



Revista Processus de Estudos de Gestão, Jurídicos e Financeiros ISSN: 2237-2342 (impresso) L-ISSN: 2178-2008 (on-line) Ano XI, Vol.XI, n.41, jul./dez., 2020.

Tramitação editorial:

Data de submissão: 30/06/2020.

Data de reformulação: 15/07/2020.

Data de aceite definitivo: 30/08/2020.

Data de publicação: 30/09/2020.

Editor Responsável: Me. Jonas Rodrigo Gonçalves.

Publicado: 2020-07-03

Artigos

A ALIENAÇÃO PARENTAL E SEU ORDENAMENTO JURÍDICO

Marly Cristina Lemes Coutrinho, André Luís Lopes Faria, Jonas Rodrigo Gonçalves

01-30

[PDF](#)

[PKP/INDEX](#)

A MEDIDA EXECUTIVA ATÍPICA DE SUSPENSÃO DA CARTEIRA NACIONAL DE HABILITAÇÃO E OS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA PATRIMONIALIDADE DA EXECUÇÃO CIVIL

Lucas Lima de Oliveira, Jonas Rodrigo Gonçalves, Ana Carolina Borges de Oliveira

31-44

[PDF](#)

A CURATELA DA PESSOA IDOSA NA PERSPECTIVA DOS DIREITOS HUMANOS

Irene Fulgêncio, Jonas Rodrigo Gonçalves

45-58

[PDF](#)

REJEIÇÃO AO MONOPÓLIO POLÍTICO PARTIDÁRIO BRASILEIRO

João Carlos Medeiros de Aragão, Susana Ribeiro Moita

59-75

[PDF](#)

COMO SER UM LÍDER EM UM NOVO CENÁRIO?

Maria Aparecida de Assunção

76-87



ORGANIZAÇÃO ADMINISTRATIVA: A EVOLUÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E SUA MODERNIZAÇÃO ATÉ ADMINISTRAÇÃO GERENCIAL E O ADVENTO DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA

Marcus Vinicius Vicente Joaquim Miranda, Jonas Rodrigo Gonçalves, Danilo da Costa

88-107



A INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL E SEUS REFLEXOS NA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

Álvaro Osório do Valle Simeão, Ludimilla Esteves de Oliveira, Eduardo Jhonny Lustosa Regis

108-125



CONTRATAÇÃO EMERGENCIAL NO DISTRITO FEDERAL: ANÁLISE DA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 961, DE 6 DE MAIO DE 2020; LEI FEDERAL Nº 13.979, DE 6 DE FEVEREIRO DE 2020, E POSICIONAMENTO DA PROCURADORIA-GERAL DO DISTRITO FEDERAL

Izaildo Feitos Feltrini, Jonas Rodrigo Gonçalves, Lúcio Carlos de Pinho Filho

126-156



OS IMPACTOS DA REFORMA TRABALHISTA

Diego Caldeira Mourão, Jonas Rodrigo Gonçalves

157-170



DIREITOS HUMANOS NO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO: TEORIA E PRÁTICA

Valquíria de Jesus Nascimento, Cinthia da Silva Barros

171-190



TRIBUTAÇÃO E FAMÍLIA: UMA ANÁLISE INTERDISCIPLINAR DO IMPACTO DO DIREITO TRIBUTÁRIO NAS HOLDINGS FAMILIARES

Aline de Assis da Silva, Jonas Rodrigo Gonçalves

191-215



POLÍTICAS DE RESSOCIALIZAÇÃO NO SISTEMA PRISIONAL: SITUAÇÃO ATUAL, LIMITAÇÕES E DESAFIOS

Amanda Maciel Queiroz, Jonas Rodrigo Gonçalves

216-228



A IMUNIDADE TRIBUTÁRIA DOS TEMPLOS DE QUALQUER CULTO E SUA FUNCIONALIDADE

Cíntia Moutinho de Oliveira, Jonas Rodrigo Gonçalves

230-248



MEDIAÇÃO COMO INSTRUMENTO PARA A JUSTA SOLUÇÃO DE CONFLITOS

Carolina Fussi, Andréa Barcat Nogueira de Freitas

249-262



CHINA 'S INCREASING INTEREST IN AFRICA: CASE STUDY OF NIGERIA

Olena Bandurina

263-279



RESPONSABILIDADE SOCIAL NO TERCEIRO SETOR: ELO ENTRE A CIDADANIA E A DEMOCRACIA

Maria Aparecida de Assunção, Silvana Maria Barbosa da Silva Costa

280-292



DIREITO À SAÚDE E A PANDEMIA DA COVID-19: DESAFIOS PARA O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO BRASILEIRO

Alexsandro Dantas Maia

293-308



CRIMINOLOGIA CLÍNICA NA EXECUÇÃO PENAL

Juliana Porto Vieira

309-219



INDICADORES SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS DE ACESSIBILIDADE PARA PESSOA DEFICIENTE

Clovis Demarchi, Elaine Cristina Maieski

320-335



FINANÇAS PÚBLICAS E CONTROLE SOCIAL NO BRASIL: O QUESTIONÁVEL EXEMPLO DO TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL (TCDF)

Raone Gomes Maciel, Laura Karoliny da Silva Nogueira, Beatriz Amalia Albarello

336-360



A PERCEPÇÃO DOS MAGISTRADOS ÀS MUDANÇAS NA LEGISLAÇÃO TRABALHISTA E O PERITO CONTÁBIL

Paulo César de Melo Mendes, Carolia Cortes Ribeiro

361-378



O DIREITO DA COMUNIDADE LGBT: O RESPEITO À PERSONALIDADE HOMOAFETIVA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Geovanna Costa Machado, Jonas Rodrigo Gonçalves, Danilo da Costa

379-393





Revista Processus de Estudos de Gestão, Jurídicos e Financeiros

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

Ano XI, Vol. XI, n.40, jul./dez., 2020.

Tramitação editorial:

**Data de submissão: 30/06/2020.
Data de reformulação: 15/07/2020.
Data de aceite definitivo: 30/08/2020.**

Data de publicação: 30/09/2020.

Editor-chefe: Jonas Rodrigo Gonçalves

A ALIENAÇÃO PARENTAL E SEU ORDENAMENTO JURÍDICO¹

PARENTAL ALIENATION: A RELATIONSHIP BETWEEN THE CIVIL RESPONSIBILITIES OF PARENTAL ALIENATION

*Marly Cristina Lemes Coutrinho²
Jonas Rodrigo Gonçalves³
André Luís Lopes Faria⁴*

Resumo

O tema deste trabalho é a Alienação Parental e seu Ordenamento jurídico. Buscando ao seguinte questionamento: como a guarda compartilhada como mecanismo de prevenção ou de possível solução da alienação parental, podendo sob a luz do ordenamento jurídico, serem capazes de interromper o abuso por parte do alienador, sem causar maiores danos psicológicos ao filho, tendo como fundamento legal a Constituição Federal, o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Código Civil, o Código de Processo Civil, e a Lei nº. 12.318/52010 e sendo observada, além disso, a jurisprudência a respeito do assunto. O objetivo geral é o exame do conceito de Alienação Parental e das consequências psíquicas decorrentes da mesma com o

¹ Este artigo foi revisado metodológica e linguisticamente por André Luís Lopes Faria.

² Graduanda em Direito pela Faculdade Processus

³ 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.

⁴ Possui graduação em História e Letras- (Português e Inglês) pela Universidade UEG (2004) e Pós-graduação em metodologia e técnicas de pesquisa. Atualmente é professor da Faculdade UEG. Tem experiência na área de Letras, com ênfase em Revisão Teórica e Metodológica E-mail: faria.andreluis@gmail.com

surgimento da Síndrome da Alienação Parental.

Elaborado através de pesquisa bibliográfica que tem como escopo o ordenamento judiciário brasileiro. Para buscar esse entendimento, foram consultados autores que descrever a alienação parental e seus ordenamentos jurídicos e mostrando na obra as características da alienação parental, a atuação da família e da Justiça na busca de solucionar a atitude de alguns genitores em bloquear a convivência do outro genitor com o filho, quase sempre causando danos aos filhos que não podem se defender.

Palavras-chave: Alienação Parental, Síndrome da Alienação Parental (SAP), Dignidade da Pessoa Humana, Melhor Interesse da Criança e do Adolescente, Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), Lei 12.318/2010.

Abstract

The subject of this work is Parental Alienation and its Legal Framework. Seeking the following question: how shared custody as a mechanism of prevention or possible solution of parental alienation, being able under the light of the legal system, to interrupt the abuse by the alienator, without causing greater psychological damage to the child, having as legal basis the Federal Constitution, the Statute of the Child and Adolescent, the Civil Code, the Code of Civil Procedure, and Law No. 12.318/ 2010 and being observed, in addition, the jurisprudence on the matter. The general objective is to examine the concept of Parental Alienation and the psychic consequences resulting from it with the appearance of Parental Alienation Syndrome. Elaborated through bibliographic research that has as scope the Brazilian judicial system. In order to seek this understanding, authors were consulted who described parental alienation and its legal systems and showed in the work the characteristics of parental alienation, the action of the family and the Justice in seeking to resolve the attitude of some parents in blocking the coexistence of the other parent with the child, almost always causing damage to children who cannot defend themselves.

Keywords: Parental Alienation, Parental Alienation Syndrome (SAP), Dignity of the Human Person, Best Interest of the Child and Adolescent, Child and Adolescent Statute (ECA), Law 12.318/2010.

Introdução

Na era da comunicação compartilhada em redes colaborativas pela internet, nos tempos da espetacularização da vida e na reconfiguração do pensamento contemporâneo, a sociedade ocidentalizada assiste às modificações do conceito tradicional da instituição familiar e à emergência de novos formatos de família. No âmbito do Direito de Família os arranjos familiares estão, cada vez mais, múltiplos, diversos e complexos.

A Alienação Parental e seu ordenamento e seu desdobramento dentro do ordenamento jurídico brasileiro será o aporte do arcabouço deste estudo, partindo das premissas do estudo de Gardner, ordenamento que surgiu na América do Norte e se irradiou para outros continentes. Tal ordenamento partiu da construção do psiquiatra norte-americano Richard A. Gardner, chefe do departamento de Psiquiatria Infantil da faculdade de medicina e cirurgia da Universidade de Columbia, Nova York, Estados Unidos da América. (GADNER, 2002, p.122)

Com o aumento do número de divórcios ao longo dos últimos anos e o conseqüente aumento das disputas pela guarda dos filhos, pode-se observar a ocorrência dos atos de Alienação Parental com maior frequência, embora os mesmos

sempre tenham existido. (GADNER, 2002, p.123)

Assim, deve-se considerar sempre o melhor para a criança e ao adolescente e a forma como cada parte está lidando com a situação, pois todo o sujeito tem uma interpretação e reação subjetivas sobre um mesmo fato, para tanto faz-se a seguinte pergunta que será o aporte deste trabalho, quais as alterações legais advindas do novo código civil de 2002 e com o estatuto da criança e do adolescente, foram importantes para preservar a criança do atoalienador?

Portanto, buscando como resposta, demonstrar como o rompimento conjugal não é o causador da alienação parental, mas sim o modo com que cada genitor, a partir de suas condições e estrutura psíquica, lida com esta nova realidade. Ou seja, trata-se de um momento da “vida familiar precedida de uma crise e seguida de fortes mudanças estruturais” (GRISARD FILHO, 2014, p. 260).

Observa-se que a mesma viola, o princípio da Dignidade da Pessoa Humana e do Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente, pois se trata de um abuso emocional e de um jogo psicológico que os deixa desprotegidos, podendo-lhes causar graves transtornos psíquicos quando adultos.

Este artigo tem como hipótese, demonstrar como ocorre a Alienação Parental, quais são as formas de combate e como é a atuação do Poder Judiciário, dentro dos meandros judiciais.

Quando ocorre a separação entre os genitores é normal a ocorrência de divergência envolvendo o interesse do casal, provocando assim sentimentos negativos, aquele que se sente abandonado, surge na figura de alienante com desejo de vingança tornando-se por parte do alienador um instrumento de vingança, implementando na criança ou adolescente falsas memórias e ideias onde os filhos são levados a rejeitar o genitor, destruindo o laço familiar. As demandas pela tutela jurídica da integridade psicológica, enquanto emanam da personalidade humana tem crescido no âmbito do direito brasileiro, sobretudo em relação a sujeitos abarcados por estatutos especiais de proteção, como mulheres, crianças e adolescente.

A pesquisa objetiva de forma incisiva e teórica a alienação parental e suas consequências jurídicas. Tem-se como metodologia, a pesquisa bibliográfica, na qual foi possível extrair dos livros, revistas, artigos e a legislação, argumentos e comentários sobre o tema em questão. O estudo é relevantemente fundamental tanto para a sociedade quanto para os operadores do Direito, por tratar de um tema amplamente discutido e debatido na doutrina e na jurisprudência, sobre de que forma pode ser combatida a alienação parental no seio familiar, e que o menor, portanto, não adquira a Síndrome da Alienação Parental.

