHER: TRATAMENTO LEGISLATIVO E JURISPRUDENCIAL¹

*VIOLENCE AGAINST WOMEN: LEGISLATIVE AND JURISPRUDENTIAL
TREATMENT*

*Cleison Virginio Gomes de Almeida²
Adson Lucas dos Santos Capelete³
Jonas Rodrigo Gonçalves⁴*

Resumo

O tema deste artigo é violência contra a mulher: tratamento legislativo e jurisprudencial. Investigou-se o seguinte problema: “eficiência do estado e o medo das mulheres de denunciarem”. Cogitou-se a seguinte hipótese “se colocar o crime de feminicídio no rol de hediondos mudaria algo”. O objetivo geral é “mostrar o quanto as mulheres sofrem a falta de eficiência do estado”. Os objetivos específicos são: “formas de violência contra a mulher”; “principais crimes de violência contra a

¹ Este artigo contou com a revisão linguística dos próprios autores.

² Possui graduação em Direito pela Faculdade Processus (2015). Atualmente é professor da Faculdade Processus. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Tributário. E-mail: barreirosvirginioadv@gmail.com

³ Graduando em Direito pela Faculdade Processus

⁴ Doutorando em Psicologia; Mestre em Ciência Política; Licenciado em Filosofia e Letras (Português e Inglês); Especialista em Didática do Ensino Superior em EAD, Docência no Ensino Superior, Formação em EAD, Revisão de Texto, Agronegócio e Gestão Ambiental. Professor das faculdades Processus, Unip, Fasesa, CNA. Escritor (autor de 61 livros didáticos). Revisor. Editor.

mulher”; “eficiência do estado”. Este trabalho é importante em uma perspectiva individual devido a importância da proteção das mulheres na sociedade, para a ciência, é relevante por mostrar como a violência contra a mulher está sendo tratado na jurisprudência e nas legislações atuais; agrega à sociedade pelo fato de ser um tema interessante de maneira geral na sociedade, mas principalmente para as mulheres. Trata-se de uma pesquisa qualitativa teórica com duração de seis meses.

Palavras-chave: Formas. Principais crimes. Eficiência do estado. Eficácia da legislação. Femicídio.

Abstract

The theme of article is violence against women: legislative and jurisprudential treatment. The following problem was investigated: “state efficiency and women’s fear of reporting”. The following hypothesis was considered “if placing the crime of femininity in the list of heinous would change something”. The overall goal is to “show how much women suffer from state inefficiency”. Specific objectives are: “forms of violence against women”. “ State efficiency”. This work is important from an individual perspective because of the importance of protecting women in society, for Science it is relevant for show how violence against women is being treated in current case law and legislation; it adds to society because it is an interesting topic in general in society, but especially for women. This is a theoretical qualitative research lasting six months.

Keywords: Forms. Main crimes. State efficiency. Effectiveness of legislation. femicide.

Introdução

O presente trabalho abordará um tema atual e que trouxe várias controvérsias até o presente momento. Temos várias ideias em que são a favor do feminicídio ser uma qualificadora dos crimes hediondos, mas também encontramos outras que são contra, pois discorrem que essa qualificadora já estava dentro de outras qualificadoras já existentes dos crimes hediondos. Nunca na história esse assunto foi tão repercutido com hoje, até porque depois de muita luta que a mulher conseguiu seu espaço de maneira respeitosa no mundo inteiro.

O foco principal da monografia será a realização de um estudo aprofundado do feminicídio no Brasil e seus tratamentos jurisprudenciais. Como era abordado tal assunto antes e como é agora como qualificadora dos crimes hediondos, e como pode ser evitada dentro da nossa sociedade, através do nosso sistema de justiça e de segurança.

Nesse contexto, o trabalho visa analisar a ação do Estado como garantidor da ordem e da segurança pública em face da proteção das mulheres vítimas dessa terrível violência que tem como consequência extrema; a morte por questão de gênero.

No presente trabalho abordaremos as formas que esta violência é causada assim como seus principais crimes praticados contra a mulher, o que cada vez mais se evidencia na sociedade brasileira. E formas majorantes, que é um meio de coibir tal violência contra as mulheres.

Desenvolvimento: Violência contra a mulher: tratamento legislativo e jurisprudencial.

1 formas de violência contra a mulher lei 11.340/2006

O intuito desse capítulo é falar sobre a violência contra a mulher em suas diversas formas e seus principais crimes, dentro da Lei Maria da Penha e de julgados.

A violência contra a mulher vem de muito tempo atrás, está presente desde a antiguidade. Todavia, foi no âmbito familiar onde ocorreram as primeiras violências entre seres humanos e principalmente contra a mulher.

A violência mais comum no Brasil hoje é a doméstica e a de gênero (feminicídio). Não só no Brasil, mas a violência doméstica atinge mulheres de todo o mundo, pois muito visivelmente se vê que é por conta da relação de poder entre homens e mulheres, assim como a discriminação de gênero, ainda presente de forma assustadora tanto na sociedade como na família.

Na constituição brasileira em seu artigo 226, §8º, assegura; “O Estado assegurará a assistência à família na pessoa e cada um dos que a integram, criando mecanismo para coibir a violência no âmbito de suas relações”. A Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), veio para cumprir com esse compromisso.

Nem toda violência contra a mulher entra resguardada na Lei Maria da Penha, somente aquela baseada no gênero (artigo 5º, caput).

Toda violência de gênero é uma violência contra a mulher, mas o inverso não é verdadeiro. Caso concreto: mulher é baleada por seu companheiro. Motivo: ela iria delatá-lo à polícia. Não se aplica a Lei Maria da Penha, pois não há uma questão de gênero.⁵

A violência de gênero dentro da Lei Maria da Penha é dividida em três contextos; Doméstico, Familiar e Relação íntima de afeto.

No âmbito doméstico é compreendido aquela violência que ocorre dentro de um espaço em que tem o convívio permanente de pessoas, tendo ou não vínculo familiar entre as partes, ou seja, se basta ter convívio permanente com a pessoa. Alguns doutrinadores entendem que a empregada doméstica atende a Lei Maria da Penha, corrente majoritária. Outros doutrinadores já entendem que são necessárias algumas circunstâncias para que isso ocorra, como o tempo em que essa empregada fica com a família (permanência) e à afinidade com a família. Já uma outra, entende que a empregada doméstica não está amparada por tal lei.

No âmbito Familiar entende-se a violência praticada por pessoas que são considerados aparentados, unidos por laços naturais ou por vontade expressa (artigo 5º, II). Poder ser entendido dentro desse âmbito as relações de parentesco natural, ou civil, por afinidade ou de afetividade. Portanto, amigos que dividem o mesmo apartamento está amparado por lei.

Já na relação íntima de afeto onde o agressor conviva ou já conviveu com a ofendida. Tal tema já foi objeto de controvérsia no STJ, no âmbito do simples namoro, e em relação aos ex namorados.

São formas de violência estar prevista no artigo 7º da lei 11.340/2006, nos seus respectivos incisos;

1.1 Violência física

⁵ Bianchini, Aline. Lei Maria da Penha: Lei 13.340/2006: aspectos assistenciais, protetivos e criminais da violência de gênero – 3. Ed. São Paulo: Saraiva 2016. P.31.

Prevista no artigo 7º, Inciso I, da Lei Maria da Penha;

Toda conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal. Dentro das hipóteses de violência como forma prevista na lei maria da penha, está é a com maior índice apresentado segundo uma pesquisa; com 62% dos casos pesquisa da Data Senado.

Pode abranger socos, chutes, arremessos de objetos, agressão com objetos relativos, empurrões, queimaduras propositalmente e vários outros tipos de agressão, desde que tenha por finalidade ofender a integridade e a saúde corporal da mulher, deixando ou não marcas.

1.2 Violência psicológica

Prevista no artigo 7º, Inciso II, da Lei Maria da Penha;

Toda conduta que causa dano emocional ou diminuição da autoestima, ou que prejudique suas tarefas no dia a dia onde degrada suas ações, comportamento, crenças ou decisões na sua vida. Diante de ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, chantagem e limitação do direito dela ou qualquer outro meio não citado que lhe cause prejuízo à saúde mental e à autodeterminação.

Pesquisas realizada constataram que dos casos apresentados no artigo 7º da lei maria da penha, está violência tem 23% segundo a pesquisa feita pela Perseu Abramo, em 2010 e 2011 e 38% segundo pesquisa da Data Senado em 2013.

Não é uma violência que chega com grande porcentagem de denúncias por muitas das vezes a vítima nem fazer ocorrência pelo fato delas acharem como algo não ilícito e levar como algo normal e nem sempre são identificáveis pela própria vítima, por estarem associadas a fenômenos emocionais.

Portanto essa violência “está presente em todas as três categorias de violência doméstica”.⁶

1.3 Violência sexual

Prevista no artigo 7º, Inciso III, da Lei Maria da Penha;

Que é entendida como toda conduta que constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou a prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos.

Portanto tem que ser resguardados o respeito a integridade física e moral, mesmo vindo de seu companheiro. Tem que haver concordância de ambos, assim assegurado o direito de matrimônio.

1.4 Violência patrimonial

Prevista no artigo 7º, Inciso IV, da Lei Maria da Penha;

É entendida como toda conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades.

⁶ Bianchini, Aline. Lei Maria da Penha: Lei 13.340/2006: aspectos assistenciais, protetivos e criminais da violência de gênero – 3. Ed. São Paulo: Saraiva 2016. p.52

É de suma importância pois a autonomia financeira da mulher com sua subordinação ou submissão, faz com que enfraqueça colocando ela em situação de vulnerabilidade e atinge sua segurança e dignidade.

O não pagamento de pensão alimentícia se atribui a esse inciso e também o prejuízo financeiro depois de separação, em caso dela ser totalmente dependente do seu companheiro durante anos que estiveram juntos.

1.5 Violência moral

Prevista no artigo 7º, Inciso V, da Lei Maria da Penha;

É entendida como toda conduta que configure, calúnia, difamação ou injúria. Que reproduzem tais conceitos penais.

Na calúnia se tem em base na imputação do fato criminoso, em que o sujeito sabia ser falso tirando a sua credibilidade no seio social, onde a acusação falsa tem que ser feita com que diga respeito a um fato concreto definido como crime.

Na difamação em caso que atinja a reputação da mulher, aqui é afastado qualquer vinculação à falsidade ou veracidade sobre a mulher, ficando claro que é apenas divulgar fatos infamantes à sua honra.

Na injúria devido a ofensa com palavras negativas, seria ofender ou insultar (xingar), porém é necessário que está ofensa atinja a dignidade ou o decoro da mulher.

2 Principais crimes contra a mulher

Abordará sobre os principais crimes contra a mulher, que estão dentro das formas de violência como comentado no primeiro capítulo. O porque desses crimes serem os principais meios para a consumação contra a mulher e o que nosso legislativo apresenta para que haja diminuição desses incidentes. Esses crimes são formais, onde podem ser uma ameaça ou contra a honra.

Além disso, o capítulo também apresentará brevemente quais os crimes com maior incidência nesses anos no Brasil contra a mulher, e os avanços legislativo.

2.1 Femicídio

A violência contra a mulher deixou de ser algo praticado somente dentro de seu lar e passou a ser crime praticado por em relação pelo simples fato de ser mulher também, apesar de fora do lar é mais complicado a sua comprovação que foi pelo fato de ser mulher, o legislador trouxe essa hipótese em seu artigo 121, §2º, incisos I, II⁷. Onde é crime de feminicídio; violência doméstica e familiar e menosprezo a condição de mulher.

Bruna Conceição Ximenes de Araújo nos descreve o seguinte:

Que na República Federativa do Brasil a qualificadora do feminicídio é um instrumento que tem vistas a concretizar um tratamento penal

⁷ Artigo 121 matar alguém

§2º considere que há razões de condição de sexo feminino

I- violência doméstica e familiar

II- menosprezo ou discriminação a condição de mulher

especifico direcionado aquele que pratica um crime de homicídio em face de uma mulher em razão de pertencer ela ao gênero feminino.⁸

A) Violência doméstica e familiar contra a mulher

Nessa qualificadora é importante salientar que na Lei Maria da Penha é conceituado como qualquer ação ou omissão baseada no gênero que causa uma série de resultados que cause, morte, lesão sofrimento físico, sexual ou psicológico, dano moral e patrimonial. Um exemplo é o namorado que mata a namorada porque ela terminou o namoro com ele. Não precisa necessariamente morar juntos para que faça parte da qualificadora, basta ter uma relação íntima entre as partes, não precisa de coabitação. Que já foi tema de controvérsia no STJ, mas o STF decidiu aplicar para as relações de namoro, também.

O STF decidiu aplicar a Lei Maria da Penha nas relações de namoro:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PENAL. VIOLÊNCIA COMETIDA POR EX-NAMORADO. IMPUTAÇÃO DA PRÁTICA DO DELITO PREVISTO NO ART. 129, § 9º, DO CÓDIGO PENAL. APLICABILIDADE DA LEI MARIA DA PENHA (LEI N. 11.430/2006). IMPOSSIBILIDADE DE JULGAMENTO PELO JUIZADO ESPECIAL. 1. Violência cometida por ex-namorado; relacionamento afetivo com a vítima, hipossuficiente; aplicação da Lei n. 11.340/2006. 2. Constitucionalidade da Lei n. 11.340/2006 assentada pelo Plenário deste Supremo Tribunal Federal: constitucionalidade do art. 41 da Lei n. 11.340/2006, que afasta a aplicação da Lei n. 9.099/1995 aos processos referentes a crimes de violência contra a mulher. 3. Impossibilidade de reexame de fatos e provas em recurso ordinário em habeas corpus. 4. Recurso ao qual se nega provimento (STF – RHC 112.698- DF, Rel. Min. Cármen Lúcia, Data de Julgamento: 18-9-2012, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-193. DIVULG 1o-10-2012. PUBLIC 2-10-2012).⁹

Geralmente a violência contra a mulher no âmbito familiar é algo obscuro, em que a mulher tem medo de falar para alguém ou fazer denúncia por medo do que seu companheiro pode vir a fazer. Podemos dizer que retira a dignidade da mulher reduzindo-a daquilo que podemos chamar de “assujeitamento”, onde o homem pratica suas agressões ligadas a uma ideologia de superioridade e força física do qual pendurava antigamente o modelo de família tradicional e dos primórdios da humanidade, que temos em vista que sempre foi observada de uma maneira machista em relação do homem sobre mulher.

A sociedade no mundo todo sempre foi machista, podemos enxergar muitos aspectos até nos dias de hoje, apesar de ter ocorrido uma mudança grande em comparação a história. As mulheres tiveram que lutar muito, passar por grandes atentados para adquirir seus direitos na sociedade atual. Apesar de ter conseguido muitos direitos, ainda existem famílias que acham que mulher tem que ficar somente em casa cuidando dos filhos e da casa.

Mesmo com a modificação das leis, fica claro que essas raízes nefastas e prejudiciais a família e a saúde da mulher continuam a correr na sociedade.

⁸ Bruna conceição Ximenes de Araújo. Publicado: 23.12.2016. disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-qualificadora-do-feminicidio-na-republica-federativa-do-brasil,57662.html>>. Acesso em: 9 de maio de 2019

⁹ STF – RHC 112.698-DF, Rel. Min. Carmen Lúcia. Publicação: 02.10.2012. disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3112683>>. Acesso em 9 de maio de 2019.

Bruna Conceição Ximenes de Araújo conclui o seguinte em relação a esse ponto:

A violência doméstica e familiar na qualificadora do feminicídio é aquela referente na Lei Maria da Penha, em seu artigo 5º, e indicativa de ações e ou omissões de gênero que no âmbito familiar ou de relações íntimas cause danos, lesões e mortes as mulheres pelo fato de serem elas mulheres.¹⁰

Apesar dos esforços do legislativo para coibir tais atitudes, é muito frequente, principalmente no lar. A maior incidência é no lar entre marido e mulher.

B) Menosprezo e discriminação na condição de mulher

O menosprezo está ligado a depreciação de alguém por motivos de cunho ideológico ou social, ao qual o indivíduo considera que aquela outra pessoa não tem o mesmo valor que ele.

Aline Bianchini salienta:

Que se trata de expressão verificada quando o agente pratica o crime por nutrir pouca ou nenhuma estima ou apreço pela vítima, configurando dentre outros, desdém, desprezo, depreciação, desvalorização.¹¹

Esse menosprezo é fruto de uma sociedade ainda ultrapassada, pela família tradicional raiz, os quais ensinavam que todas as mulheres eram seres humanos submissos aos homens d fracos em comparação ao sexo masculino, seja em termos intelectuais ou da força. Porém não passava de pensamentos machistas, hoje as mulheres ocupam os postos mais alto de nossa sociedade ao lado dos homens, se não for maioria no respectivo momento que vivemos.

Como Bruna Conceição Ximenes de Araújo destaca que o menosprezo é a expressão caracterizadora do desprezo pelo simples fato de ser mulher:

Assim, o menosprezo de que trata a qualificadora do feminicídio é expressão caracterizadora do desprezo e desdém atribuído a mulher pelo fato de ser ela pertencente ao sexo feminino. É o elemento que ainda precisa constar em lei e atribuir pesada punição.¹²

Já a discriminação também é causa de qualificadora do crime de homicídio. O que eliminou todas formas de discriminação contra a mulher. A discriminação também decorre dos mesmos motivos do menosprezo, por questões ligadas a a superioridade do homem à mulher.

¹⁰ Bruna conceição Ximenes de Araújo. Publicado: 23.12.2016. disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-qualificadora-do-femicidio-na-republica-federativa-do-brasil,57662.html>>. Acesso em: 9 de maior de 2019

¹¹ ALINE BIANCHILINI. Publicação: 04.04.2018. disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ts/v30n1/1809-4554-ts-30-01-0283.pdf>>. Acesso em 9 de maio de 2019.

¹² Bruna conceição Ximenes de Araújo. Publicado: 23.12.2016. disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-qualificadora-do-femicidio-na-republica-federativa-do-brasil,57662.html>>. Acesso em: 9 de maior de 2019

Inclui-se também, relação a forma de se vestir e a prática de determinados atos, o que é completamente contraditório, pois consideram normal um homem fazer mas um absurdo mulher fazer.

A sociedade brasileira em si é completamente machista e patriarcal como é reforçado:

A discriminação nesse âmbito pode ocorrer de diversas formas, como por exemplo ao entender que a mulher não pode trabalhar fora de casa, e se ela contrariar isso, é morta, restringindo a ser do lar, ou matar pelo simples fato de ela estudar ou chefiar alguma empresa. São muitos os casos em que vitimam mulheres pela discriminação, sendo uma característica predominante de sociedade machista e patriarcal, que é o caso do Brasil.¹³

A lei maria da penha se aplica para os transexuais e para os homossexuais, casos que já foram reconhecidos de forma oriunda e pelo STJ. Ou seja, eles são considerados vítimas nos crimes de feminicídio e aplica-se a Lei Maria da Penha para ambos. Conforme Aline Bianchini reforça:

O STJ, entendendo que o Estado protege a família por meio do casamento e que essa proteção deve se estender a todos, independentemente da orientação sexual, considerou que a opção sexual não pode ser fator determinante para a concessão ou não de direitos de natureza civil (REsp 1.183.378).³¹⁴

2.2 Lesão corporal

Este ato de violência contra a mulher é bem comum nas relações familiares onde se tem intimidade com a vítima, apesar de ocorrerem também fora do âmbito familiar, onde a mulher sofre a violência por questão de gênero, por discriminação pelo fato dela ser mulher.