Observando a frequência desses casos na sociedade brasileira, começou a surgir a necessidade de que fosse criada uma lei que protegesse principalmente a criança vítima de tamanha tortura psicológica. A partir disso, foi criada a Lei 12.318 de 26 de agosto de 2010. Essa Lei, além de basear-se nos princípios constitucionais citados, também observou o Código Civil vigente e o Estatuto da Criança e do Adolescente. (GONÇALVES, 2011, p.305).

Esta pesquisa tem como objetivos específicos, Apresentar o contexto da separação no qual o alienador se apresenta; Identificar as características do alienador e fatores que o levam a praticar alienação parental; Levantar as consequências da alienação parental às pessoas envolvidas na relação familiar; fatores que levam o genitor (a) a praticar a alienação parental.

A lei 1698/2008 foi criada com o intuito de dar mais segurança ao magistrado ao aplicar a guarda compartilhada, e ao mesmo tempo, serviu como apoio ao decidir quem ficaria com tal guarda. Antes de tudo, importante lembrar que o menor é a maior vítima desse estado de separação/divorcio, e, a temeridade por atos inconsequentes

como a alienação parental e até o abandono é levada em consideração pelo judiciário ao aplicar o institucionalizado pela lei da Guarda Compartilhada. (VIEIRA, 2016).

São três os principais pilares nos quais o presente trabalho baseia-se, visando justificar sua viabilidade: necessidade de controle interno, a padronização de processos de trabalho, e a confiabilidade nos dados obtidos. A Alienação Parental sempre ocorreu, porém, com o aumento do número de divórcios e separações nas últimas décadas, ela tornou-se cada vez mais comum, sendo identificada, analisada e estudada por profissionais da área da saúde mental e posteriormente por profissionais da área jurídica (GARDNER, 2001, pg.28).

O primeiro a estudar esse assunto foi o psiquiatra norte-americano Richard Gardner. Segundo ele, a Alienação Parental é feita através de uma campanha. Destrutiva que um dos genitores faz em relação ao outro para o filho. A desmoralização do ex-cônjuge é feita como forma de vingança, usando o filho como instrumento para que este passe a odiar o genitor alienado. A partir da análise comportamental das vítimas de Alienação Parental surgiu o termo SAP/Síndrome da Alienação Parental, proposto por Gardner, que define e caracteriza essa situação (GARDNER, 1998, p.35).

A escolha por esse tipo de pesquisa deu-se em função da necessidade de maior aprofundamento teórico, buscando discutir uma questão de relevante interesse social. Nesse sentido, apresenta-se como subsídio a futuras pesquisas de campo, tanto em nível de graduação, quanto de pós-graduação (lato sensu e strito sensu), numa procura constante de aprimoramento e análise da realidade concreta na esfera de nosso País.

Este trabalho de conclusão de curso focou-se na pesquisa bibliográfica, que para Lakatos & Marconi (2009), “trata-se de levantamento de toda a bibliografia já publicada, em forma de livros, revistas, publicações avulsas e imprensa escrita”. Segundo as autoras, “as fontes de escolha do assunto podem originar-se da experiência pessoal ou profissional, de estudos e leituras, da observação, da descoberta, da discrepância entre trabalhos ou da analogia com temas de estudo de outras disciplinas ou áreas científicas” (Lakatos & Marconi, 2009, p.43,44).

Neste trabalho foram utilizadas resenhas e, para a análise do tema da Alienação Parental, livros clássicos sobre o assunto como: Síndrome da Alienação Parental: um novo tema nos juízos de família de Analice M. de Sousa; Guarda compartilhada de Coltro & Delgado; e Mediação nos conflitos & Direito de família de Rozane da Rosa Cachapuz. E também artigos em sites (biblioteca virtual) e livros atuais que discutem esse fenômeno nas áreas de Psicologia e de Direito (GADNER, 2002, p. 10-12).

Primeiramente é mister esclarecer os métodos de pesquisa utilizados no decorrer da abordagem, quais foram à pesquisa exploratória e a descritiva, a primeira com o objetivo de abordar o assunto de forma mais profunda, deu ênfase a legislação, na qual foi buscado um conhecimento maior a respeito do tema. De acordo com a segunda, foram descritas características da prática, procurando definir claramente soluções para a mesma. Dentre os instrumentos utilizados para o aperfeiçoamento deste trabalho pode-se apontar as pesquisas bibliográficas e legislações, bem como artigos e revistas da internet, tendo como arco temporal de 1998 a2018.

Este projeto teve como metodologia a pesquisa qualitativa bibliográfica, realizada através de documentos como livros e artigos científicos. A pesquisa qualitativa “fornece ao pesquisador uma noção de existência das formas diversas de conhecimento entre pessoas leigas de grupos distintos: fornecendo também ideias sobre a quantidade de conhecimento produzida, transformada e transmitida” (FLINCK, 2009, p. 15).

“Segundo Armando Piovesan a pesquisa exploratória é utilizada quando se pretende realizar um estudo preliminar do principal objetivo da pesquisa a ser realizada” (PIOVESAN, 1995, p. 98).

Dessa forma, o pesquisador pode se familiarizar com o fenômeno em questão, de modo que a pesquisa subsequente sobre o mesmo tema possa ser arquitetada com mais compreensão e precisão.

Uma pesquisa pode ser considerada de natureza exploratória, quando esta envolver levantamento bibliográfico, entrevistas com pessoas que tiveram, ou têm, experiências práticas com o problema pesquisado e análise de exemplos que estimulem a compreensão.

Para Lakatos & Marconi (2009, p.43,44), “a pesquisa bibliográfica pode ser considerada como o primeiro passo de toda a pesquisa científica”. Para as autoras, toda pesquisa bibliográfica compreende algumas fases distintas. Esta pesquisa passou pelas seguintes etapas:

Por fim, percebe-se que através da metodologia exposta acima foi possível discutir os aspectos psicológicos relacionados à Alienação Parental, tendo como referência o material publicado nos últimos cinco anos no Brasil.

A ALIENAÇÃO PARENTAL E SEU ORDENAMENTO JURÍDICO

O poder familiar é caracterizado por Rodrigues (2004, p.356) como “conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais, em relação à pessoa e aos bens dos filhos não emancipados, tendo em vista a proteção destes”. Ou então, conforme lecionado por Gagliano (2011, p. 586) “[...] plexo de direitos e obrigações reconhecidas aos pais, em razão e nos limites da autoridade parental que exercem em face dos seus filhos, enquanto menores e incapazes”.

O dever parental é fundamento na relação paterno-filial e se desenvolveu ao longo da história da família. A primeira menção jurídica foi no Concílio de Trento de 1542, ao tornar o sacramento do casamento o instituto dos seus representantes nas resoluções de conflitos na esfera familiar (RODRIGUES, 2004, p.356).

Essa influência direta da Igreja nas questões matrimoniais perdurou até 1861 quando foi criada a Lei n.º 1.144 legalizando os casamentos não católicos, e em 1863 com o Decreto n.º 3.069 regulamentando normas para o registro de nascimento, casamento e óbitos de acatólicos.

Ainda na perspectiva conceitual, vejamos as lições de Silvio de Salvo Venosa (2010, p. 2):

As leis criadas a partir do século XIX passaram a reforçar o caráter familiar, deixando de lado traços da cultura patriarcal da Antiguidade, e evoluindo, para se tornar mais igualitária à relação entre os cônjuges e a relação destes com sua prole (VENOSA, 2010, p.2).

O Código Civil brasileiro de 1916 (CC/1916) seguiu a linha patriarcal, atribuindo ao homem o exercício do pátrio poder, e em sua falta ou impedimento a mulher. Embora os pais fossem titulares do direito, seu exercício não era simultâneo, mas sucessivo, de modo que a mulher só era chamada a exercê-lo na falta ou impedimento do varão. Assim, apresentava evolução em relação ao exercício do poder parental, mas o poder de decisão continuava a pertencer exclusivamente ao marido, deixando a esposa em segundo plano, pois somente em caso de falta ou impedimento que passaria a exercer o poder familiar (QUINTAS, 2010, p.10).

A evolução da família como organismo social e jurídico só aconteceu com a Consen 1981, a Constituição passou a reconhecer a unidade familiar somente se

tivesse sido constituída por casamento civil, demonstrando assim a influência da Igreja nas conduções políticas brasileiras (GONÇALVES, 2010, p 17).

A Constituição Federal de 1988 (CF/88) baseada no princípio da dignidade humana consagrou tratamento de igualdade entre o homem e a mulher em direitos e deveres referentes à sociedade conjugal, concede a ambos os genitores o papel do poder familiar, com relação aos filhos menores e incapazes, como dispõe o artigo 226, § 5º:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...]

§ 5º - Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher (BRASIL, 1988).

Tanto o art. 5.º, que relata a igualdade do homem e da mulher no país, como o § 5.º do art. 226 da CF/88, foram legalmente reforçados em relação poder familiar com o surgimento do art. 21 do Estatuto da Criança e do Adolescente:

Art. 21. O poder familiar será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência(ECA) (BRASIL, 1988).

Diante de tantas modificações, a expressão poder familiar, consagrada pelo Código Civil de 2002, substituiu o pátrio poder do direito romano, adotado pelo Código Civil de 1916, sagrando-se em matéria jurídica a igualdade entre homem e mulher na condução das atividades familiares para com seus filhos. Mesmo assim, esse novo conceito não agradou atodos.

Segundo Rodrigues (2004, p.356) a expressão consagrada do atual Código pecou gravemente ao se preocupar mais em retirar a expressão pátria, do que incluir o seu real conteúdo, que, antes de um poder, representa obrigação dos pais, não da família, como o nome sugere. (RODRIGUES, 2004, p.356).

A melhor expressão em relação ao poder familiar seria autoridade parental, por melhor consagrar o princípio da proteção integral de crianças e adolescentes (Pereira, 2009, Teixeira, 2002, p. 21). O vocábulo autoridade é mais condizente com a concepção atual das relações parentais, por melhor traduzir a ideia de função, de ignorar a noção do poder. Por ser a melhor nomenclatura para refletir o conteúdo democrático da relação, além de traduzir, preponderantemente, uma carga maior de deveres do que de poderes para o filho (PEREIRA, 2009 p. 21).

O poder familiar é um dever dos pais a ser exercido no interesse do filho, assim, compete aos pais conduzir da melhor maneira possível a sua formação, saúde, lazer e outros aspectos fundamentais para uma vida com qualidade e saudável. Como bem salienta o art. 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), incumbe aos pais o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores e, sempre no interesse destes, o dever de cumprir as determinações judiciais. (BRASIL, 2014).

A responsabilidade dos pais não exerce poder e competência privada, mas direitos vinculados a deveres e o cumprimento dos mesmos aos filhos (DIAS, 2009, p. 61).

O poder familiar não é mera formalidade insculpida em preceitos jurídicos, mas deve sair do aspecto teórico e se elucidar uma forma prática de exercício e de efetividade, de maneira que os pais possam conjunta e paralelamente, desenvolver seus papéis com responsabilidade, com consciência da importância de sua presença na formação social, psicológica, física e familiar dos filhos. Assim, o poder familiar e a legislação brasileira inerente a sua realização e a proteção dos filhos sob sua égide, foi fruto de mudanças ocorridas ao longo do tempo, as quais enfatizam a importância legal de se ter construído o Direito de Família que priorizasse o melhor interesse do filho, com intuito de proteger a criança. (BRASIL,2014).

Ademais, com a Constituição de 1988, para acompanhar as transformações sofridas pelo meio, o Direito de Família de maneira distinta passou a ser entendido. (GOMES, 2007 p.1).

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.

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 há 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 (DIAS, 2000, p. 62).

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” (DIAS, 2000 p. 63). A lei vem em voga, definir juridicamente, os conceitos sobre alienação parental e buscar a luz da carta magna e os anseios da criança e do adolescente, para se aprofundar e conceber as hipóteses desta natureza, permitindo impor remédios constitucionais que atendam ao maior zelo aos direitos das crianças e dos adolescentes.

Maria Berenice Dias (2013) acredita que é de extrema relevância que o ordenamento jurídico brasileiro incorpore a expressão alienação parental, para que se reconheça e iniba de forma clara esta modalidade de abuso, que, em alguns casos, corresponde ao próprio núcleo do litígio entreex-casal (DIAS, 2000, p. 62).

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” (DIAS, 2000, p. 64).