Em nosso código penal, artigo 129, nos relata o tipo de lesão corporal em geral, com pena de 3 (três) meses a 1 (um) ano, para lesões simples contra qualquer pessoa. De acordo com esse artigo não se aplica a Lei Maria da penha, pois é quando é cometido fora do âmbito doméstico, familiar ou íntimo com o agressor. Como reforça Damásio de Jesus;

Art. 129, caput e parágrafo, é crime comum, quando cometido fora do âmbito doméstico, familiar ou íntimo. Neste caso não se aplicam as disposições especiais da Lei n. 11.340/2006.¹⁵

Ainda nesse artigo, mas em seus parágrafos 9º e 10º, nos trazem o tipo de lesão corporal doméstico, o qual é praticado contra, ascendente, descendente, cônjuges, companheiros, que conviva ou tenha convivido, e prevalecendo das relações doméstica, de coabitação ou hospitalidade, assim, nesses casos tem um aumento de pena de um terço para esses delitos. Mas não quer dizer que

¹³ **Comentários ao tipo penal feminicídio** (art. 121, § 2º, VI, do CP). Disponível em <http://www.dizerodireito.com.br/2015/03/comentarios-ao-tipo-penal-do.html>. Acesso em: 9 de maio de 2019

¹⁴ Bianchini, Aline. Lei Maria da Penha: Lei 13.340/2006: aspectos assistenciais, protetivos e criminais da violência de gênero – 3. Ed. São Paulo: Saraiva 2016. P.61

¹⁵ Jesus, Damásio de. Violência contra a mulher: aspectos criminais da Lei n. 11.340/2006 – 2. Ed. – São Paulo: Saraiva. 2015. P.55

necessariamente a vítima passiva é a mulher, pois é cabível também ao homem. A mulher no caso também pode ser o sujeito ativo do crime no caso da lesão corporal dentro do ambiente doméstico, tendo sua pena aumentada da mesma maneira que seria para o homem, como relata Damásio de Jesus;

Tipos do art. 129, §§ 9º e 10, que também incidem sobre o fato quando o homem é sujeito passivo.¹⁶

A lei Maria da Penha, tem o objetivo jurídico de proteger a integridade física e mental da mulher, não sendo apenas agressões físicas, mas também agressões verbais, como ameaça, contra a honra, todas tipificadas como crime, e a lei age como uma espécie de proteção aos direitos humanos da mulher. Damásio de Jesus, nos esclarece;

A lei restringiu a proteção penal, sob o aspecto das normas penais, ao delito de lesão corporal, tutelando os direitos humanos das mulheres da violência contra sua integridade física e mental e saúde no seio doméstico, familiar e íntimo.¹⁷

A conduta típica desse crime é atingir a incolumidade física ou saúde mental da mulher de forma livre. São praticados na unidade familiar, não necessariamente no lar, bastando que tenha um relacionamento doméstico, familiar ou íntimo entre os as duas pessoas.

Ainda sendo as agressões recíprocas e sem gravidade de lesões, com lesões leves, pode o juiz substituir a pena de detenção pela pena de multa para ambos. Como está no artigo 129, §5º, II;

§ 5º O juiz, não sendo graves as lesões, pode ainda substituir a pena de detenção pela de multa: II – se as lesões são recíprocas.¹⁸

A lesão corporal, praticada no âmbito familiar, que tem aumento de pena de um terço, vale para mesmo para quando os crimes são qualificados com pena maior do que previsto no caput do artigo 121.

Pode haver o princípio da insignificância quando ínfima a lesão corporal, se excluindo a tipicidade do fato, porém não se exclui, a configuração da contravenção penal de vias de fato.

2.3 Contra a honra

Podemos destacar vários casos de maridos ou ex maridos que são condenados a indenização às suas companheiras ou ex companheiras por agredilas verbalmente. Apesar de grande parte da população brasileira achar que são apenas agressões físicas que causam danos e penas, por falta de conhecimento, na verdade não é assim, pois são fundamentados dentro da Lei Maria da Penha.

A honra é um direito que compõem no rol de direito da personalidade, e é assegurado constitucionalmente, pelo princípio da dignidade da pessoa humana.

¹⁶ Jesus, Damásio de. Violência contra a mulher: aspectos criminais da Lei n. 11.340/2006 – 2. Ed. – São Paulo: Saraiva. 2015. P.55

¹⁷ Jesus, Damásio de. Violência contra a mulher: aspectos criminais da Lei n. 11.340/2006 – 2. Ed. – São Paulo: Saraiva. 2015. P.55

¹⁸ Artigo 129, §5º, CP; Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem: § 5º O juiz, não sendo graves as lesões, pode ainda substituir a pena de detenção pela de multa, de duzentos mil reais a dois contos de reais: I - se ocorre qualquer das hipóteses do parágrafo anterior II - se as lesões são recíprocas.

Portanto está sujeito a pagamento de indenização pela violação desse direito que todo ser humano é titular, porém os casos ocorrem na maioria das vezes por questão de gênero, por seus companheiros achar que ela é inferior a ele tem uma percepção que pode fazer o que bem entender contra ela.

Todas agressões morais podem ser fundamentadas a indenização por danos morais, como xingamentos, insultos, e diversos outros atos de violência contra a honra da mulher, mas não cabe somente a mulher.

Portanto essa agressão é violação contra a honra subjetiva, desde que a ofendida não provoca tal situação.

Cabe salientar que a ofensa à honra subjetiva é um ato ilícito, em que o dano se revela *in re ipsa*, ou seja, o dano é presumido e se configura independentemente de seus efeitos, já que a dor, o sofrimento, a angústia, a tristeza ou o abalo psíquico da vítima não necessitam ser demonstrados.¹⁹

São ocorridos os fatos em sua maioria quando o casal se separa que o homem procura um jeito de ferir a integridade moral e psicológica da mulher. Mesmo coma vítima tendo consentido do ato no momento não quer dizer que estaria autorizado de ser postando na internet ou divulgado por algum meio de comunicação, tendo total respaldo judicial.

Tendo todo um procedimento a ser feito para a polícia rastrear o site, tendo o protocolo IP do computador para chegar ao denunciado. Podendo ser denunciado até em mais de um artigo como relata Alexandre Rodrigues Atheniense;

As autoridades usam os artigos do Código Penal para fixar as penas. Por isso, as vítimas que tiveram fotos, montagens ou vídeos de foro íntimo divulgados - com ou sem - autorização, têm seus casos avaliados através do artigo de crimes contra a honra. Os mesmos são enquadrados em difamação (o ato de disponibilizar imagens íntimas de uma pessoa) ou injúria (ofensas realizadas em meio eletrônico).²⁰

Temos três tipos de crime contra a honra dentro do nosso Código Penal: calúnia, difamação e injúria.

A calúnia que for sua vez é a imputação falsa de fato definido como crime, que é praticado somente na forma comissiva, não se admitindo a forma omissiva, podendo ainda ser por gestos ou insinuações. A calunia pode ocorrer quando fato imputado não ocorreu ou mesmo quando ocorrido não foi o caluniado o seu autor. É um crime formal, ou seja, se consuma quando o terceiro toma conhecimento, não bastando que apenas o sujeito ativo e passivo saiba. Admitindo-se também a forma tentada quando feito por meio escrito, uma carta por exemplo. Quando ocorre o fato

¹⁹ EX-MARIDO É CONDENADO A INDENIZAR EX-MULHER, POR AGREDI-LA, VERBALMENTE, NA FRENTE DO FILHO E DE FAMILIARES: PUBLICADO EM: 6. FEVEREIRO. 2019. DISPONÍVEL EM <[HTTPS://CLAUDIAMARAVIEGAS.JUSBRASIL.COM.BR/ARTIGOS/671817685/EX-MARIDO-E-CONDENADO-A-INDENIZAR-EX-MULHER-POR-AGREDI-LA-VERBALMENTE-NA-FRENTE-DO-FILHO-E-DE-FAMILIARES?REF=SERP](https://claudiamaraviegas.jusbrasil.com.br/artigos/671817685/ex-marido-e-condenado-a-indenizar-ex-mulher-por-agredi-la-verbalmente-na-frente-do-filho-e-de-familiares?ref=serp)>. ACESSO EM 23 DE MAIO DE 2019.

²⁰ MULHERES SÃO AS MAIORES VITIMAS DE CRIMES CONTRA A HONRA NA INTERNET: Publicado em: 2010. Disponível em: <<https://alexandre-atheniense.jusbrasil.com.br/noticias/2103190/mulheres-sao-maiores-vitimas-de-crimes-contra-a-honra-na-internet>>. Acesso em 23 de maio de 2019.

como brincadeira, narrado ou quando já tem conhecimento de todos (exceção de notoriedade) não responde por tal crime. Admite-se ainda exceção da verdade, salvo contra se o ofendido está respondendo ainda processo criminal de ação privada, contra o presidente da república ou chefe de governo estrangeiro, e quem já tenha sido absolvido em sentença penal transitada em julgado.

Para Guilherme Nucci é uma difamação de forma qualificada e objetiva:

Caluniar é fazer uma acusação falsa, tirando a credibilidade de uma pessoa no meio social. Vislumbra-se, pois, que a calúnia nada mais é que uma difamação qualificada, ou seja, uma espécie de difamação. Atinge a honra objetiva da pessoa, atribuindo-lhe o agente um fato desairoso, no caso particular, um fato falso definido como crime.²¹

Esse crime não vemos serem praticados com tanta frequência contra as mulheres no Brasil, na verdade pouquíssimos casos.

Diferentemente do que ocorre na calúnia, a difamação não é considerado crime o fato imputado, mas apenas ofensivo a sua reputação e não admite contra os mortos. É um crime formal e sua consumação também se dar quando terceiro toma conhecimento, independentemente desse terceiro acreditar ou não, e há tentativa na forma escrita. A exceção da verdade nesse caso, só é admitida se o ofendido é funcionário público no exercício de suas funções. E assim como ocorre na calúnia, não se deve punir quem simplesmente repete o que todo mundo já sabe, a exceção de notoriedade. Como reforça Guilherme Nucci;

Difamar significa desacreditar publicamente uma pessoa, maculando-lhe a reputação. Difamar significa algo desairoso a outrem, embora a descrição abstrata feita pelo legislador tenha deixado claro que, no contexto do crime no art. 139, não se trata de qualquer fato inconveniente ou negativo, mas sim de fato ofensivo a sua reputação. Assim, difamar uma pessoa implica divulgar fatos infamantes à sua honra objetiva, sejam eles verdadeiros ou falsos.²²

Acontece muito esse crime em relação a namoros que acabam e o namorado tenta achar algo que fere a imagem, reputação de sua ex namorada.

Na injúria diferentemente das outras duas não busca tutelar a honra objetiva e sim a subjetiva do ofendido que tem relação com a autoestima da pessoa, conceito que ela tem dela mesma, não se tratando de um fato de sim a emissão de um conceito depreciativo sobre o ofendido. Também não precisa que o terceiro tome conhecimento e sim a própria vítima e independe de a pessoa ter se sentido ofendida ou não, independe de resultado naturalístico. É um crime formal e cabe tentativa na forma escrita. Nunca admite prova em verdade (exceptio veritatis), porém admitem perdão judicial, quando há provocação ou retorsão. Como realça Nucci;

Injuriar significa ofender ou insultar (vulgarmente, xingar). No presente, isso não basta. É preciso que a ofensa atinja a dignidade (respeitabilidade ou amor – próprio) ou o decoro (correção moral ou

²¹ Nucci, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal – 12. Ed. Ver., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016. P. 682.

²² Nucci, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal – 12. Ed. Ver., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016. P. 684.

compostura) de alguém. Portanto, é um insulto que macula a honra subjetiva, arranhando o conceito que a vítima faz de si mesma.²³

Nesse crime também quando existe a injúria real, com vias de fato ou violência e qualificado que é a injúria racial, nesse caso a doutrina majoritária entende que há concurso material e outra corrente que entende que é concurso formal impróprio ou imperfeito, assim se aplicando o sistema de cúmulo material.

Centenas de feminicídios que ocorrem no Brasil antes acontecerem em sua grande maioria um crime contra honra, principalmente de injúria, que é contra a honra subjetiva da mulher, a autoestima.

2.4 Ameaça

A ameaça é o crime pelo qual uma pessoa faz promessa de realização futura contra a pessoa de um mal grave e injusto para a outra pessoa, como conclui Nucci;

Ameaçar significa procurar intimidar alguém, anunciando-lhe a ocorrência de mal futuro, ainda que próximo. Por si só, o verbo já nos fornece uma clara noção do que vem a ser crime, embora haja complemento, que se torna particularmente importante, visto não ser qualquer tipo de ameaça relevante para o direito penal, mas apenas a que lida com um mal injusto e grave.²⁴

Mas esse mal injusto e grave tem que causar verdadeiro temor a vítima e a gravidade deve ser analisada no caso concreto, pois cada pessoa tem sensibilidade própria. É um crime formal, basta a vontade de ameaçar, independentemente se vai cumprir ou não a ameaça e não se admite na forma culposa.

A consumação se dar com o conhecimento da vítima, em regra não cabe tentativa para a doutrina minoritária por se tratar de um crime e ação penal pública condicionada a representação, porém a doutrina majoritária como Nucci, entende que há tentativa na forma escrita, na forma plurissubsistente, mas que é de difícil configuração.

Possui diversas maneiras de serem praticadas. Podendo ser de forma explícita (“eu vou te matar!”) implícita (“se eu fosse você, faria um seguro de vida para sua família”). Pode ser direta quando promete fazer mal a pessoa e indireta quando promete fazer mal a terceiro. Pode ainda ser incondicionada quando promete matar a pessoa e de forma condicionada que é a ameaça que pretende se consumir por determinadas condições. Esse crime assim como acontece nos crimes contra a honra acontecem antes da prática de um feminicídio e que muitas das vezes a vítima não chega nem a fazer o boletim de ocorrência contra seu parceiro por medo ou por não acreditar. Um ponto relevante a ser apresentado é que se a mulher ameaça de ir à delegacia para registrar ocorrência em face de seu agressor não configura crime de ameaça, pois é um direito que lhe existe.

2.5 Dano

²³ Nucci, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal – 12. Ed. Ver., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016. P. 686.

²⁴ Nucci, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal – 12. Ed. Ver., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016. P. 698.

O crime de dano contra a mulher se dar quando a pessoa destrói algo de valor dela, os motivos podem ser os demais variados, pois é um crime de conteúdo variável e material, ou seja, depende do resultado naturalístico para sua consumação. Existe tentativa e sua consumação se dar com a efetiva destruição, inutilização ou deterioração da coisa alheia, pois se for coisa do próprio proprietário não configura crime, salvo se estiver com terceiro por determinação judicial ou convenção. E é qualificado caso tenha sido praticado com emprego de violência ou grave ameaça contra a mulher. Porém com Nucci já critica, desaparecer com coisa alheia não configura crime algum, nem mesmo por furto, respondendo apenas civilmente pelo seu ato;

Quem desaparece com coisa alheia, lamentavelmente, não pratica crime algum. Aliamos a doutrina majoritária no sentido de que desaparecer não significa destruir, inutilizar ou deteriorar a coisa alheia, tendo havido uma falha na lei penal. Por furto não a razão também para punir agente, tendo em vista que não teve animo de apropriação. Assim aquele que faz sumir coisa de seu desafeto, somente para que este fique desesperado à sua procura, responderá civilmente pelo seu ato.²⁵

2.6 Estupro

Anteriormente, apenas era crime de estupro a conduta constranger alguém mediante violência ou grave ameaça a ter conjunção carnal, mas foi incluído no tipo penal o que antes era o considerado o “atentado violento ao pudor”, que consiste em praticar ou permitir que se pratique outro ato libidinoso (diverso da conjunção carnal). Mas não houver abolitio criminis, apenas passou a incriminar dentro de outro tipo penal, o que chamamos de continuidade típico-normativa.

Antes era delito biproprío, somente podendo ser praticado por homem e como vítima a mulher, mas agora é crime bicomum, ou seja, sujeito ativo e passivo pode ser qualquer pessoa. E a sua consumação se dar com a conjunção carnal ou outro ato libidinoso (diversos, como sexo oral, anal, masturbação), sendo perfeitamente admissível a tentativa, como nos reforça Nucci;

Constranger mediante o emprego de violência ou grave ameaça, à conjunção carnal ou a prática de outro ato libidinoso, bem como permitir que ele se pratique. Basta a introdução, ainda que incompleta, do pênis na vagina, independentemente de ejaculação ou satisfação efetiva do prazer sexual.²⁶

Temos uma divergência quanto a possibilidade ou não de termos ato de estupro sem que haja contato físico, mas jurisprudencialmente prevalece o entendimento de que é indispensável o contato físico. Ainda vale ressaltar que a prática de duas condutas em contextos fáticos diversos, mas na mesma condição de tempo, lugar e modo de execução, não teremos crime único mas sim continuado.

O estupro em geral é um grande problema da sociedade brasileira a décadas, diferentemente dos outros crimes aqui relatos, este geralmente é contra pessoas que não tem nenhuma afinidade. E no caso desse crime quando se resulta apenas lesões leves, entende-se que ficam absolvidas pelo crime de estupro, de

²⁵ Nucci, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal – 12. Ed. Ver., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016. P. 686.

²⁶ Nucci, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal – 12. Ed. Ver., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016. P. 856.

forma que o agente não é punido pelas lesões leves e pelo estupro em concurso, mas apenas pelo estupro. O crime de estupro é um crime hediondo.

Considerações finais

Logo podemos concluir que a violência contra a mulher está presente em todos os países do mundo, violando seus direitos e colocando em perigo suas vidas. A violência contra a mulher é um dos fenômenos que mais ganham visibilidade nas últimas décadas, o mais denunciado em grande parte dos países da América Latina e do mundo, dentre esses os que tem mais denúncias são: Violência sexual, doméstica e familiar, assédio sexual, moral e feminicídio. Não existem somente agressões físicas, até por isso, a violência psicológica é considerada de tamanha importância quanto as demais, onde causa que as mulheres venham até a se auto exterminar de diversas formas, onde causa doenças graves, como depressão.

Portanto a impunidade ainda é gigantesca tanto por conta do medo das mulheres de denunciar tais atos praticados contra ele tanto por parte do estado e para isso é preciso um trabalho de todo um conjunto de pessoas e órgãos. Que homens com esse comportamento venham cumprir suas penas e não tendo vários privilégios como têm hoje. situações como essas é que deixa ainda as mulheres inseguras em denunciar. Uma coisa leva a outra, assim todo o conjunto pode trabalhar junto para que haja uma melhora.

O trabalho tem objetivo de mostrar como todas as mulheres sofrem com várias formas de violência contra ela, e que não é apenas fisicamente que se agride uma mulher, uma forma de proteção para elas, um trabalho efetivo para que elas se sintam seguras de fazer denúncias de agressões sofridas. Assim como as principais violências sofridas por elas, principalmente dentro dos seus lares com o feminicídio, o que o legislador até tomou uma postura de colocar no rol de crimes hediondos, que é de grande valia.

A pesquisa é importante para colocar ainda mais em evidência a discussão sobre a violência contra a mulher as várias formas que podem ser praticadas dentro da doutrina e da jurisprudência, e tirar aquele paradigma que são apenas violências físicas. Com os avanços da legislação podemos perceber que esses direitos das mulheres vêm sendo buscados, como aconteceu na inclusão do feminicídio do rol de crimes hediondos, vai diminuir? Temos duas correntes, uma que relata que não, alegando que já estaria dentro desse rol e outra que sim, alegando que dando mais ênfase a questão tudo, pode causar um certo receio no agressor.

Logo podemos concluir deste trabalho ostenta de várias formas; podendo ser física, sexual, psicológica, econômica, mas a forma de violência mais comum sofrida pelas mulheres no mundo é a violência física, normalmente efetuada por seu parceiro íntimo. E o fato dela continuar sendo praticada sem impunidade o combate se torna ainda mais difícil, por conta da incapacidade do estado em cumprir o dever de proteger as mulheres, apesar dos avanços, ainda não são concretamente efetivos da maneira que deveria ser.

Referências

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito Penal Parte Especial: Esquemático**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

GRECO, Rogério. **Código Penal Comentado**. 10. ed. Niterói: Impetus, 2016.

ALVES, Branca M.; PITANGUY, Jacqueline. **O que é feminismo**. São Paulo: Abril Cultural: Brasiliense, 1985.

DAMÁSIO, Jesus. **Violência Contra a Mulher**. São Paulo: Saraiva, 2015.

CUNHA, Rogério Sanches, Lei do Femicídio: Breves comentários. Disponível em: <<https://rogeriosanches2.jusbrasil.com.br/artigos/172946388/lei-do-femicidio-breves-comentarios>>. Acessado em: 26 outubro de 2018.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. São Paulo: Saraiva, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. Parte geral, parte especial. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

WASELFISZ, Julio Jacobo. Mapa da Violência 2015: **Homicídio de Mulheres no Brasil**. 1ª ed. Brasília-DF: 2015.