Não há possibilidades de se estudar e aplicar o Direito Constitucional sem que se confira prevalência à tônica principio lógica que se detém, com especial realce ao princípio da dignidade da pessoa humana – princípio que nutre todo o sistema jurídico (...). Aos operadores do Direito resta, assim, o desafio de recuperar no Direito seu potencial ético e transformador, doando máxima efetividade aos princípios constitucionais fundamentais, com realce ao princípio da dignidade da pessoa humana – porque fonte e sentido de toda experiência jurídica (SANTOS, 2004, p.62).

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 Jussara Schmitt, (SANDRI, 2013, p. 183), existe uma diferença entre está 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 pertencentes à outra família, não possui condições legais de assumir uma nova (SANDRI, 2013, p. 183),

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 casamentoregular.

Nessa levada, o Supremo Tribunal Federal (STF), na promoção do julgamento da ADI Nº 4.777 entendeu ser um modelo familiar àquela formada por pessoas do mesmo sexo, embora seja divergente da Constituição de 1988, que dispõe sobre a proteção a união entre casais heterossexuais.

Sidney Guerra, e Lilian Márcia Balmant Emerique, (2006), cita que o princípio da dignidade da pessoa humana determina um dever de condutas positivas com o objetivo de efetivar e proteger a pessoa humana. Esse dever recai sobre o Estado que deverá respeitar proteger e promover requisitos que viabilizem a vida com dignidade e bom zelo das crianças e doadolescente.

Segundo Maria Berenice (DIAS, 2000, p. 47 a instituição familiar solidifica-se pela comunhão de vida, de amor e de afeto no plano da igualdade, liberdade, responsabilidades recíprocas e solidariedade (DIAS, 2000, p. 47)).

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.

Nesse sentido, sob o aspecto jurídico, a lei considerou por alienação parental a interferência abusiva na formação psíquica da criança e do adolescente para que repudie o genitor ou cause prejuízo ao estabelecimento ou manutenção de vínculos com este. A lei não trata o processo de alienação parental como patologia, mas sim como uma conduta que necessariamente merece a intervenção do Estado, mas não estabelece de forma clara sua natureza (MADALENO, 2013,p.210).

Nessa linha, o artigo 25 nº da Declaração Universal de Direitos Humanos explana:

A Declaração Universal dos Direitos Humanos (ONU, 1948), no artigo 25, item 1, estabelece que “Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência fora de seu controle”. Os dispositivos não se caracterizam como uma obrigação jurídica para os seus Estados partes, uma vez que foi decisão tomada na forma de resolução. (REBOUÇAS NETO & SOUZA MENEZES, 2000, p.12).

Cabe destacar a diferença entre Alienação Parental e a Síndrome da Alienação Parental, sendo a primeira a campanha denegritória feita pelo alienador com intuito de afastar os filhos do alienado, e a segunda consiste nos problemas comportamentais, emocionais e em toda desordem psicológica que surge na criança após o afastamento e a desmoralização do genitor alienado, os quais serão tratados no trabalho.

O estado democrático de direito demanda poderes ao magistrado para que este aplique sanções pecuniárias a todo aquele que causar dano à terceiro, e dessa maneira surge à 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 amais 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 à 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, em face de isso, ganhos força a responsabilização.

No ordenamento jurídico brasileiro este princípio está previsto na Constituição Federal de 1988 no seu art. 1º, III, estando intimamente ligado a outro princípio constitucional atingido pela SAP, o do melhor interesse da criança e do adolescente.

Os menores são considerados seres em desenvolvimento, porém tem a mesma condição de “pessoa” como qualquer outro ser humano, apenas estando em uma situação peculiar, pois ainda não têm a capacidade necessária para responder por si. Por tal motivo, os mesmos devem ter sua dignidade e seus interesses respeitados, assim garantindo seu pleno desenvolvimento físico e mental. Tal princípio está disposto em nossa CF em seus artigos 226 § 8º e 227, caput, os quais norteiam também os direitos da criança e do adolescente dentro do Direito de Família, assegurando-lhes seu pleno desenvolvimento e protegendo todos os meios para que isso seja alcançado. O princípio do melhor interesse, portanto, protege a criança e todas as relações das quais ela faz parte.

A lei, portanto, não trata do processo de alienação parental necessariamente como uma patologia, mas como uma conduta de intervenção judicial, sem cristalizar única solução para o controvertido debate acerca de sua natureza. À definição jurídica estrita, acrescentam-se, como hipótese de alienação parental as assim caracterizadas por exame pericial, além de outras previstas em um rol taxativo em lei. Tal rol tem o sentido de atribuir ao aplicador da lei maior grau de segurança para o reconhecimento da alienação parental, quando for o caso, ou de seus indícios (PEREZ, 2010, p.70).

Para melhor cumprir com o convencionado e o Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente, em 1990 foi criado o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90). O estatuto destaca a “condição peculiar de pessoa em desenvolvimento e sua titularidade de direitos fundamentais” e, por tal motivo, deve ser protegida integralmente.

A ECA é constituída por 267 artigos feitos para resguardar os interesses e direitos dos menores, contudo ele não contém algumas situações ainda mais particulares em que os mesmos devem ser amparados. Um desses casos – tema deste trabalho – é o do menor vítima da Alienação Parental, para o qual foi feita uma lei específica, em 2010, que caracteriza, protege e aponta medidas a serem tomadas quando a mesma ocorre.

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 à 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 possibilidade de ocorrência da Alienação Parental começou a ser levada em consideração em algumas decisões judiciais, mas sem haver legislação específica.

Devido ao gradativo número de crianças afetadas por atos de alienadores e das graves consequências para elas, é que começou a ser pensada a propositura de uma lei brasileira para esses acontecimentos.

O legislador começou a preocupar-se com a falta de uma legislação específica para os casos de Alienação Parental, deixando a criança desprotegida em relação a isso, pois muitas vezes essas ocorrências passavam despercebidas perante o Judiciário. Assim, foi feita a propositura do anteprojeto de uma lei para os casos de Alienação Parental em 07 de outubro de 2008 (PL 4053/2008) pelo Deputado Federal Regis de Oliveira. A justificativa para o anteprojeto da lei consta que

Deve-se coibir todo ato atentatório à perfeita formação e higidez psicológica e emocional de filhos de pais separados ou divorciados. [...] A alienação parental merece reprimenda estatal porquanto é forma de abuso no exercício do poder familiar, e de desrespeito aos direitos de personalidade da criança em formação.

Envolve claramente questão de interesse público, ante a necessidade de exigir uma paternidade e maternidade responsáveis, compromissadas com as imposições constitucionais, bem como com o dever de salvaguardar a higidez mental de nossas crianças. [...] 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 responsabilizado objetivamente o produtor de atividades de risco, tratando-se de uma atividade lícita, contudo, existente grande nível de perigo de lesão à 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 à inversão do ônus da prova, visto que o a 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 abrohada 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 Ulhôa Coelho ao sujeito incoerente de ilicitude existirá o dever de indenizar, visto ser a obrigação fruto de ato ilícito, e devido ao comportamento adotado, foram causados prejuízos à terceiro. Diante dessa apresentação, deverá ser o prejuízo patrimonial e extrapatrimonial compensado monetariamente, na integralidade do valor (GUERRA, 2012, p. 252).

Existe no ordenamento jurídico uma teoria adotada para basear a responsabilidade civil subjetiva, sendo está a Teoria da culpa. Versa sobre esta, o entendimento essencial de que a culpa é o pressuposto indispensável para a

responsabilização cível.

Segundo Carlos Roberto Gonçalves 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 (GONÇALVES, 2007, p. 17).

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 Ulhôa 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” (GUERRA, 2012, p.252). Nos dizeres de Roberto Senise Lisboa:

Dentro do âmbito jurídico é muito comum que se firmem 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. 101).

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.

Segundo Sérgio Cavalieri Filho em seu 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” (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 15).

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. (CAVALIERI FILHO, 2010, p.15).

Para efetivar o conceito, infere-se do artigo 186 cominado aos 927 do Código Civil, que a obrigação de indenizar é certa para aquele que cometer ato ilícito convencionalizado 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 nexos de causalidade, a conduta culposa do agente e por fim o dano.

Destrinchando o artigo, compreende-se o entendimento do autor, já que o verbo “causar” faz ligação direta com o nexos 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” (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 17).

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” (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 18).

Todavia, não é apenas imputável aquele que demanda uma ação, mas também o omitente. Pode ser reconhecido 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 comitente, 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 Maria Helena 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 danos a outrem, gerando dever de satisfazer os direitos do lesado” (DINIZ, 1996, p.35).

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” (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 18).

Para maior entendimento sobre 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 bi psicológico normativo. Em outras palavras, faz-se necessário que provado seja a 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 se refere à 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 acidental. 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 (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 19).

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 se destacam as classificações: quanto à origem, diferenciando-se a responsabilidade contratual da extracontratual; e quanto à culpa, diferenciando-se a responsabilidade subjetiva da objetiva.

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 a ação indevida é tal atitude, e está “consciente de que age de forma contrária ao dever jurídico, embora lhe seja possível agir de forma diferente”. (CAVALIERI FILHO, 2010, p.19).

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 Sérgio 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 (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 19).

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” (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 19).

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. (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 21).

Nos casos de culpa stricto sensu, mesmo quando da ação não se esperar o resultado danoso à 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 consequentemente 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 (CAVALIERI FILHO, 2010, p.21).

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”. (DINIZ, 1996).

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, Carlos Roberto Gonçalves, “para a existência da obrigação de indenizar, deve haver entre o fato ilícito e o dano produzido um nexo de causalidade” (GONÇALVES, 2007, p. 17).

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 se encontra uma relação de causa e efeito entre a conduta adotada e o resultado obtido. Para que se configure 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 (STOCO, 2007,p.01).

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. A fim 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 (STOCO, 2007, p.02).

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 nexo 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 subitem da necessariedade, que se encaminha a ideia de necessariedade da causa, e posteriormente, a que melhor atenderia a teoria do dano direto e imediato.

A subteoria da necessariedade tem o papel de determinar se o que ocorreu durante a conduta é essencial ou interruptiva do nexo 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 A Alienação Parental esta estipulada na lei 12.318 de 2010, ela vem para assim como a Constituição Federal o ECA e o Código Civil, proteger a criança e seus Direitos fundamentais, preservando dentre vários direitos o seu convívio com a família, e a preservação moral desta criança diante de um fato que por si só os atinge, a separação.

A lei considera-se por alienação parental, a interferência abusiva na formação psíquica da criança ou adolescente para que repudie genitor ou cause prejuízo ao estabelecimento ou manutenção de vínculo com este (artigo 2º da Lei de Alienação Parental). Vale salientar que a lei teve a cautela de não restringir a autoria apenas aos genitores, mas a qualquer pessoa que tenha a criança ou adolescente sob sua autoridade, guarda ou vigilância.

O art. 4º, caput, dispõe que qualquer indício de alienação parental serve para iniciar uma ação autônoma que investigue a mesma. Isso foi feito para assegurar a convivência e reaproximação da vítima de alienação com o alienado e tornar o processo mais célere, pois uma demora processual poderia acarretar um maior afastamento entre os mesmos. Já no parágrafo único desse artigo há a garantia mínima da visitação, assistida por um profissional designado pelo juiz ao genitor, quando necessário.

A opção pela nomenclatura genitor expõe claramente que ato da alienação parental pode ter por alvo indistintamente pai ou mãe. A lei traz um rol exemplificativo do que seria a alienação parental, que podem ser praticados diretamente ou com auxílio de terceiros.

Os casos de Alienação Parental devem ser analisados por perícia de um profissional da área, pois não se pode correr o risco de ter um laudo mal formulado.

Havendo indício da prática da alienação, o juiz, se necessário determinará perícia psicológica ou biopsicossocial, seja para exames de eventuais atos de alienação parental ou de questões relacionadas à dinâmica familiar, como também para fornecer indicações das melhores alternativas de intervenção, quando necessária.

A lei estabeleceu requisitos mínimos para assegurar razoável consistência do laudo, notadamente entrevista pessoal com as partes, exame de documentos dos

autos, histórico do relacionamento do casal e da separação, cronologia de incidentes, avaliação de personalidade dos envolvidos e exame da forma como a criança ou adolescente se manifesta acerca de eventual acusação contra genitor.

A intervenção de um profissional da área psíquica é de grande auxílio para resolver litígios de forma menos danosa às partes envolvidas. Por isso se determina a perícia psicológica no processo, sendo a perícia um “conjunto de procedimentos técnicos que tenha como finalidade o esclarecimento de um fato de interesse da Justiça”, devendo ser acompanhada um perito “técnico incumbido pela autoridade de esclarecer fato da causa, auxiliando, assim, na formação de convencimento do juiz” para elaborar o laudo, o qual vai ajudar na suadecisão.