PORTO, Pedro Rui da Fontoura. Femicídio, **Expansão Injustificável ou Resgate de uma Omissão Histórica do Direito Penal? III Colóquio de Ética, Filosofia e Direito da Universidade de Santa Catarina**. 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal** – 12. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2016.

OLIVEIRA, Ana Carolina. Gondim de. A; COSTA, Mônica Josy Souza; SOUZA, Eduardo Sérgio Soares. **Femicídio e Violência de Gênero: Aspectos Sociojurídicos**. *Revista Online do CESED* – Centro de Ensino Superior e Desenvolvimento. Vol. 16, nº 24/25, dez. 2015.

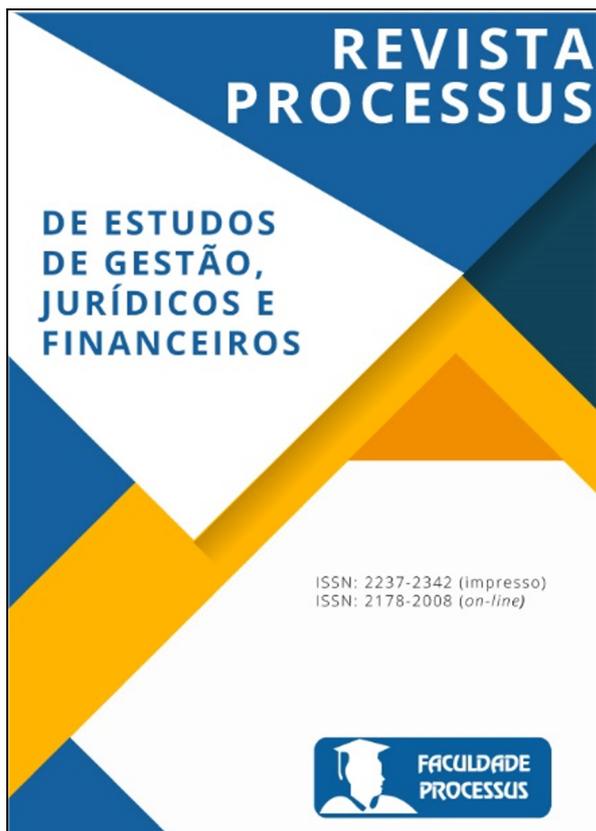
HELKER, Meregildo. **Da Violência Doméstica Fatal contra a Mulher: Evolução e Tipificação**. Mon. UNIR. Cacoal-RO, 2016.

NABUCO FILHO, José. **Femicídio**. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade São Judas Tadeu*. nº 03, ano 2015.

BUZZI, Ana Carolina de Macedo. **Femicídio e o Projeto de Lei nº292/2013 do Senado Federal**. Mon. UFSC. Florianópolis/SC: 2014.

DIAS, Maria Berenice. **A lei Maria da Penha na justiça**. 3. ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

HAUSER, Ester Eliana. **Cultura da paz, tolerância e combate à exclusão**. In: **CENCI, Daniel (org.) Rede de proteção às mulheres: olhares sobre a experiência de Ijuí/RS**. Ijuí: Editora Unijuí, 2014.



**Revista Processus de Estudos
de Gestão, Jurídicos e Financeiros**

ISSN: 2237-2342 (impresso)

L-ISSN: 2178-2008 (on-line)

Ano X, Vol. X, n.39, jul./dez., 2019.

Tramitação editorial:

Data de submissão: 30/07/2019.

Data de reformulação: 15/09/2019.

Data de aceite definitivo: 08/11/2019.

Data de publicação: 13/11/2019.

**Editor-chefe: Jonas Rodrigo
Gonçalves**

A IMPORTÂNCIA DA MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO PARA A DESOBSTRUÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO DO MUNICÍPIO DE VALPARAÍSO DE GOIÁS - GO¹

*AN IMPORTANCE OF MEDIATION AND CONCILIATION FOR THE DISCLOSURE OF THE
JUDICIARY POWER OF THE CITY OF VALPARAÍSO DE GOIÁS - GO*

*Jonas Rodrigo Gonçalves²
Cleison Virginio Gomes de Almeida³
Leonardo Duarte dos Santos⁴*

Resumo

O tema deste artigo é A importância da Mediação e Conciliação para a Desobstrução do Poder Judiciário no Município de Valparaíso de Goiás. Investigou-se o seguinte problema: “A mediação e a conciliação na fase pré-processual contribuem de forma substancial para a diminuição da demanda processual litigiosa no âmbito do Poder Judiciário no município de Valparaíso de Goiás?”. Cogitou-se a seguinte hipótese, que a mediação e a conciliação contribuem de forma significativa para a desobstrução do Poder Judiciário no município em questão em decorrência do grande número de

¹ Este artigo contou com a revisão linguística dos próprios autores.

² Doutorando em Psicologia; Mestre em Ciência Política; Licenciado em Filosofia e Letras (Português e Inglês); Especialista em Didática do Ensino Superior em EAD, Docência no Ensino Superior, Formação em EAD, Revisão de Texto, Agronegócio e Gestão Ambiental. Professor das faculdades Processus (DF), Unip (SP), Facesa (GO), CNA (DF). Escritor (autor de 61 livros didáticos). Revisor e Editor.

³ Possui graduação em Direito pela Faculdade Processus (2015). Atualmente é professor da Faculdade Processus. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Tributário. E-mail: barreirosvirginioadv@gmail.com

⁴ Bacharel em Direito pela Faculdade Processus.

audiências que são realizadas nos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSCs) ainda na fase pré processual. O objetivo geral é averiguar se os trabalhos de mediação e conciliação realizados pelos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania têm contribuído de forma significativa para a diminuição da demanda processual no Judiciário. Os objetivos específicos são: abordar a perspectiva histórica e conceitual dos institutos da mediação e conciliação no Brasil; verificar como se dá a atuação do conciliador e do mediador na autocomposição pré processual; ponderar de que forma a autocomposição pré processual contribui para o acesso à justiça; promover uma breve análise acerca da resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça e o disposto no Código de Processo Civil de 2015 no que toca à conciliação e mediação;. Este trabalho é importante em uma perspectiva individual devido ao curso de mediação e conciliação que fiz junto ao Tribunal de Justiça do Estado de Goiás no ano de 2015, atuando como conciliador voluntário, onde me chamou à atenção os diversos casos que foram resolvidos na fase pré processual, sem a necessidade de levar adiante; para a ciência, é relevante pelo fato de que ajuda a sociedade a elevar seu conhecimento na área jurídica; agrega à sociedade pelo fato de ser um tema interessante de maneira geral na sociedade. Trata-se de uma pesquisa qualitativa teórica com duração de seis meses.

Palavras-chave: Mediação. Conciliação. Eficácia. Pré Processual. Cejusc.

Abstract

The theme of this article is The Importance of Mediation and Conciliation for the Clearance of the Judiciary in Valparaiso de Goiás. The following problem was investigated: "Do mediation and conciliation in the pre-procedural phase substantially contribute to the reduction of the litigious procedural demand within the Judiciary in the municipality of Valparaiso de Goiás?". The following hypothesis was considered, that mediation and conciliation contribute significantly to the clearing of the judiciary in the municipality in question due to the large number of hearings that are held in the Judicial Centers for Conflict and Citizenship (CEJUSCs). in the pre-procedural phase. The general objective is to ascertain whether the mediation and conciliation work carried out by the Judicial Centers for Conflict and Citizenship Solution have significantly contributed to the reduction of the judicial demand in the judiciary. The specific objectives are: to approach the historical and conceptual perspective of the institutes of mediation and conciliation in Brazil; verify how the conciliator and the mediator act in the pre-procedural self-composition; consider how pre-procedural self-composition contributes to access to justice; promote a brief analysis of Resolution 125 of the National Council of Justice and the provisions of the 2015 Civil Procedure Code on conciliation and mediation; This work is important from an individual perspective because of the course of mediation and conciliation that I did at the Court of the State of Goiás in 2015, acting as a voluntary conciliator, which caught my attention the various cases that were resolved in the pre phase. procedural, without the need to proceed; for science, it is relevant because <cite what science gains from its work>; it adds to society by <mentioning the importance of its work to society>. This is a theoretical qualitative research lasting six months..

Keywords: Mediation. Conciliation. Effectiveness. Pre Procedural. Cejusc.

Introdução

Um dos maiores objetivos da Lei 13.105/15 (Código de Processo Civil) é proporcionar celeridade processual. Para alcançar esse objetivo, o novo Código de destaca e incentiva a prática das técnicas de autocomposição nas modalidades de conciliação e mediação. Assim, o presente artigo versa sobre a importância da conciliação e mediação na fase pré processual para a desobstrução do Poder Judiciário, tendo como recorte espacial o município de Valparaíso de Goiás. (CAPPELLETTI e GARTH, 1988)

A escolha do tema se justifica pelo fato da demanda do judiciário estar se tornando cada vez mais crescente. Ainda que haja incentivo por parte da legislação, a cultura da opção pela jurisdição contenciosa ainda é muito latente na realidade brasileira. Tendo isso em vista, a presente análise busca mostrar não só para o público acadêmico, mas também para a população como um todo a existência e a importância dos meios de autocomposição (conciliação e mediação).

Assim, a problemática do presente artigo concentra-se na seguinte indagação: a mediação e a conciliação na fase pré-processual contribuem de forma substancial para a diminuição da demanda processual litigiosa no âmbito do poder judiciário no município de Valparaíso de Goiás?

A hipótese inicialmente levantada para a problemática exposta é que a mediação e a conciliação contribuem de forma significativa para a desobstrução do poder judiciário no município em questão em decorrência do grande número de audiências que são realizadas nos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSCs) ainda na fase pré processual.

O referencial teórico explorado no trabalho tem como base os estudos de Mauro Cappelletti e Bryant Garth, onde na obra *Acesso à Justiça* deliberam acerca da relação entre cidadão e poder judiciário; e Roberto Portugal Bacellar (2012) que ensina com maestria os institutos da autocomposição na obra *Mediação e Arbitragem*.

O objetivo geral do artigo é averiguar se os trabalhos de mediação e conciliação realizados pelos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania têm contribuído de forma significativa para a diminuição da demanda processual no judiciário.

Os objetivos específicos são: abordar a perspectiva histórica e conceitual dos institutos da mediação e conciliação no Brasil; verificar como se dá a atuação do conciliador e do mediador na autocomposição pré processual; ponderar de que forma a autocomposição pré processual contribui para o acesso à justiça; promover uma breve análise acerca da resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça e o disposto no Código de processo Civil de 2015 no que toca à conciliação e mediação; e, por fim, analisar estatisticamente se o número de acordos celebrados por intermédio do CEJUSC Valparaíso de Goiás têm contribuído para a desobstrução e para a celeridade do judiciário local.

A estrutura metodológica do artigo em questão parte da pesquisa exploratória, pois busca-se investigar com maior profundidade a conciliação e a mediação com a finalidade de promover uma melhor compreensão acerca de seu funcionamento.

A abordagem utilizada é mista, ou seja, quantitativa e qualitativa. Na abordagem quantitativa, faz-se uso de técnicas estatísticas objetivando reunir e analisar os dados numéricos que serão representados através de gráficos e tabelas. Quanto a abordagem qualitativa, os dados coletados possuem caráter subjetivo, pois busca-se compreender a problemática a partir de percepções e análises bibliográficas.

Resultados e Discussões

A conciliação é um instituto relativamente antigo no Brasil, pois está presente em no ordenamento jurídico desde a Constituição do Império (1824). Nessa Carta já se notava um certo estímulo à realização da autocomposição, pois seu texto previa a exigência da tentativa de reconciliação entre os litigantes antes que se desse início à demanda contenciosa. (BACELLAR, 2012, p. 84).

Ainda que desde 1824 o sistema jurídico brasileiro já tenha previsto uma forma pacífica para a solução dos conflitos, muitos desdobramentos nesse mesmo sentido surgiram posteriormente, a título de exemplo cita-se o Decreto n. 737 de 1850, o primeiro código processual elaborado no Brasil, que se preocupou em efetivar o tema conciliação em seu texto por intermédio do artigo 23, dizendo que: “nenhuma causa comercial será proposta em juízo contencioso, sem que previamente se tenha tentado o meio da conciliação, ou por ato judicial, ou por comparecimento voluntário das partes”. (DECRETO n. 737 de 1850)

Em seguida, o instituto da conciliação foi extinto do ordenamento jurídico brasileiro por intermédio do Dec n. 359 de 1890, que considerava que a conciliação como fase preliminar e obrigatória da jurisdição contenciosa se mostrava onerosa e inútil na composição de litígios.

Art. 1º. É abolida a conciliação como formalidade preliminar ou essencial para serem intentadas ou prosseguirem as ações, cíveis e comerciais, salva às partes que estiverem na livre administração dos seus bens, e aos seus procuradores legalmente autorizados, a faculdade de porem termo a causa, em qualquer estado e instancia, por desistência, confissão ou transação, nos casos em que for admissível e mediante escritura pública, ternos nos autos, ou compromisso que sujeite os pontos controvertidos a juízo arbitral. (DECRETO n. 359 de 1890).

Acompanhando o percurso histórico, cita-se as Constituições de 1891 e de 1934 que por sua vez atribuíram aos estados brasileiros a regalia de legislar sobre matéria processual, permitindo que cada um dos entes federativos dispusesse acerca das regras relativas à conciliação. Destarte, alguns Códigos, como os de São Paulo, Rio de Janeiro, Bahia e Rio Grande do Sul, regulamentaram o instituto..

A criação da figura do conciliador e a fixação de suas atribuições foram outros pontos marcantes. Sendo elas, uma das inovações trazidas pelas Constituições de 1937 e 1946, que foram inspiradas na Justiça de Paz do Império. Além dessa criação, houve também a fixação da competência territorial dos Juízes, onde o judiciário passou a obedecer ao princípio da aderência territorial.

Acerca do tema da evolução histórica, surge a Constituição de 1967, que manteve a conciliação em seu texto e recomendou aos Estados a implantação desta forma de solução de conflitos através da lei local. Além disso, a Carta Magna delineou as funções dos juízes togados e ainda limitou a atuação dos magistrados no tempo e no espaço.

Vale ressaltar que a delimitação de competências territoriais e materiais contribuiu para que a conciliação ampliasse ainda mais a sua visibilidade. Ocorre que com a criação dos “Juizados de Pequenas Causas”, que foram inspirados no sistema norte-americano com base no funcionamento da *Small Claims Court*, a aplicabilidade da conciliação se tornou relevante, porque as causas resolvidas ali eram de pequeno valor e baixa complexidade, fato esse que fez com que os magistrados investissem mais na tentativa da autocomposição por considerarem o caminho contencioso oneroso demais para as partes e para o Estado. (BACELLAR, 2012, p. 85).

A conciliação por sua vez não foi lembrada no CPC de 1939, surgindo após no Código de Processo Penal, em 1941. Assim, previa esse diploma que os procedimentos criminais relativos aos crimes de calúnia e injúria deveriam buscar a conciliação prévia para depois partir para a linha contenciosa.

Art. 521. Se depois de ouvir o querelante e o querelado, o juiz achar provável a reconciliação, promoverá entendimento entre eles, na sua presença.

Art. 522. No caso de reconciliação, depois de assinado pelo querelante o termo da desistência, a queixa será arquivada.

Em 1943 foi a vez da justiça do trabalho optar por incluir em seu texto a figura da conciliação. Assim, no artigo 644 a CLT incluiu as Juntas de Conciliação ao rol de órgãos da Justiça do Trabalho: “São órgãos da Justiça do Trabalho [...] c) as Juntas de Conciliação e Julgamento ou os Juízos de Direito (DECRETO-LEI N.º 5.452, de 1º de maio de 1943).

Em 1949 foi à vez de a legislação especial inserir em seu texto o instituto em questão. Assim, as regras acerca do desquite e do divórcio passaram a exigir a reconciliação prévia como pré requisito para a propositura da demanda litigiosa. Estabeleceu ainda, que na fase preliminar de conciliação ou acordo podem ser decididas as questões de divórcio e de alimentos, inclusive os provisionais.

Outrossim, percebe-se que embora exista uma conjectura histórica que demonstra a existência da conciliação desde as constituições antigas, ainda prevalece-se a cultura do litígio no Brasil. As pessoas ainda preferem buscar o Poder Judiciário a tentar diretamente resolver suas demandas por intermédio da autocomposição. Os próprios operadores do direito, em sua maioria, valorizam mais a atuação adversarial do que a atuação consensual. Por seus pares também são mais valorizados quando atuam de forma litigiosa.

Passando-se ao que toca a perspectiva conceitual do instituto da conciliação, pode-se afirmar que essa é definida como sendo um meio autocompositivo onde as partes são amparadas por um terceiro, que é neutro ao conflito, se mantendo inerte na causa, utilizando técnicas adequadas para chegar a um acordo.

Vale lembrar que só podem ser objeto de conciliação os direitos disponíveis, não podendo ser autocompostas as demandas que versam acerca da personalidade jurídica das partes. Nesse sentido cita-se Humberto Theodoro Júnior (2012, p.326).

Ressalte-se que essa modalidade de autocomposição, assim como quaisquer outras, só é admitida pelo ordenamento jurídico pátrio nos conflitos que envolverem direitos patrimoniais de caráter privado, caracterizando, assim a primeira exigência para realização da conciliação, qual seja, a disponibilidade objetiva.

No que toca ao histórico da mediação, não há muito que se falar, tendo em vista que é um derivado da conciliação, partilhando assim um historio em comum.

Passando-se a análise da dimensão conceitual da mediação, inicia-se o assunto delineando sua primária definição, qual seja: negociação que é facilitada por um terceiro. Alguns conceitos estabelecem que a mediação por sua vez é um processo autocompositivo onde as partes em um conflito são ajudadas por uma terceira parte imparcial ao conflito, para se chegar a uma solução/acordo amigável. Se trata de um método consensual de resolução de conflitos onde se desenvolve um processo judicial composto por vários atos procedimentais pelos quais o terceiro imparcial tenta facilitar a negociação entre as pessoas que há o conflito, habilitando-as a melhor compreender suas posições e a encontrar soluções onde se sintam satisfeitos a necessidade de ambas as partes.

Para uma melhor percepção do instituto da mediação, cita-se o que ensina Carneiro e Pinho (2015, p.335) complementam o conceito:

A mediação reduz a contraposição entre as partes e alcança com mais eficiência o objetivo de pacificação do conflito, contribuindo para harmonização da relação das partes como um todo e não apenas no processo em questão.

Fernando Horta Tavares (2002, p.69) demonstra em sua obra, *A Associação Brasileira de Mediadores*, uma série de vantagens na utilização da mediação:

Procedimento rápido, ágil, econômico, flexível particularizado em cada caso, possibilitando às partes manterem autonomia e controle do procedimento; viabiliza acordos onde todos ganham, advindo daí um sentimento de justiça; possibilita dispor pendências do passado e promover um reposicionamento para construção de futuro mais harmônico, evitando desgastes, novas ações judiciais e aumento do conflito.

Além do já exposto, se faz necessário citar as prerrogativas existentes no âmbito da mediação: as partes por sua vez, podem continuar, suspender, abandonar e retomar as negociações a qualquer tempo; apesar de que o mediador exerce influência sobre a maneira de se conduzirem as comunicações, as partes têm a oportunidade de se comunicar diretamente; o mediador pode e deve contribuir para a criação de alternativas que superem a questão monetária ou discutir assuntos que não estão diretamente ligados à disputa, mas que afetam a dinâmica dos envolvidos.

Como pode-se perceber existe uma estreita semelhança entre os institutos da conciliação e da mediação. Para que a diferença entre eles ficasse mais evidente, originalmente, estabeleceram-se diversos pontos de distinção entre eles, a título de exemplo cita-se: a mediação visaria a “solução do conflito” enquanto a conciliação buscaria apenas o acordo entre as partes; a mediação intencional à restauração da relação social subjacente ao caso enquanto a conciliação buscaria o fim do litígio; a mediação partiria de uma abordagem de estímulo do entendimento enquanto a conciliação permitiria o conciliador a propor uma sugestão de acordo.