Nos casos de indício de Alienação Parental, “o trabalho do psicólogo perito consiste na realização de entrevistas individuais e conjuntas, com possibilidade de aplicação de testes quando necessário, com todas as partes envolvidas”. Isso é feito com o intuito de “avaliar a existência e/ou a extensão do dano causado, bem como a estrutura da personalidade dos mesmos”. O examinador deve investigar a verdade do contexto exposto a ele, pois cada caso é único e deve ser analisado de maneira criteriosa.

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 demonstra 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, independendo 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 possuir liame de causalidade, ligado a conduta do agente, e posteriormente, analisado o nexa causal é que se definirá o causador do dano.

Silvio de Salvo 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 causa, o qual se dificulta que por meio da teoria do nexa causal seja esclarecido objetivamente o precedente para o resultado final (VENOSA, 2003, p. 90-96).

As causas podem ser simultâneas ou sucessivas, nos casos das simultâneas, será atribuída à obrigação de resposta, e indenização a mais de um agente. Segundo disposição do Código Civil, artigo 942, a responsabilidade far-se-á solidariamente.

Nas causas 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” (GONÇALVES, 2007, p.17).

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 nonexo de causalidade, pois segundo o autor “conduziria a resultados absurdos, permitindo uma linha regressiva quase infinita” (VENOSA, 2003, p. 90).

Por fim, a teoria da causalidade adequada dispõe que será considerada 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 (VENOSA, 2003, p.91)

A teoria adotada pelo Código Civil, segundo descrita pela doutrina, foi à teoria dos danos diretos e imediatos, reconhecido pelo artigo 403.

As teorias são importantes para o bom entendimento do nexode causalidade, entretanto, é cabível ao juiz realizar o julgado de probabilidade para que se almeje um resultadosatisfatório.

Dentro do nexode causalidade, existem possibilidades de exclusão desse nexode, ou seja, “acontecimentos ilícitos que rompem o nexode causal, e excluem a responsabilidade do agente”.

Segundo Cavalieri Filho que “causas de exclusão do nexode causal são, pois, caso de impossibilidade superveniente do cumprimento da obrigação não imputava ao devedor ou agente”. Essa impossibilidade ocorre nas hipóteses de:fato exclusivo da vítima; fato de terceiro; e caso fortuito ou força maior. (CAVALIERI FILHO, 2010)

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 esta 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 nexode 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 comparam-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. (CAVALIERI FILHO,2010)

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 distancia da culpa, visto que ambos se tratam 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, diferem 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 (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 22).

Na ocorrência da força maior ou caso fortuito, fica excluído, portanto onexo causal, visto que ambos constituem “uma causa estranha à conduta do aparente agente”, provocadoras 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 à 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 desencontradas 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 recuperadora do indivíduo.

A responsabilização civil ocorre como meio encontrado pelo legislador para obrigar que os membros responsáveis pela prole assumam com suas responsabilidades, e as cumpra solicitamente, 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 depois de 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 está 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, avoluntariedade 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 à 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 dado 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” (CAVALIERE FILHO, 2010, p.75).

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” (CAVALIERE FILHO, 2010 p.81).

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.

De acordo com Sérgio Savi 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 à 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 se perdeu de fato, de modo que a indenização deverá ser necessária para *restitui-o in integrum*, ou seja, a restituição na integralidade daquilo que foi degradado (SAVI, 2006,p.3).

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 (SAVI, 2006,p.4).

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 se efetive 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 toda a proteção de sua intimidade, a sua honra, e também sua vida privada. Proporcionando a sanção nos casos em que ocorre quebram do artigo 5º, V e X da Constituição Federal. Entretanto, o dano moral não terá ascensão 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 às 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 área 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 (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 74).

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.

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 à 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 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 se determine 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 Cavaliere 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 (CAVALIERI FILHO, 2010, p.23).

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 (GONÇALVES, 2007, p.177).

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 (GONÇALVES, 2007, p.177).

Nos casos em que pese à atenuação de culpa do ofendido juntamente com a do ofensor, este perceberá vantagem, visto que não produziu sozinho o ato ilícito, todavia, não se ausentará 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 à 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 (GONÇALVES, 2007, p.359).

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 à 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 acerca 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 à 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” (GONÇALVES, 2007 p.359).

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 à análise de cada caso concreto, investigando como se produziu tal efeito e a partir de que condições se encontravam 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 (GONÇALVES, 2007 p.360).

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.

Ao analisar os casos de alienação parental é fato que as maiores vítimas são as crianças e que a não interferência poderá causar danos irreversíveis às mesmas, portanto é necessária uma ação mais eficaz para coibir essa prática, a fim de resguardar a convivência de forma saudável com ambos os genitores.

Portanto, a autoridade parental não deixa de existir para os pais que se separam, sendo exercida com alterações práticas, ou seja, os dois genitores, mesmo em separação judicial, não perdem o poder de genitor familiar, sendo apenas dificultado ao cônjuge que não detém a guarda dos filhos de exercê-la plenamente, restando-lhe cumprir roteiros de visitas e a função de prestar de alimentos (AKEL, 2010, p. 122).

Quando a ruptura conjugal acontece, gera consequências nos filhos que o legislador buscou meios de garantir o equilíbrio, a simetria perfeita, entre direitos e obrigações de cada genitor, em virtude de a ruptura afetar física e psicologicamente a vida dos menores. Os conflitos ocasionados com a separação resultam em problemas e em consequências graves às crianças: altera o referencial em relação aos pais, muda seus esquemas de vida, as separa de um de seus genitores, modifica a rotina de relações com outros membros da família e, concentra a autoridade em apenas um dos pais (LEITE, 2011p.128).

As consequências da separação nos filhos são prejudiciais para o desenvolvimento saudável de sua estrutura principalmente psicológica. Por isso, inexistindo um dos genitores em “corpo presente”, se sucederão conflitos em relação à guarda dos filhos, que sofrem diretamente os desgastes de uma união desfeita e a desestrutura do lar. Os problemas pessoais entre os membros da família tornam-se, assim, mais complexos e intensos, pois tendem a se potencializar após a separação e o divórcio, abalando a estrutura psicológica de todos os seus membros e dificultando, a cada dia, a solução pacífica das dificuldades (AKEL, 2010, p. 122).

Maria Berenice Dias (DIAS, 2009, p.398) diz que “o rompimento do vínculo conjugal dos pais não deve comprometer a continuidade da convivência dos filhos com ambos os genitores [...]. Os filhos, querendo ou não, participam dos conflitos” e em virtude dessa participação, acabam desenvolvendo problemas de ordem emocional, que afetarão seus comportamentos (sentimentos de solidão, rejeição e ausência) e o desenvolvimento de uma noção violadora das obrigações da paternidade. É

inconcebível no âmbito social e inaceitável nas práticas jurídicas, ao genitor que possui a guarda dos filhos serem o principal promotor dos conflitos que desencadearão problemas emocionais nas crianças (DIAS, 2009, p.398).

A guarda, instituto jurídico, não tem esse propósito, pelo contrário, prima pela proteção e segurança da criança. [...] a guarda em termos genéricos, é o lado material do poder familiar; é a relação direta entre pais e filhos, da qual decorrem vários direitos e deveres para ambas as partes. É obvio que a guarda pode ser concedida a terceiros, como no caso da tutela (FIUZA, 2012.p.1085).

Por diversas características e caracterizações que a guarda pode assumir, o fato de defini-la é uma tentativa que merece cuidados. Por sua vez, Quintas (2010) apresenta outro conceito, em que salienta a proteção e a segurança dos filhos pelo genitor responsável em guardá-los. (QUINTAS, 2010, p. 20-21).

Guardar nos traz a ideia de proteger, manter seguro, entre seus sinônimos encontra-se vigilância, cuidado, defesa e direção. A guarda é o direito de comandar a vida dos filhos, vigiando-o e determinando-lhes a formação moral, sempre em busca de seu melhor interesse, com o poder de retirá-los de quem ilegalmente os detenha. É ao mesmo tempo, um dever, um múnus público de vigiar, orientar e cuidar, a que estão os guardiões, ou guardião obrigados a cumprir (QUINTAS, 2010, p. 28).

Assim, o instituto da guarda atribui aos pais, os direitos e deveres a serem exercidos com objetivo de proteger e promover os meios necessários para desenvolvimento saudável dos filhos. Nesse contexto, assevera o magistrado Jorge Anexim (CANEZIM 2005, p.7) que a guarda destina-se primeiramente à assistência material do menor, a sua educação e seu desenvolvimento saudável, abrange também o direito de vigilância, podendo o não guardião reclamar do seu comportamento ao guardião (CANEZIM 2005, p. 7).

O fim do relacionamento conjugal não significa o fim do vínculo parental, apesar de afetar diretamente todos os membros que a compõe, não pode afetar a convivência dos filhos com seus genitores. Assim, a ruptura conjugal, traz a necessidade de adequação a um modelo de guarda para os filhos menores. A guarda dos filhos, oriunda da ruptura do vínculo conjugal, pode ser exercida de forma única, alternada, por meio do alinhamento ou nidação, ou ainda pelo modelo compartilhado (CANEZIM 2005, p.8).

Como afirma o Desembargador José Carlos Teixeira Giorgis à guarda unilateral ou exclusiva, como a própria denominação já exprime, é quando o seu exercício é atribuído apenas um dos genitores, que terá o direito de permanecer com os filhos, enquanto o outro poderá apenas exercer o direito de visita. Neste modo o exercício do poder familiar inerente aos interesses e dos bens dos filhos ficará com o guardião, cabendo ao outro genitor o direito de recorrer ao Judiciário em caso de divergência, para fazer valer suas opiniões, esse modelo apresenta um inconveniente, afastando o genitor não guardião do convívio com o filho, exacerbando os poderes do genitor guardião, desatendendo as necessidades do menor (GIORGIS, 2010, p. 75).

A guarda alternada é atribuída aos pais por períodos alternados. Ou seja, caracterizada por diferentes períodos de convivência que os filhos terão com seus pais, ora com um genitor, ora com o outro. Nesta forma de exercício ocorre a atribuição da guarda física e jurídica a cada um dos genitores, de forma que, durante o lapso de tempo em que o guardião permanecer com o filho, terá de forma exclusiva a totalidade dos poderes e deveres que integram o poder familiar. Enquanto um dos genitores exerce a guarda dos filhos, ao outro cabe o direito de visita. Quando finda o período convencionalizado, os papéis invertem-se, sendo que esta troca de guardião independe de medida judicial (PAIXÃO; OLTRAMARI, 2005, p. 64-65).

A guarda compartilhada ou conjunta, como também pode ser denominada, é o

modelo que confere a possibilidade de ambos os genitores, embora separados, continuarem a estreita ligação mantida com os filhos antes da ruptura do vínculo conjugal, com autoridades legais equivalentes para tomarem decisões importantes na vida destes. Deste modo, o instituto compartilhado, surgiu com o objetivo de colocar em equilíbrio os papéis parentais, garantindo a igualdade dos genitores. Segundo Levy (2008) surgiu para minimizar os danos sofridos pelos filhos em razão da quebra ou mesmo da inexistência prévia de relacionamento conjugal.

Buscando preservar os laços paternos filiais em condições de igualdade entre os genitores. Foi criada procurando atender aos melhores interesses da criança, com o objetivo de banir as deficiências existentes em outros modelos de guarda, principalmente a unilateral e a alterada, que vem sendo criticada como abusiva e contrária à igualdade (CANEZIM 2005, p. 8).

O princípio do melhor interesse da criança se consuma eficazmente na forma com que seus pais possuem uma relação saudável e estável com os seus filhos, dessa forma, a criança se sentirá mais protegida por quem sentir maior afeto. Sua escolha é visando um interesse, a convivência familiar saudável, o estreitamento das relações afetivas entre pais e filhos e a oportunidade à criança de receber de ambos os genitores todos os cuidados e afeto de que precisam, possibilitando assim que seu bem-estar prevaleça em detrimento dos interesses dos pais (CANEZIM 2005, p. 9).

Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem-estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o melhor interesse da criança (ONU, 1989).

Endossa esse entendimento Paulo Luiz Netto Lôbo, a efetivação do melhor interesse da criança como um princípio jurídico segundo os preceitos internacionais e nacionais, deve ter seus interesses tratados com prioridade, pelo Estado, pela sociedade e pela família, tanto na elaboração quanto na aplicação dos direitos que lhe digam respeito, notadamente nas relações familiares, como pessoa em desenvolvimento e dotada de dignidade (LÔBO, 2009, p. 38).

Consoante Leonardo Barreto Moreira (ALVES, 2011, p. 01) A guarda compartilhada também tem o importante efeito de impedir a ocorrência do fenômeno de alienação parental e a consequência síndrome da alienação parental, já que, em sendo o poder familiar exercido conjuntamente, não há que se falar em utilização do menor por um dos genitores como instrumentos de chantagem e vingança contra o genitor que não convive com o filho, situação típica da guarda unilateral e exclusiva (ALVES, 2011, p. 01).

Embora a síndrome da alienação parental seja de difícil identificação, pois em alguns casos, o sentimento de rejeição surge naturalmente, tanto por parte dos filhos, como dos genitores, a situação mais propensa para sua ocorrência é a fixação do exercício exclusivo da guarda, podendo apresentar sintomas de sabotagem como, por exemplo: desvalorização do pai não guardião na presença das crianças, interceptação de cartas ou presentes; não comunicação de chamadas telefônicas, impedirem o exercício do direito de visitas, punirem os filhos que mantiverem contato com o ascendente, etc. (AKEL, 2010, p.122).

Segundo Trindade (2011, p. 196) “o alienador busca evitar, ou dificultar, por todos os meios possíveis, o contato dos filhos com o outro cônjuge violando, o direito que a criança tem de estabelecer vínculo com o outro genitor.” Os pretextos para sustentar essa atitude são os mais diversos, desde as alegações de que os filhos não se sentem bem quando voltam das visitas, de que precisam se adaptar com essa nova situação lentamente, até considerar o alienado com um se desprezível e desmerecedor de qualquer atenção e carinho (TRINDADE, 2011, p.196).

É nesse momento que, deve-se elencar a importância da guarda compartilhada, pois ao atribuir o poder familiar a ambos, não haverá a utilização do menor por um dos genitores como instrumento de vingança. A criança não pode simplesmente ser privada da presença de um dos pais, pelo fato deste não estar mais unido conjugalmente com o outro genitor. Não se pode deixar de analisar a relação de afeto entre os genitores e os filhos, pois a afetividade é elemento essencial e marcante da união familiar.

Embora não esteja inserido de forma expressa na legislação, o modelo compartilhado é amplamente admitido no ordenamento jurídico, uma vez que as disposições legais que tratam do bem-estar do menor e da igualdade dos genitores traduzem parecer favorável a este modo de exercício. Com a adoção desde novo modelo de guarda dos filhos, observa-se que a justiça tem caminhado em busca de decisões mais justas e tem conseguido também fazer com que os pais estabeleçam acordos entre si, uma vez que ambas as partes deverão ceder a fim de que se obtenham melhores soluções visando ao bem-estar dos filhos.

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 se reinventaram 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 perfaça-se como uma medida jurídica, de caráter preventivo e pedagógico na luta contra a alienação parental.

A criança, em virtude da sua fragilidade e vulnerabilidade, tem proteção especial como preconiza aos artigos da Lei 11.698/2008, de modo a estabelecer no ordenamento jurídico brasileiro, as prerrogativas para construir um novo modelo de responsabilidade parenteral, auxiliando dessa maneira, na construção da personalidade e da dignidade das crianças, que estão participando da dissolução da sociedade conjugal ou do vínculo conjugal.

No entanto, quando a questão subordina-se ao campo da alienação parental, constata-se que segundo a Lei nº 12.318/2010, seu conceitua se relaciona “a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelas avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este”.

A esse respeito, a doutrina explica que a melhor expressão em relação ao poder familiar, seria autoridade parental, por melhor consagrar o princípio da proteção integral de crianças e adolescentes. Assim, o poder familiar e a legislação brasileira inerente a sua realização e a proteção dos filhos sob sua égide, foi fruto de mudanças ocorridas ao longo do tempo, as quais enfatizam a importância legal de se ter construído o Direito de Família que priorizasse o melhor interesse do filho, com intuito de proteger a criança.

Com o fim do vínculo conjugal de um casal, as decisões e fundamentos se estabelecerão diretamente na autoridade parental que os filhos se sentirem mais a vontade para receber. Entretanto, no exercício da guarda compartilhada, quando

impetrada, deverá o genitor em que os filhos vivem na mesma residência garantir que o compartilhamento do poder familiar se estabeleça na família modificada, garantindo-lhe também o direito de acolher e proteger os filhos. Esse é o propósito essencial do princípio da continuidade das relações familiares.

Difícil, mas não impossível, pois com a aprovação da lei da guarda compartilhada, da Lei da alienação parental e a eficácia do Poder Judiciário é possível tomar uma decisão visando o melhor interesse da criança.

É fato que a Alienação Parental é um assunto delicado que necessita que os operadores do direito atuem com zelo e cuidados para que o direito de convivência das famílias envolvidas seja restituído.

Referências

AKEL, Ana Carolina Silveira. **Guarda Compartilhada: um avanço para a família**. 2º ed. São Paulo: Atlas, 2010.

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **A guarda compartilhada e a lei nº 11.698/08**. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. Porto Alegre: Magister, Belo Horizonte: IBDFAM, 2011.

ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas consequências**, 4º ed. São Paulo: Saraiva1972, p. 372.

BRASIL. **Constituição Federal (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 05 de outubro de 1988.

BRASIL, Lei n. 8.069 de 13 de julho de 1990. **Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, e dá outras providências**. In: BRASIL. Código civil. 19 ed. São Paulo: Saraiva 2004.

BRASIL. **Lei 9.394, de 1996**. Dispõe sobre Diretrizes e Bases da Educação Nacional

BRASIL. **Lei Federal 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil.

BRASIL. **Lei 9.394, de 1996**. Dispõe sobre Diretrizes e Bases da Educação Nacional

BRASIL. Lei 12.318, de 26 de agosto de 2010. Dispõe sobre alienação parental e altera o art. 236 da Lei nº 8.069, de julho de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2007-2010/2010/Lei/L12318.html

BRASIL, **Código Civil (2002)**. Brasília, DF: Senado Federal, 2002. Disponível em: <: ccivil_03=110406.htm= "" leis= "" www.planalto.gov.br= "" >. Acesso em: 20.Mai. 2020. 2020.

BRASIL, **ART 21 (2002)**. Brasília, DF: Senado Federal, 2002. Disponível em: <: <https://www.jusbrasil.com.br/topicos/10620733/artigo-1634-da-lei-n-10406-de-10-de-janeiro-de-2002>= "" >. Acesso em: 20 maios 2020.

BRASIL, **ART 186 (2002)**. Brasília, DF: Senado Federal, 2002. Disponível em: <: <https://www.jusbrasil.com.br/topicos/10718759/artigo-186-da-lei-n-10406-de-10-de-janeiro-de-2002>= "" >. Acesso em: 20. Maio. 2020.

BRASIL, ART 403 **CPP - Decreto Lei nº 3.689 de 03 de Outubro de 1941.**

Brasília, DF: Senado Federal, 2002. Disponível em: <:
<https://www.jusbrasil.com.br/topicos/10641061/paragrafo-3-artigo-403-do-decreto-lei-n-3689-de-03-de-outubro-de-1941>= "" >. Acesso em: 20. Maio. 2020.

BRASIL, **ART 927 (2002)**. Brasília, DF: Senado Federal, 2002. Disponível em: <:
<https://www.jusbrasil.com.br/topicos/10677854/artigo-927-da-lei-n-10406-de-10-de-janeiro-de-2002>= "" >. Acesso em: 20. maio. 2020.

BRASIL, ART 942 **Lei nº 13.105 de 16 de Março de 2015** Brasília, DF: Senado Federal, 2002. Disponível em: <:
<https://www.jusbrasil.com.br/topicos/28888558/artigo-924-da-lei-n-13105-de-16-de-marco-de-2015>=>. Acesso em: 20 maio 2020.

BRASIL, ART 1634CC - Lei nº 10.406 de 10 de Janeiro de 2002. Brasília, DF: Senado Federal, 2002. Disponível em: <:
<https://www.jusbrasil.com.br/topicos/11738460/artigo-21-do-decreto-lei-n-3688-de-03-de-outubro-de-1941>= . Acesso em: 20 maio 2020.

BRASIL, ART 938CC - Lei nº 10.406 de 10 de Janeiro de 2002. Brasília, DF: Senado Federal, 2002. Disponível em: <: <https://www.jusbrasil.com.br/topicos/10677124/artigo-938-da-lei-n-10406-de-10-de-janeiro-de-2002>= . Acesso em: 20 maio 2020.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 9º ed. São Paulo: Atlas, 2009.

CACHAPUZ, Rozane da Rosa. **Mediação nos conflitos e direito de família**. Curitiba: Juruá, 2006.

CANEZIM, Claudete Carvalho. **Da Guarda compartilhada em oposição à guarda unilateral**. Revista Brasileira de Direito de família. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, 2005.

COELHO, Fábio Ulhôa. **Curso de direito civil. Família**. Sucessões. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva 2012. Vol. 5.

DIAS, Maria Berenice. **União homossexual: aspectos sociais e jurídicos**. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). A família na travessia do milênio: anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: IBDFAM e União OAB-MG, 2000.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 5º ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

DINIZ, Maria Helena. **Direito de família. Curso de direito civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2007.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro: Direito de Família**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 5. P. 9

FARIAS, Cristiano Chaves de (coordenador). **Temas atuais de Direito e Processo de Família**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004.

FLICK, Uwe. **Desenho da pesquisa qualitativa**. Coleção Pesquisa Qualitativa (Coordenação de Uwe Flick) Porto Alegre: Bookman, Artmed, 2009a

GARDNER, Richard A. O DSM-IV tem equivalente para o diagnóstico de Síndrome de Alienação Parental (SAP). Manuscrito não publicado aceito para a publicação 2002. Disponível em: <http://www.alienacaoparental.com.br/textos-sobresap-1/o-dsm-iv-tem-equivalente>>Acesso em: 29 de maio de 2020.

Gardner, R. (2002b). Parental alienation syndrome vs. parental alienation: Which diagnosis should evaluators use in child custody disputes? *The American Journal of Family Therapy*, 30(2), 93-115. Recuperado em 10 setembro 2007, de <http://www.rgardner.com/refs/ar1.html> Acesso em: 29 de maio de 2020.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo Curso de direito civil, volume VIU: Direito de família – As Famílias em Perspectiva constitucional** / Pablo Stolze Gagliano. Rodolfo Pamplona Filho. São Paulo. Saraiva, 2011.

GIORGIS, José Carlos Teixeira. **Notas sobre a guarda compartilhada**. Revista IOB de Direito de Famílias. v. 61, ago./set. 2010.

GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 4º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

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

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, volume VI - direito de família**. 4º ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, volume 6: Direito de Família- 7 ed. – São Paulo: Saraiva, 2010**.

GUERRA, Sidnei; EMERIQUE, Lilian Marcia Balmant. **O Princípio da Dignidade Humana e o Mínimo Existencial**. Revista da Universidade de Direito de Campos, Rio de Janeiro, Ano VII, N 09 - Dezembro 2006.

GUERRA, Yolanda. **A Instrumentalidade no Trabalho do Assistente Social. Capacitação em Serviço Social e Política Social**. Módulo 4: O trabalho do assistente social e as políticas sociais, CRESS/ ABEPSS-UNB, 2000.

LAKATOS, E.M.; MARCONI, M. A. **Técnicas de pesquisa**. 6. ed. São Paulo: Atlas. 2009. 289 p.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Alienação parental: do mito à realidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

Levy, L., & Gomes, I. C. (2011). **Relações amorosas: rupturas e elaborações**.

Tempo Psicanalítico, vol.43, n.1, pp. 45-57.

LISBOA, T. T. A. Guarda compartilhada x convivência familiar. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br>> Acesso em: 08 maio. 2020

LÔBO, Paulo. **Direito das famílias. Direito-dever à convivência familiar.** Organizadora Maria Berenice Dias. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MADALENO, Ana Carolina Carpes. **Síndrome da Alienação Parental: A importância de sua detecção com seus aspectos legais e processuais.** Ana Carolina Carpes Madaleno, Rolf Madaleno. 2ª Edição. Rio de Janeiro. Editora Forense, 2014.

PAIXÃO, Edivane; OLTRAMARI, Fernanda. **Guarda compartilhada de filhos.** Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre, v. 7, n. 32, p. 52-56, out./nov., 2005.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família.** Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

PEREZ, E. L. **Breves comentários acerca da lei de alienação parental (Lei 12.318/2010).** In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). **Incesto e alienação parental: realidades que a justiça insiste em não ver.** 2. ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

QUINTAS, Maria Manoela Rocha de Albuquerque. **Guarda compartilhada.** 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 28.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil.** 28ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 6.

ROMANELLI, G. **Paternidade em famílias de camadas médias.** In: Estudos e Pesquisas em Psicologia, ano 2, n.2, p.79-96, 2003.

SANDRI, J. S. (2013). **Alienação parental: o uso dos filhos como instrumento de vingança entre os pais.** Curitiba: Juruá, p. 214.

Santos, M. M. S. (2013). Os efeitos do divórcio na família com filhos pequenos. Disponível em: <<https://psicologado.com/atuacao/psicologia-juridica/os-efeitos-do-divorcio-na-familia-com-filhos-pequenos>>. Acesso em 12 de maio, 2020.

SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil por perda de uma chance.** São Paulo: Atlas, 2006.