Vale ressaltar que as distinções acima ilustradas se mostravam necessárias em razão da ausência de uma abertura, por parte dos órgãos públicos, para as formas com que se eram conduzidas as audiências de conciliações até o início do século XXI, ou seja, como não existiam técnicas de conciliação, a doutrina precisou traçar um paralelo entre as duas modalidades de autocomposição ora abordadas, para que uma não fosse confundida com outra. O Conselho Nacional de Justiça com o lançamento do Movimento da Conciliação em 23 de agosto de 2006, partiu-se do princípio de que o Poder Judiciário moderno não poderia permitir a condução de trabalhos sem técnicas adequadas para tal função. Diante dessa abertura, passou-se a se defender a utilização de técnicas na conciliação, diferenciando assim a conciliação da mediação através da forma como são conduzidas as “audiências”. Com isso, as diferenças entre os dois institutos passaram a diminuir e localizar-se apenas no que toca ao procedimento de realização das técnicas e não a seus resultados. (BUZZI, AZEVEDO, *et al.*, 2015, p. 36)

Assim, tendo como base as lições acerca da historicidade e definições de conciliação e mediação, pode-se inferir que a conciliação no século XX possuía muitas características diferentes das existentes nos tribunais brasileiros no século XXI. Dessa forma, pode-se afirmar que ainda existem distinções entre a conciliação e a mediação, porém, o que se observa são muito mais pontos em comum do que disparidades.

Nesse contexto pode-se usar o que previsto na obra de Buzzi e Azevedo, (2015, p.37) que ensinam que a grande diferença existente entre a conciliação e a mediação atualmente encontra-se no grau de complexidade das demandas, afirmando que o procedimento de conciliação seria mais breve e os conflitos menos complexos do que os destinados à mediação (BUZZI, AZEVEDO, *et al.*, 2015, p. 37).

As figuras do conciliador e do mediador vêm se tornando cada vez mais importantes dentro do contexto do poder judiciário. Essa notoriedade é decorrente da busca pela celeridade processual, objetivo esse que vem sendo tão perseguido pelo direito processual brasileiro. Assim, inicia-se esse tópico reproduzindo as palavras de Fredie Didier Jr. (2015, p.275): “o mediador/conciliador exerce um papel catalisador na solução negocial do conflito, portanto, auxiliarão as partes a analisar o litígio e solucioná-lo”. Nesse momento da pesquisa, analisa-se como os conciliadores e mediadores atuam na busca pela solução pacífica dos conflitos.

Sem exceção, os mediadores e conciliadores que atuam nos CEJUSCs e nos demais órgãos, devem ser capacitados, instruídos, ficando os tribunais responsáveis em organizar e disponibilizar esses cursos, por intervenção do NUPEMEC, ou em parceria com entidades públicas e privadas. A maioria dos Tribunais tem o apoio de instrutores formados pelo próprio CNJ para ministrar os cursos e capacitarem novos mediadores e conciliadores.

A capacitação é de extrema importância para o bom funcionamento de um CEJUSC, pois, as partes devem ser atendidas em suas expectativas e necessidades, sendo fundamental que, ao optarem por um método de solução de conflito diferente do judicial, esse método seja acompanhado com seriedade e de forma correta. Assim, é necessário que haja uma seleção dos terceiros facilitadores, com a exigência de determinados requisitos, entre os quais a devida capacitação.

O novo CPC de 2015 mencionou os conciliadores e os mediadores como auxiliares da justiça, destinando a eles uma seção específica (entre os artigos 165 a 175) onde estabelece a forma de atuação ser adotada pelos conciliadores e mediadores. (HABERMANN, 2016, p. 71)

Assim, confirma-se o já mencionado no tópico anterior onde afirma-se que o conciliador atuará preferencialmente em casos de baixa complexidade, como por exemplo em uma cobrança de uma dívida, onde o vínculo entre as partes é apenas em relação o litígio ou em um acidente de carro, onde as partes nunca tiveram nenhum contato antes do fato ocorrido. Já O mediador atuará preferencialmente nos casos em que existe uma relação anterior, como um divórcio, onde existe um vínculo entre as partes, ou até mesmo uma briga de vizinhos, onde o vínculo pode continuar até mesmo depois da audiência. Nesse contexto, Fredie Didier Jr. (2015, p.276) comenta que:

O mediador exerce um papel um tanto diverso, cabe a ele servir como veículo de comunicação entre os interessados, um facilitador do diálogo entre eles, auxiliando-os identificar, por si mesmos, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.

Ao atuar, os conciliadores e mediadores seguirão princípios em suas atuações, princípios esses que estão de forma taxativa no Código de Processo Civil em seu artigo 166:

“A conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada.”

Em virtude do princípio da confidencialidade, os conciliadores e mediadores possuem o dever de manter sigilo acerca das informações produzidas no curso da audiência, no curso do processo, não podendo então divulgar ou depor acerca das informações obtidas por meio da respectiva audiência. (HABERMANN, 2016, p. 72)

Vale realçar que em caso de conciliador e mediador com formação jurídica, bem como registro na OAB, não poderá prestar assistência jurídica nos juízos que desempenhar função de conciliador ou mediador. Além disso, os conciliadores e mediadores também estão sujeitos ao impedimento e da suspeição, e uma vez detectado tal impedimento, em virtude da imparcialidade, tal servidor não poderá auxiliar, representar ou patrocinar qualquer das partes, pelo período de um ano. (HABERMANN, 2016, p. 73)

Um ponto de extrema importância é que os conciliadores e mediadores poderão ser excluídos do cadastro nacional, mediante processo administrativo, de acordo com o artigo 173 do Código de Processo Civil, caso em que na audiência de conciliação ou mediação haja de forma dolosa ou culposa, ou violar o dever de sigilo e confidencialidade; além de atuar em demandas que seja impedido ou suspeito.

Em relação a postura desses profissionais, exige-se que se apresentem em audiência de maneira confiante para que seja aceito pelas partes, atuado de forma neutra, sem julgar. O profissional também deverá escutar as partes sem interrupções desnecessárias, desta forma ele poderá reconhecer sentimentos que serão a base da negociação de um acordo, além de sempre estimular independência da vontade das partes. Outro ponto importante sobre a postura é que nas audiências é ideal que os conciliadores e mediadores expliquem qual sua função, para que as partes não os confundam com o magistrado e para que compreendam que o conciliador e mediador é um facilitador. (HABERMANN, 2016, p. 74)

Não há dúvidas de que as ações de conciliação e mediação têm contribuindo de forma colossal para que as pessoas consigam efetivamente exercer seu direito básico de acesso à justiça. Para demonstrar a importância dos institutos abordados nesse artigo, se faz necessário promover um breve ensaio acerca do direito ao acesso à justiça. Nesse contexto, traz-se a visão de Cappelletti e Garth (1988) que falam sobre as três ondas de acesso à justiça, contextualizando o tema com a realidade econômico social atual.

O conceito de acesso à justiça tem sofrido relevantes modificações no decorrer da história. Essa mudança pode ser notada ao analisar o contexto dos Estados liberais burgueses nos séculos XVIII e XIX, que adotavam procedimentos de solução de conflitos totalmente individualistas. Naquela época, ter acesso à justiça significa basicamente a prerrogativa que possui o indivíduo de quebrar a inércia do judiciário ou exercer o seu direito de contestar algo que olhe foi imputado. Um conceito aparentemente engessado. (CAPPELLETTI e GARTH, 1988, p. 9)

Segundo Cappelletti e Garth (1988, p.9), não existia por parte do Estado uma preocupação relacionada à acessibilidade à justiça. Assim, essa só poderia ser operada pelos que tivessem condições de custear com as custas, enquanto os hipossuficientes ficariam a cargo da própria sorte. Além disso, diversos fatores não eram sequer percebidos como problemáticas processuais, como por exemplo, a inobservância do princípio da isonomia, tendo em vista que apenas os mais abastados poderiam recorrer à justiça. Porém, à proporção que a sociedade foicrescendo e evoluindo, essa grave falha foi reconhecida e a população começou a exigir a correção das formas de acessibilidade ao judiciário. Foi a partir desse momento que as relações sociais e políticas assumiram um caráter mais coletivo que individual. Dessa forma, as sociedades modernas gradativamente deixaram de ter uma visão individualista do

direito e passou-se a se preocupar mais com a coletividade. Isso também se deve ao início das discussões sobre a positivação dos Direitos Humanos no período pós guerra. Assim, o acesso à justiça passou a ser visto como um requisito fundamental, e um dos mais simples dos direitos de um sistema jurídico moderno e democrático, assumindo-se a máxima de que não adianta que o Estado conceda direitos aos indivíduos se o mesmo não cria políticas públicas para que esses direitos sejam de fato exercidos. (CAPPELLETTI e GARTH, 1988, p. 10-12).

Atualmente o acesso à justiça é considerado como um direito fundamental e está positivado no artigo 5.º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988. Para entender melhor esse direito fundamental, propõe-se o estudo das ondas trazidas por Mauro Cappelletti e Bryant Garth na obra “Acesso à justiça”. Os autores usaram a nomenclatura “onda” para falar sobre cada um dos mecanismos renovatórios do acesso ao direito. A primeira onda delibera acerca da assistência judiciária aos hipossuficientes e mantém um *link* com a barreira econômica do acesso ao direito. Já a segunda onda explora a representação dos interesses difusos e se conecta com o obstáculo burocrático do acesso ao direito. A terceira e última onda é chamada de “ênfase do acesso à justiça”, que objetiva a instrução de técnicas processuais eficientes que busquem preparar de forma mais consistente os operadores do direito. Parte-se agora para a análise pontual de cada uma das ondas exploradas na referida obra.

A primeira onda, como já mencionado, é relativo à assistência judiciária aos hipossuficientes, um dos passos mais importantes para garantir o acesso ao direito a todos os indivíduos. Nesse sentido, garantem os autores, que o Estado deve concentrar seus esforços no sentido de proporcionar, de forma adequada, serviços jurídicos para os pobres. Ora, sabe-se que a figura do advogado é essencial para o funcionamento do judiciário, assim, é necessário que as pessoas menos privilegiadas financeiramente tenham condições de recorrerem a um profissional habilitado quando necessitarem de auxílio postulatório. Dessa forma, os métodos para proporcionar a assistência judiciária àqueles que não podem custear são vitais e quando o direito ao acesso a justiça não é garantido pelo Estado o direito fundamental ora explorado acaba por ser inobservado (CAPPELLETTI e GARTH, 1988, p. 31 e 32).