SOUZA, Daniel Barbosa Lima Faria Corrêa de. Famílias plurais ou espécies de famílias. 29 abr. 2009. Revista Jus Vigilantibus. Disponível em: <http://jusvi.com/artigos/39460/1> . Acesso em: 15 MAIO 2020.

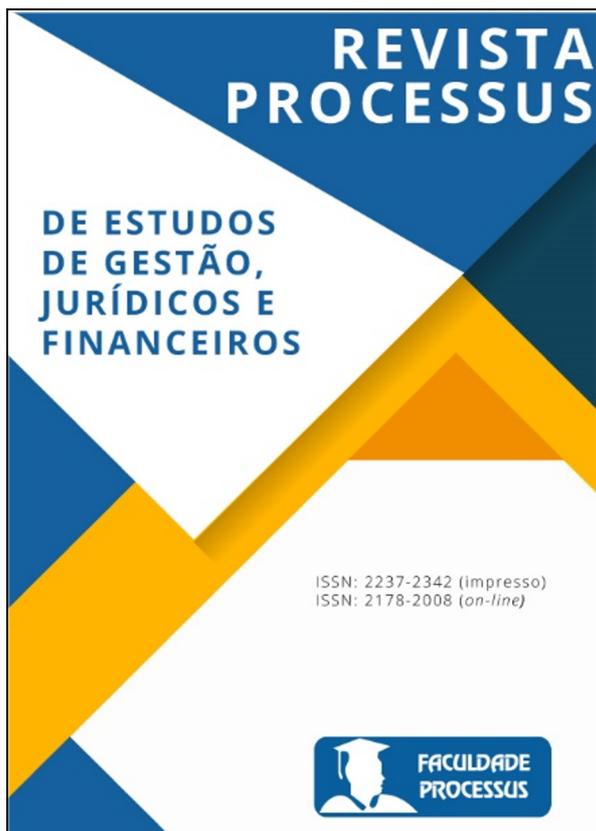
STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência.** 7 ed. São Paulo Editora Revista dos Tribunais, 2007.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil.** 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2014.

TRINDADE, Jorge. **Manual de Psicologia Jurídica para operadores do Direito.** 5 ed. ver. Atual. E ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editoria, 2011.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: direito de família.** 8º ed. São Paulo: Atlas, 2003.

VIEIRA, Cristiane de P. **A Nova Lei da Guarda Compartilhada**. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI214304,41046-A+nova+lei+da+guarda+compartilhada>. Acesso em 09. maio. 2020.



Revista Processus de Estudos de Gestão, Jurídicos e Financeiros

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

Ano XI, Vol. XI, n.40, jul./dez., 2020.

Tramitação editorial:

Data de submissão: 20/06/2020

Data de reformulação: 05/07/2020

Data de aceite definitivo: 12/07/2020

DOI: <https://doi.org/10.6084/m9.figshare.12654599>

Data de publicação: 14/07/2020.

A MEDIDA EXECUTIVA ATÍPICA DE SUSPENSÃO DA CARTEIRA NACIONAL DE HABILITAÇÃO E OS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA PATRIMONIALIDADE DA EXECUÇÃO CIVIL¹

THE ATYPICAL EXECUTIVE MEASURE OF SUSPENSION OF THE NATIONAL DRIVER'S LICENSE AND THE PRINCIPLES OF PROPORTIONALITY AND THE PATRIMONIALITY OF CIVIL EXECUTION

Lucas Lima de Oliveira²
Jonas Rodrigo Gonçalves³
Ana Carolina Borges de Oliveira⁴

Resumo

O tema deste artigo é o meio executivo atípico de suspensão da carteira de motorista. Investigou-se o problema: “A medida de suspensão da carteira de motorista afronta

¹ Este artigo contou com a revisão linguística de Eter Cristina Silva Balestie Peluffo.

² Graduando em Direito pela Faculdade Processus. Engenheiro Ambiental e Técnico Judiciário do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. e-mail: lucas.limaoli@gmail.com. lattes: <http://lattes.cnpq.br/3072002211919254>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4936-7677>

³ Doutorando em Psicologia; Mestre em Ciência Política (Direitos Humanos e Políticas Públicas); Licenciado em Filosofia e Letras (Português e Inglês); Especialista em Direito Constitucional e Processo Constitucional, em Direito Administrativo, em Direito do Trabalho e Processo Trabalhista, entre outras especializações. Professor das faculdades Processus (DF), Unip (SP), Fasesa (GO), CNA (DF). Escritor (autor de 61 livros didáticos/acadêmicos). Revisor. Editor. CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6904924103696696>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4106-8071>. E-mail: jonas.goncalves@institutoprocessus.com.br.

⁴ Mestre em Direito e Políticas Públicas. Professora de Direito Civil (Contratos) e de Direito Constitucional na Faculdade Processus. Especialista em Contratos e Responsabilidade Civil. e-mail: anacarinaboliveira@gmail.com. lattes: <http://lattes.cnpq.br/0054684022872565>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9621-8407>.

os princípios da proporcionalidade e patrimonialidade?”. Cogitou-se a hipótese “a medida de restrição da carteira de motorista afronta os princípios da proporcionalidade e patrimonialidade”. O objetivo geral é “analisar se a medida de restrição da carteira de motorista fere os princípios da proporcionalidade e patrimonialidade”. Os objetivos específicos são: “investigar a execução e o advento do artigo 139, IV, do CPC”, “listar os tipos de meios executivos e os princípios ligados, em especial a proporcionalidade e patrimonialidade” e “verificar a medida de restrição da carteira de motorista”. Este trabalho é importante em um aspecto individual devido a formação profissional; para a ciência, é relevante pois discute sobre o tema; agrega à sociedade por auxiliar as decisões judiciais. Trata-se de pesquisa qualitativa teórica com duração de um ano.

Palavras-chave: Medidas Executivas Atípicas. Carteira Nacional de Habilitação. Proporcionalidade. Patrimonialidade.

Abstract

The theme of this article is the atypical executive medium of suspension of the driver's license. The investigated problem was: "The measure of suspension of the driver's license affronts principles of proportionality and patrimony?". The hypothesis was: "the measure restricting the driver's license affronts the principles of proportionality and patrimony. The general objective is: "to analyze whether the driver's license restriction measure hurts the principles of proportionality and patrimony." The specific objectives are: "to investigate the execution and advent of article 139, IV, of the CPC", "list the types of executive means and the principles connected, especially the proportionality and patrimony" and "check the restriction measure of the driver's license". This work is important in an individual aspect due to vocational training; for science, it is relevant because it discusses the subject; adds to society for assisting court decisions. This is a theoretical qualitative research lasting one year.

Keywords: Atypical Executive Measures. National driving license. Proportionality. Patrimony.

Introdução

O presente trabalho destina-se a analisar a medida executiva atípica de suspensão da carteira nacional de habilitação ratificada no ordenamento jurídico brasileiro com o advento da reforma do Código de Processo Civil. O estudo se desenvolve sob a perspectiva dos princípios da patrimonialidade da execução e da proporcionalidade.

O artigo 139, inciso IV, do CPC, concedeu maiores poderes aos magistrados, devendo analisar detalhadamente se a medida atípica é a melhor opção para o processo. Ademais, o Estado-juiz observará os preceitos constitucionais, a proporcionalidade, razoabilidade, efetividade e outros princípios relacionados, bem como assegurará que os meios executivos típicos tenham esgotado (SCHNEIDER; JARDIM, 2018, p. 204).

Neste contexto, esse artigo se propõe a responder o seguinte problema “a medida executiva atípica de suspensão da carteira nacional de habilitação afronta os princípios da proporcionalidade e da patrimonialidade da execução civil?”. O magistrado ao aplicar a restrição da carteira de motorista observa a patrimonialidade da execução civil, bem como há proporcionalidade na referida imposição, a luz da adequação e necessidade do caso?

A medida de suspensão da carteira de motorista deve ser considerada diante de cada caso concreto, visto que é prevista no sistema do Código de Processo Civil e, aparentemente, não representa violação aos direitos fundamentais do executado (MIOLLA; LIGERO, 2017, p. 09).

A hipótese levantada frente ao problema em questão foi “a medida executiva atípica de suspensão da carteira nacional de habilitação afronta os princípios da proporcionalidade e da patrimonialidade da execução civil”. Neste contexto, a necessidade e busca pelo resultado útil do processo não são aptos a justificar a imposição da restrição da carteira de motorista e atinge o corpo do executado e não os seus bens.

A imposição de quaisquer medidas executivas, típicas ou atípicas, como o caso da suspensão da carteira nacional de habilitação, deve observar aos princípios constitucionais quem regem o processo jurisdicional brasileiro (CÂMARA, 2016, p.89).

Nesta seara, o objetivo geral deste trabalho é “analisar se a medida executiva atípica de suspensão da carteira nacional de habilitação afronta os princípios da proporcionalidade e da patrimonialidade da execução civil”. Neste contexto, estuda-se a restrição da carteira de motorista, sob a perspectiva dos três componentes da proporcionalidade: necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito, bem como se este meio não extrapola a materialidade, alcançando o corpo do executado.

Com efeito, a aplicação de medida executiva atípica deve se revestir da maior cautela possível, não sendo uma tarefa fácil, utilizando-se da proporcionalidade e razoabilidade (SCHNEIDER; JARDIM, 2018, p. 200).

Os objetivos específicos deste trabalho são investigar a execução e o advento do artigo 139, inciso IV, do Código de Processo Civil, listar os tipos de medidas executivas e os princípios relacionados às medidas atípicas, em especial a proporcionalidade e patrimonialidade da execução civil e verificar a medida executiva atípica de suspensão da carteira nacional de habilitação.

Ante inovação apresentada pelo artigo 139, inciso IV, do Código de Processo Civil, surgiram inúmeras divergências quanto a sua aplicabilidade. Destaca-se que estas contraposições decorrem devido ao conflito entre princípios como o da dignidade da pessoa humana e da efetividade (NETTO; LEAL, 2019, p.1357).

O sistema processual brasileiro formulou a execução como uma fase de procedimentos, à disposição do juiz, visando a satisfação do crédito do exequente. No entanto, observa-se que a satisfação do crédito é dificultada por executados que não concordam com o direito do exequente, se furtando do cumprimento por diversas maneiras, mesmo quando possuem meios para arcar.

O reflexo dos empecilhos utilizados pelos executados se mostra de forma clara e concreta no acúmulo de feitos no Judiciário Brasileiro. O Conselho Nacional de Justiça destaca que os processos de execução são responsáveis pela alta taxa de congestionamento do Poder Judiciário, representando cerca de 54,2% dos processos pendentes de baixa no final do ano de 2018.

Deste modo, o estudo da medida executiva atípica de suspensão da carteira nacional de habilitação se releva de fundamental importância individual para formação profissional, bem como para a sociedade, fomentando pesquisas e decisões que proporcionam a satisfação do crédito do exequente, porém sem exageros do poder Estatal. A análise busca evitar que esta ferramenta se torne uma faca de dois gumes e desrespeite direitos fundamentais dispostos no ordenamento jurídico brasileiro.

Nesse sentido o trabalho se desenvolveu através da tipologia de pesquisa teórica, por intermédio de instrumentos elaborados, principalmente livros e artigos

científicos. A pesquisa foi realizada durante um ano, englobando a fase de elaboração do projeto, levantamento bibliográfico, seleção dos trechos pertinentes e confecção do artigo.

O procedimento de pesquisa é o método qualitativo, o qual consiste no levantamento e revisão de literatura sobre as medidas executivas atípicas dispostas no artigo 139, inciso IV, do Código de Processo Civil, bem como a imposição da suspensão da carteira nacional de habilitação.

A medida executiva atípica de suspensão da carteira nacional de habilitação e os princípios da proporcionalidade e da patrimonialidade da execução civil

I. A Execução e o advento do artigo 139, inciso IV, do Código de Processo Civil

A Execução atualmente disposta no sistema normativo processual brasileiro se apresenta, em regra, de duas maneiras. A primeira, conhecida como o cumprimento da sentença, surge do reconhecimento do direito na fase de conhecimento. A segunda forma refere-se à execução de títulos executivos extrajudiciais, denominada de processo de execução.

No tocante ao cumprimento de sentença, destaca-se que o processo é composto por duas fases, a de conhecimento – convencimento do juiz do direito pretendido – e a de cumprimento da sentença – satisfação do direito reconhecido (BUENO, 2018, p.493).

Noutro giro, o processo de execução é descrito como ação executiva própria para a satisfação dos direitos representados por títulos executivos extrajudiciais (THEODORO JÚNIOR, 2017, p.209).

O Código de Processo Civil Brasileiro prevê que a condução de uma ação executiva pelo juiz, na medida dos seus poderes e dentro das possibilidades admitidas na lei, deverá identificar e valorar os meios executivos a serem utilizados para a produção dos efeitos esperados.

Neste contexto, o Código de Processo Civil de 1973 previa a utilização dos poderes executivos atípicos unicamente em relação as obrigações de fazer e não fazer, bem como nas de entregar coisa. Assim, observava-se que a existência destas medidas era limitada a tais obrigações, conforme o artigo 461, § 5ª do Código anterior (MIOLLA; LIGERO, 2017, p.02).

O texto normativo do novo Código de Processo Civil de 2015 trouxe uma novidade em seu artigo 139, inciso IV, introduzindo as obrigações pecuniárias no rol de aplicação de medidas executivas atípicas (MIOLLA; LIGERO, 2017, p.02).

Com efeito, a reforma do Código de Processo Civil, inserindo a prerrogativa dos meios executivos atípicos às obrigações pecuniárias, originou uma discussão doutrinária e jurisprudencial no tocante a atipicidades das medidas, as quais já existiam no ordenamento jurídico, sendo apenas ampliado o seu campo de aplicação.

O legislador, almejando uma maior efetividade da tutela jurisdicional, dispôs no art. 139, IV do CPC, norma geral de atipicidade, possibilitando o uso de medidas coercitivas para garantir o adimplemento das obrigações pecuniárias. No entanto, observa-se que estas medidas podiam ser aplicadas nas obrigações de fazer, não fazer ou entregar coisa no sistema processual civil de 1973, sendo carente de uma concretização mais ampla (SILVA; SANTOS, 2019, p.47).

Por conseguinte, em que pese a previsão normativa para outras obrigações, o artigo 139, IV, do CPC constituiu a opção da imposição das medidas coercitivas no cumprimento das obrigações de pagar, proporcionando um importante avanço para

conferir autoridade e efetividade às determinações do judiciário (SILVA; SANTOS, 2019, p.47).

A inovação apresentada pelo Código de Processo Civil de 2015, no tocante às medidas executivas atípicas e à obrigação de pagar, representou uma flexibilização procedimental, afastando eventual incompatibilidade da lei processual com a realidade prática da demanda.

O artigo 139, inciso IV, do CPC ampliou a área atingida pela cláusula geral de atipicidade dos meios executivos, a qual estava disposta no art. 461 do CPC de 1973 desde a vigência da Lei nº 8.952 de 1994 (CÂMARA, 2016, p.86).

Devido ao previsto no inciso IV do artigo supracitado, foi possível o emprego de medidas executivas que não estavam discriminadas em lei na tentativa de efetivar o cumprimento de decisões judiciais que reconheçam a exigibilidade de obrigações independentemente da natureza destas (CÂMARA, 2016, p.86).

O texto descrito no art. 139, IV, do CPC é apenas um acréscimo a cláusula geral de atipicidade de meios executivos previsto no revogado artigo 461 do Código de Processo Civil de 1973. No entanto, interessantemente não se é noticiado que, ao tempo em que ainda vigorava o CPC de 1973, decisões que aplicavam meios atípicos eram proferidas (CÂMARA, 2016, p.85).

Não obstante, em que pese a existência anterior das medidas executivas atípicas, verifica-se que a ampliação de sua aplicação às obrigações de pagar foi importante para garantir efetivação da tutela. O direito não se restringe a decisão processual, mas se mostra no mundo real com a satisfação da parte.

A inserção de tal medida adveio devido ao credor não possuir meios para satisfazer seu crédito na execução, expandindo os poderes do magistrado. Esta dificuldade na efetivação da tutela ocorre pois o devedor, agindo com má-fé, dissolve seus bens ou não tem condições de arcar com a dívida (SCHNEIDER; JARDIM, 2018, p.194).

II. Tipos de Medidas Executivas

As medidas executórias são classificadas em diretas e indiretas. As diretas compreendem os meios de sub-rogação. Por outro lado, as indiretas são os meios coercitivos.

Os meios executivos de sub-rogação, conhecidos também como execução direta, são aqueles em que o Estado, na figura do magistrado, substitui o devedor na realização da atividade, resolvendo-a, e produzindo o efeito prático como se o próprio devedor realizasse o seu dever jurídico (CÂMARA, 2016, p.86).

A executiva direta dispensa a cooperação do executado, oportunidade em que o Estado-Juiz irá substituir devedor na prática do dever a ele conferido, alcançando a satisfação do credor independentemente da realização de qualquer atividade por parte do executado (SILVA; SANTOS, 2019, p.49).

Neste contexto, observa-se que, na execução direta ou sub-rogatória, há efetivação da tutela mesmo contra a vontade do devedor, sendo irrelevante os anseios deste. Pode-se citar como exemplo o desapossamento, a expropriação e a transformação (SCHNEIDER; JARDIM, 2018, p.191).

Noutro giro, o sistema normativo brasileiro prevê a figura das medidas executivas indiretas, descritas também como coercitivas, indutivas e mandamentais, as quais fazem com que o próprio inadimplente ou responsável realize a conduta devida.

A execução por coerção ou execução indireta prevê a aplicação de instrumentos propostos a forçar o próprio devedor a fazer os atos indispensáveis à

satisfação do direito do exequente (CÂMARA, 2016, p.8).

Temos assim por medida coercitiva ou executiva indireta, um meio de atuação no psicológico do executado e, através desta coação, ele observa que é mais vantajoso cumprir a obrigação devida do que suportar a medida imposta, resultando no cumprimento forçado pelo próprio devedor (SILVA; SANTOS, 2019, p.48).

Notório então, que as medidas adotadas com o foco de forçar o cumprimento da ordem judicial pelo devedor são tidas como medidas coercitivas, também denominada pela doutrina como execução indireta, a qual acarreta a mudança dos anseios do executado (SCHNEIDER; JARDIM, 2018, p.189).

Observa-se que o mais adequado é o cumprimento espontâneo da obrigação pelo executado do que a imposição de uma medida executiva indireta. Por conseguinte, o credor modifica a vontade do devedor através do uso dos meios executivos coercitivos, mostrando-o que é mais benéfico adimplir a obrigação do que apor tal técnica (SCHNEIDER; JARDIM, 2018, p.191).

A aplicação de medidas executivas indiretas é uma forma excepcional de ação, verifica-se que o percurso almejado no processo de execução *latu sensu* é o cumprimento da obrigação de pronto pelo executado, sem embaraços, ou diretamente pela atuação do Poder Judiciário.

A previsão do artigo 139, IV, do CPC não autoriza a utilização das medidas coercitivas atípicas de forma indiscriminada, colocando-a como regra. O ordenamento jurídico estabeleceu que primeiro deve-se esgotar as medidas executivas típicas para então se justificar a aplicação das medidas atípicas, restando claro o caráter subsidiário de tais meios de execução (SILVA; SANTOS, 2019, p.50).

O Estado deve obedecer ao requisito de *ultima ratio* das medidas executivas atípicas, não podendo aplicá-las como a primeira opção para o adimplemento da prestação devida, visto que, mesmo com o advento da reforma do Código de Processo Civil, o legislador pautou os meios típicos como regra, devendo serem estes esgotados para possibilitar a aplicação das medidas atípicas (MIOLLA; LIGERO, 2017, p.04).

Por conseguinte, o órgão julgador observará o esvaziamento de todas as medidas típicas, bem como o caso concreto de aplicação, optando pela medida atípica que realmente proporcionará uma efetividade mínima a satisfação do crédito do exequente, devendo abster-se de aplicar tais meios que apenas irão prejudicar a condição do executado (SILVA; SANTOS, 2019, p.57).

Com efeito, o sistema normativo brasileiro, diante da característica anômala, outorgou excepcionalidade aos meios executivos atípicos, apresentando-os como derradeira medida a ser adotada. Neste contexto, ressalta-se ainda que não se deve utilizá-los como um mecanismo para piorar a situação do devedor, assemelhando-os a uma pena.

Nesta seara, com intuito de evitar quaisquer arbitrariedades que possam ocorrer nas decisões proferidas pelo Estado-juiz, é imprescindível que se perfaçam todas as medidas executivas típicas, via Bacenjud, Renajud, Infojud, penhora de imóveis, semoventese outros, para subsidiariamente aplicar as medidas atípicas (NETTO; LEAL, 2019, p.1368).

A impossibilidade de natureza punitiva das medidas executivas atípicas deve ser observada pelo magistrado em suas aplicações, visto que o caráter punitivo afasta o desígnio da medida empregada, dificultando a satisfação da pretensão do exequente (SILVA; SANTOS, 2019, p.56).

O entendimento que deve prevalecer é que a imposição de meios executivos atípicos somente se justifica se o executado possuir condições ou meios de cumprir a

prestação. Caso contrário, não ocorrerá a satisfação do direito do exequente, configurando apenas uma punição ao devedor, o que não trará resultado útil ao processo (MIOLLA; LIGERO, 2017, p.04).

III. Princípios da execução Civil relacionados às Medidas Executivas Atípicas

Os princípios que norteiam o direito processual civil se revestem de certa peculiaridade em relação à execução. Observando o tema proposto no presente trabalho, os princípios não serão abordados de forma exaustiva, concentrara-se naqueles relacionados à essência medidas executivas atípicas e suas interações.

Inicialmente, destaca-se que o respeito ao princípio constitucional de acesso à justiça, em ações almejam o cumprimento de uma obrigação de pagar, dar, fazer ou não fazer, somente é alcançado quando o legislativo ou subsidiariamente o julgador proporcionar ao exequente medidas executivas, sejam elas típicas ou atípicas (DOUTOR, 2018, p.03).

A inovação dos meios executivos apresentados no artigo 139, inciso IV, do Código de Processo Civil concedeu maior força ao direito processual civil, refletindo diretamente na adequação da tutela jurisdicional, efetividade e tempestividade dos processos. Por conseguinte, observa-se que a nova atipicidade executiva contribuiu para a observância do princípio constitucional darazoável duração do processo (DOUTOR, 2018, p.03).

No entanto, os reflexos das medidas executivas atípicas também atingem direitos fundamentais do executado, principalmente os referentes à propriedade, liberdade pessoal e locomoção. Observa-se assim que a atividade executiva possui a característica de conflitos de princípios fundamentais, devendo-se balancear sua aplicação de acordo com a necessidade do caso concreto (DOUTOR, 2018, p.04).

Com efeito, constata-se que as medidas executivas atípicas, principalmente na perspectiva das obrigações pecuniárias, são de fundamental importância para a satisfação do direito do exequente.

As ações de execução, seja de cumprimento de sentença ou processo de execução *stricto sensu*, devem possuir uma característica mais célere, uma vez que teoricamente o direito do credor já se encontra reconhecido, faltando apenas a sua satisfação. Contudo, em diversas oportunidades, o executado dolosamente se furta de sua obrigação.

Com a intenção de minimizar o dolo de não cumprimento do devedor, os princípios constitucionais da tutela jurisdicional efetiva, disposto no art. 5º, XXXV, CF/88, e da eficiência, nos termos do art. 37, CF/88, conferem legitimidade constitucional a cláusula geral de atipicidade de meios executivos (CÂMARA, 2016, p.88).

A despeito de não estarem taxativamente dispostos em lei, os meios executivos atípicos se tornam os mais adequados em determinados casos para assegurar a efetivação do preceito judicial. A união das normas fundamentais do processo civil da efetividade e eficiência resultam na legitimidade do emprego atípico dos meios de execução (CÂMARA, 2016, p.89).

Todavia, apesar de justificada aplicação das medidas executivas atípicas, devido ao conflito de direitos do exequente e executado, é fundamental a observância de determinados princípios para assegurar a correta utilização, evitando-se arbitrariedades por parte de Poder Judiciário.

Com o propósito de assegurar ao credor a tutela jurisdicional do seu direito, sem que o executado seja colocado em posição discriminatória, a aplicação de meios executivos atípicos no caso concreto deve ser realizada através parâmetros legais

norteadores entalhados nos princípios fundamentais e gerais, dispostos na Constituição Federal e no Código de Processo Civil (SILVA; SANTOS, 2019, p.43).

Nesse contexto, é imprescindível que o magistrado valore a satisfação do crédito e as garantias fundamentais do credor, com intuito de não afrontar, no caso concreto, o princípio da dignidade da pessoa humana, direito existencial do executado, ao aplicar o disposto no artigo 139, inciso IV, do CPC (NETTO; LEAL, 2019, p.1360).

Ademais, tem-se como requisito, para a aplicação de medidas coercitivas em face do executado, a ponderação do princípio da duração razoável do processo, art. 5º, inciso LXXVIII, da CF/88, o da primazia da resolução do mérito, incluindo a atividade satisfativa, art. 4º do CPC, no tocante ao credor, e do outro lado, em relação ao devedor, a observância do princípio da dignidade da pessoa humana, art. 8º, do CPC, da liberdade de locomoção, art. 5º, inciso XV, da CF/88, o da menor onerosidade ao executado, art. 805 do CPC, e outros (NETTO; LEAL, 2019, p.1363).