Porém, não foi tarefa fácil buscar assegurar a isonomia no acesso à justiça. De início, os advogados eram orientados a terem parte de sua agenda dedicada a causas sociais (caridades), mas obviamente essa ação foi totalmente infrutífera. Assim, por volta de 1923, a Alemanha criou um sistema de remuneração paga pelo Estado para que os advogados que fornecessem assistência judiciária aos hipossuficientes. Nesse mesmo sentido, a Inglaterra passou a reconhecer a importância de compensar os advogados particulares pelo aconselhamento e pela assistência nos processos a fim de proporcionar o acesso a justiça a todos. Porém, a mais significativa reforma referente ao acesso à justiça teve seu início no começo do ano de 1965 nos Estados Unidos, com o *Office of Economic Opportunity* e deu continuidade em outras partes do mundo, iniciando na década de 70. Já no ano de 1972, a França trocou sua estrutura de assistência judiciária do século XIX, baseando-se em serviços prestados pelos advogados, gratuitamente, por um sistema social em que o custo dos honorários era suportado pelo Estado. (CAPPELLETTI e GARTH, 1988, p. 32 e 34)

A Segunda onda diz sobre a representação dos interesses difusos em juízo e visa rodear o obstáculo organizacional/burocrático. Esse segundo movimento tem a intenção de aperfeiçoar o acesso à justiça, encarando o problema da exibição dos interesses difusos. Dessa forma, a segunda onda forçou o pensamento sobre

entendimentos tradicionais muito básicos do processo civil e sobre o papel dos tribunais, pois o pensamento tradicional do processo civil não tinha espaço para a defesa dos direitos difusos. O processo era visto apenas como um diálogo entre duas partes, com o intuito de solucionar uma lide, entre as mesmas partes a respeito de seus interesses individuais. Quando se tratava de direitos que pertenciam a um grupo, ao público em geral ou a uma parcela do público não se enquadravam bem nessa estrutura, tanto as regras da legitimidade, normas de método e a atuação dos juízes não eram designadas a facilitar as demandas por interesses difundidos intentadas por particulares. (CAPPELLETTI e GARTH, 1988, p. 49 e 50)

A Terceira onda denominada de “o enfoque do acesso à justiça”, possui a concepção maior de acesso à justiça e tem como objetivo, implantar técnicas processuais adequadas e proporcionar um melhor preparo a estudantes e aplicadores do direito. Esse aspecto é essencial para que se evolua no que toca a assistência jurídica e a busca de mecanismos para a representação de interesses públicos para proporcionar um acesso à justiça. Com os programas de assistência judiciária, os advogados estão se tornando cada vez mais disponíveis a população que não possuem meios de pagar por seus serviços, tornando assim as pessoas mais conscientes de seus direitos. Assim, a “terceira onda” de reforma inclui a assistência judicial e extrajudicial seja por intermédio de advogados particulares, públicos, ou outros órgãos auxiliares. Ela foca no conjunto geral de instituições e dispositivos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e prevenir disputas nas sociedades modernas. Seu mecanismo não consiste em abandonar as técnicas das duas primeiras ondas de reforma, mas em cuidá-las como apenas algumas de uma cadeia de possibilidades para melhorar o acesso (CAPPELLETTI e GARTH, 1988, p. 67 e 68)

Esse movimento em crescimento de acesso à Justiça é decorrente dos movimentos anteriores preocupados com a representação legal. Destinam-se também a fazer efetivos os direitos de indivíduos e grupos que eram privados dos benefícios de uma justiça igualitária. Esses movimentos iniciais receberam impulso através da afluência econômica recente e outras reformas que acabaram alteraram o equilíbrio formal de poder entre indivíduos. O sistema tem a capacidade de mudar ao nível do ordenamento sem corresponder a mudanças na prática diária da distribuição de vantagens claras (CAPPELLETTI e GARTH, 1988, p. 68).

Assim, percebe-se que o acesso à justiça não se trata aos elementos relacionados à jurisdição contenciosa. A terceira onda de Cappelletti e Garth delibera exatamente sobre o fato da importância de se investir no preparo dos operadores do direito e em políticas públicas de acesso a justiça. Dessa forma, pode-se dizer que a Resolução nº125 do CNJ, que desfruta sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses na esfera do Poder Judiciário, é um exemplo da aplicabilidade da terceira onda trazida pelos referidos autores. Desarte conclui-se que o acesso a justiça também pode ser representado por sua forma extraprocessual, por intermédio da atuação dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSCs).

Considerações Finais

O presente trabalho teve como intuito mostrar a importância da mediação e da conciliação na fase pré processual para a desobstrução do poder judiciário, tendo como recorte espacial o município de Valparaíso de Goiás, tendo como problemática: se a mediação e a conciliação na fase pré-processual contribuem de forma substancial

para a diminuição da demanda processual litigiosa no âmbito do poder judiciário no município de Valparaíso de Goiás?

A hipótese inicial levantada para a pesquisa era que a mediação e a conciliação contribuem de forma significativa para a desobstrução do poder judiciário no município em questão em decorrência do grande número de audiências que são realizadas nos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSCs) ainda na fase pré processual, dessa forma percebesse que após a análise dos dados, a hipotética levantada se confirmou.

Fazendo a média simples observamos que 68,26% das audiências que foram realizadas terminaram em acordo. Isso representa, por exemplo, que a cada 100 intenções de ajuizamentos de lides junto ao judiciário, quando da intervenção através dos Centros Judiciais de Solução de Conflito, apenas 31 processos aproximadamente podem vir a ser ajuizados, pois as demais demandas já foram resolvidas por intermédio do acordo.

O objetivo geral foi alcançado ao averiguar que os trabalhos de mediação e conciliação realizados pelos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania têm contribuído de forma significativa para a diminuição da demanda processual no judiciário.

Dessa forma, através da estatística pode-se dizer que é eficaz o método da mediação exercida na fase pré processual, pois a quantidade de acordos obtidos perante as audiências realizadas é de grande número, com isso, a carga processual de uma possível ação litigiosa será diminuída de forma significativa para o poder judiciário, tornando assim a pacificação de conflitos por meio da mediação uma forma eficaz e célere na resolução de lides.

Diante da pesquisa é válido frisar não só a diminuição da carga processual no âmbito do poder judiciário, mas também a acessibilidade da sociedade a justiça, a garantia de autonomia exercida numa sessão, a pacificação de uma controvérsia obtida em qualquer meio social, a voz ativa na construção de um acordo próspero, resolvendo assim o conflito de forma pacífica.

Referências

- CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. **Acesso a Justiça**. Porto Alegre: Biblioteca do Tribunal de Justiça do RS, 1988.
- BRASIL. Decreto lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943. **Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho**, Brasília, DF, mai 1943.
- BRASIL. Decreto Lei nº 3.689, de 3 de Outubro de 1941. **Código de Processo penal**, Brasili,DF, out 1941.
- BRASIL. Decreto n. 5.452, de 01 de mai. de 1943. **Consolidação das Leis do Trabalho**.
- BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de mar de 2015. **Código de Processo Civil**.
- DIDIER JR, F. **Curso de Direito Processual Civil**. 17. ed. Salvador: Jus Podivm, v. 1, 2015.
- BRASIL. Decreto nº 737, de 25 de Novembro de 1850. **Determina a ordem do Juízo no Processo Commercial**, Brasília, DF, nov 1850.
- BUZZI, M. A. G. et al. **Guia de Conciliação e Mediação**. Brasiia: Conselho Nacional de Justiça, 2015.
- SANTOS, Marisa Ferreira dos, CHIMENTI, Ricardo Cunha. **Juizados Especiais Cíveis e Criminais: federais e estaduais**, 4 ed. ver. E atual, São Paulo: Saraiva, 2006.

- JUSTIÇA, Conselho Nacional. **Manual de Mediação Judicial**, 6ª Edição. – Brasília. Ed. CNJ
- SCAVONE JUNIOR, L. A. **Manual de Arbitragem: Mediação e Conciliação**. 8ª EDIÇÃO. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas**. São Paulo. Ed. Método, 2008.
- SALES, Lília Maia de Moraes. **Mediação de Conflitos: Família, Escola e Comunidade**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007.
- HABERMANN, R. T. **Mediação e Conciliação no Novo CPC**. 1ª EDIÇÃO. ed. São Paulo: Habermann, 2016.
- BACELLAR, R. P. **Mediação e Arbitragem**. São Paulo: Saraiva, 2012.
- SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e Arbitragem**, Ijuí: Ed. Unijuí, 2012.
- DE MORAIS, J. L. B.; SPENGLER, F. M. **Mediação e Arbitragem Alternativas á Jurisdição**. [S.l.]: Livraria do Advogado, 2009.
- CARNEIRO, P. C. P.; PINHO, H. D. B. **Novo Código de Processi Civil, Anotado e Comparado**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- GONÇALVES, Jonas Rodrigo. Como escrever um Artigo de Revisão de Literatura. **Revista JRG de Estudos Acadêmicos**, Ano II, Vol.II, n.5, 2019.
- GONÇALVES, Jonas Rodrigo. Como fazer um Projeto de Pesquisa de um Artigo de Revisão de Literatura. **Revista JRG de Estudos Acadêmicos**, Ano II, Vol.II, n.5, 2019.
- GONÇALVES, Jonas Rodrigo. **Manual de Artigo de Revisão de Literatura**. Brasília: Processus, 2019.
- GONÇALVES, Jonas Rodrigo. **Manual de Projeto de Pesquisa**. Brasília: Processus, 2019.
- GONÇALVES, Jonas Rodrigo. **Metodologia Científica e Redação Acadêmica**. 8. ed. Brasília: JRG, 2019.
- BRASIL. Resolução nº 125, de 29 de nov de 2010. **Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências**, Brasília,DF, nov 2010.
- THEODORO JUNIOR, H. O Compromisso do Projeto de Novo Código de Processo Civil Com o Processo Justo. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, São Paulo, v. 12, 2012.
- PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Teoria Geral do Processo Civil Contemporâneo**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007