IV. A Patrimonialidade e a Proporcionalidade na Execução Civil

A aplicação das medidas executivas atípicas no processo de execução civil tem como consequência o conflito de direitos fundamentais dos envolvidos. O Estado-juiz deve ponderar se a imposição de tais medidas acarretará resultado útil ao processo, ou seja, a satisfação da pretensão do credor, bem como o limite justo a ser suportado pelo devedor.

Nesta seara, as máximas da Patrimonialidade e da Proporcionalidade são as principais teses de discussão no que se refere à aplicação dos meios executivos atípicos. A concepção passada de que a atividade executiva incidia sobre o corpo do acusado estaria ressurgindo com a imposição de meios atípicos, afrontando a patrimonialidade da execução. Noutro giro, destaca-se a desproporcionalidade de tais medidas ante a finalidade do processo.

A indicação de que o devedor responde apenas com seus bens, mesmo que seja com todos eles, pelo cumprimento da obrigação exequenda é expressamente estabelecida no artigo 789 do CPC. Por conseguinte, o sistema normativo processual civil brasileiro não afastou o princípio da patrimonialidade nos processos de execução (CÂMARA, 2016, p.91).

A leitura e imposição do artigo 139, inciso IV, do CPC, deve levar em consideração que se desenvolve no Direito brasileiro a máxima da patrimonialidade dos títulos judiciais ou extrajudiciais (CÂMARA, 2016, p.91).

Deste modo, devem essencialmente ter natureza patrimonial as medidas coercitivas ou sub-rogatórias, a fim de que não violem o princípio da patrimonialidade da execução, designando-se uma responsabilidade não patrimonial em um sistema que limita o executado responder com seus bens (CÂMARA, 2016, p.91).

A crítica apresentada quanto ao artigo 139, inciso IV, do CPC, em relação ao princípio processual da patrimonialidade da execução, defende ser ilícito o devedor suportar com o corpo a execução, atingindo a sua dignidade. Não obstante, há o entendimento de que essa previsão não feriria tal princípio.

As medidas coercitivas, típicas ou atípicas, não se concretizam através de um tormento físico, salvo quando a lei assim admite, como a prisão civil do devedor de alimentos. Na verdade, elas implicam restrição a direitos sem incidir sobre o corpo do executado (DOUTOR, 2018, p.08).

Rotineiramente são realizadas ações para constranger ao adimplemento de obrigações, como por exemplo o protesto de títulos e a inclusão do devedor em cadastros restritivos. As limitações temporárias a direitos fundamentais, que não

atuam sobre o corpo do devedor, em decorrência de dívidas, não implicam um processo de restauração de tempos nebulosos (DOUTOR, 2018, p.08).

A premissa da patrimonialidade, resguardando o corpo do devedor, reflete diretamente no princípio da proporcionalidade. O sistema processual civil brasileiro conjuga regras que conferem ao julgador maior independência e discricionariedade na satisfação do credor.

No entanto, o processo de execução busca a satisfação do crédito do exequente com o menor impacto sobre o executado, o qual é proporcionado analisando detalhadamente o caso concreto e a necessidade exigida.

Importante não se aplicar meio executivo que se manifesta excessivamente oneroso ao executado, bem como brando demais ao ponto de não alcançar a satisfação da pretensão. O magistrado buscará a proporcionalidade e razoabilidade para a efetivação da medida executiva atípica de acordo com a necessidade do caso concreto (SILVA; SANTOS, 2019, p.51).

De outro modo, é indispensável harmoizar a medida atípica com a razoabilidade, verificando se ela é proporcional no caso concreto, observando ainda, no momento da aplicação, a dignidade da pessoa do executado (NETTO; LEAL, 2019, p.1370).

Com efeito, a máxima da proporcionalidade é fundamental para a aplicação dos meios executivos atípicos, principalmente após a inovação apresentada pelo artigo 139, inciso IV, do Código de Processo Civil. O princípio da proporcionalidade apresenta três componentes: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

A adequação relaciona-se com a realização do fim almejado, a medida processual é considerada indispensável para o caso concreto. Ela se assemelha à razoabilidade (SILVA; SANTOS, 2019, p.52).

Assim, verifica-se que não será adequada uma medida deferida, a qual restringe um direito fundamental do devedor, se não fomentar o alcance do resultado útil do processo de alguma maneira (DOUTOR, 2018, p.05).

No tocante a necessidade, deve-se questionar sobre a possibilidade de outra medida igualmente eficaz e menos gravosa às partes e ao processo. O objetivo pretendido precisa ser atingido com o meio menos lesivo (SILVA; SANTOS, 2019, p.52).

Por fim, exige-se que os motivos que a levaram a aplicação das medidas executivas atípicas devem superar a restrição imposta para que seja considerada proporcional em sentido estrito. Trata-se de uma ponderação entre os interesses envolvidos (SILVA; SANTOS, 2019, p.52).

A contraposição entre a relevância da realização do fim e a magnitude da limitação aos direitos fundamentais deve ser realizada no exame da proporcionalidade em sentido estrito (DOUTOR, 2018, p.06).

Isto posto, a luz da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, o magistrado deverá compulsar o caso concreto, verificando o curso processual até o momento da decisão, a formação do litígio, a capacidade econômica das partes, a obrigação resistida e outros detalhes que proporcionaram uma escolha justa e proporcional da medida a ser aplicada.

Ao realizar uma análise justa e efetiva, deve-se ponderar as circunstâncias do caso concreto, considerando a necessidade de sua aplicação no processo, a adequação da medida, e a proporcionalidade (NETTO; LEAL, 2019, p.1366).

Conclui-se que, esgotadas todas as medidas típicas de execução, munindo-se da proporcionalidade na escolha da via atípica, bem como na sua adequação e

necessidade do caso, o Estado-juiz pode restringir direitos fundamentais do executado aplicando medidas executivas atípicas, desde que justificado em função de outro direito fundamental, devendo a decisão ser fundamentada e proporcionado o contraditório (SILVA; SANTOS, 2019, p.59).

V. A medida executiva atípica de Suspensão da Carteira Nacional de Habilitação

A reforma do Código de Processo Civil de 2015, com o novel texto do artigo 139, inciso IV, fomentou discussões doutrinárias acerca dos limites de aplicação das medidas executivas atípicas, bem como trouxe decisões judiciais inovadoras, suspendendo o passaporte, restringindo o uso de cartões de crédito e outras.

O Código de Processo Civil em seu art. 139, IV, trouxe uma latente mudança no entendimento sobre execução das decisões judiciais que reconhecem a exigibilidade das obrigações, especialmente as pecuniárias (CÂMARA, 2016, p.94).

Entende-se que as medidas coercitivas recomendadas no referido artigo, aumentaram a possibilidade do poder jurisdicional por permitir a efetividade ao processo de execução (NETTO; LEAL, 2019, p.1371).

As medidas executivas atípicas necessitam de avaliação a respeito da efetividade. A análise delas é relevante para que não sejam meramente aplicadas de acordo com a possibilidade estabelecida no Código de Processo Civil, mas sim, que uma apreciação seja feita a respeito dos resultados que podem surgir a partir dessa aplicação (SCHNEIDER; JARDIM, 2018, p.200).

Dentre essas medidas, destaca-se a suspensão da carteira nacional de habilitação, a qual é objeto de análise do presente estudo. Inúmeros casos são levados ao Superior Tribunal de Justiça, questionando a licitude de tal medida, debatendo, entre outras teses, a proporcionalidade e patrimonialidade da execução.

A carteira nacional de habilitação é documento oficial que comprova a aptidão de uma pessoa para conduzir veículos automotores. A condução de um veículo somente pode ser realizada por cidadão que possua o referido documento, bem como dentro da validade.

Neste contexto, a suspensão da carteira nacional de habilitação configura uma limitação ao direito de conduzir veículos de uma pessoa, mesmo que ela se encontre apta a direção. Por conseguinte, principalmente diante do defasado sistema público de transporte brasileiro, inúmeras consequências negativas atingem o executado com a imposição de tal medida atípica.

Deste modo, a postulação de suspensão da carteira nacional de habilitação demanda que juiz examine se o requerimento tem aptidão de fomentar a realização dos direitos de crédito e de acesso à justiça, ou seja, se de alguma maneira pode cooperar para satisfação da pretensão do exequente (DOUTOR, 2018, p.05).

Exsiste o entendimento sustentando que a suspensão da carteira nacional de habilitação como possível medida executiva, em qualquer situação, acarretaria na violação do direito constitucional de ir e vir do executado (NETTO; LEAL, 2019, p.1367).

A suspensão da carteira nacional de habilitação deve ser analisada com cautela independentemente da obrigação que se pretenda forçar o adimplemento. Esta medida limita consideravelmente a liberdade de locomoção do executado diante da realidade brasileira.

O deferimento da restrição da carteira nacional de habilitação representa uma pressão judicializada no devedor, a qual, em que pese forçar o cumprimento da

obrigação, pode transpassar a patrimonialidade da execução, atingindo a higidez física e psíquica do devedor.

Ademais, outro ponto importante é a proporcionalidade da imposição de tal medida nos processos de execução. Sob a perspectiva do componente adequação do princípio da proporcionalidade, a suspensão da carteira de habilitação não se demonstra mecanismo indispensável para que o executado cumpra a prestação resistida.

Neste raciocínio, referente ao elemento necessidade do princípio da proporcionalidade, deve-se contrabalancear a existência de outras medidas mais efetivas para forçar o cumprimento da obrigação.

Apesar disto, a suspensão da carteira nacional de habilitação não caracteriza ameaça ao direito fundamental de ir e vir segundo entendimento formado pelo Superior Tribunal de Justiça, havendo a possibilidade de acordo com o caso concreto e, desde que, fundamentada decisão (SILVA; SANTOS, 2019, p.60).

A liberdade individual do devedor que teve a carteira de motorista suspensa para constrangê-lo a pagar a dívida não é plenamente limitada, mas somente no que se refere ao direito de dirigir veículo automotor (DOUTOR, 2018, p.08).

Apesar dos questionamentos doutrinários, a Corte do Superior Tribunal de Justiça, sob a ótica do direito de locomoção do executado, entende lícita a suspensão da carteira nacional de habilitação.

Ocorre que, principalmente com o advento das novas formas de trabalho proporcionadas pelos aplicativos de transporte particular, como *Uber* e o *99*, a discussão sobre a restrição da carteira de motorista entrou em um novo percurso.

A suspensão da carteira nacional de habilitação de um motorista profissional é capaz de coagir o cumprimento da obrigação, uma vez que exerce coerção notadamente a alguém que depende da carteira nacional de habilitação para trabalhar. Por conseguinte, se inexistirem outros meios executivos com a mesma eficiência, a restrição da CNH será necessária (DOUTOR, 2018, p.06).

Contudo, verifica-se que o direito fundamental ao trabalho é peça chave para o adimplemento dos direitos de crédito e a tutela jurisdicional perseguida pelo exequente. Logo, sendo a habilitação condição para que o devedor exerça a sua profissão, não há proporcionalidade na imposição da medida (DOUTOR, 2018, p.06).

A suspensão da carteira nacional de habilitação não deve interferir no sustento da família do devedor e a possibilidade de auferir capital. Não seria proporcional decisão que defira a suspensão da carteira de motorista de taxistas, caminhoneiros, motoristas de aplicativos de transporte particular ou ônibus (NETTO; LEAL, 2019, p.1371).

Neste diapasão, observa-se que a restrição da carteira de habilitação de motoristas profissionais fere o princípio da proporcionalidade, uma vez que o efeito será reservo, dificultando o adimplemento da obrigação pelo devedor e impossibilitando a efetividade do processo.

Ainda no que se refere aos profissionais, a medida executiva atípica poderá desrespeitar a patrimonialidade da execução, limitando a atividade laboral e consequentemente a fonte de manutenção do devedor e de sua família. Assim, ação executiva permite que o referencial de satisfação da dívida passe ser a pessoa do devedor e seus familiares.

A suspensão da carteira de habilitação é inaceitável, podendo resultar uma proibição ao desenvolvimento de atividade profissional como motorista. Além disso, a restrição do executado de dirigir veículos automotores que não lhe pertença, por exemplo, para levar um parente doente ao hospital é inadmissível (CÂMARA, 2016,

p.91).

Considerações Finais

O estudo analisou a aplicação da medida executiva atípica de suspensão da carteira nacional de habilitação imposta com fundamento no inovador inciso IV do artigo 139, do Código de Processo Civil. A utilização da restrição da carteira de motorista no processo de execução foi contraposta aos princípios da proporcionalidade e da patrimonialidade da execução previstos no sistema processual civil brasileiro.

A pesquisa concentrou-se no problema: os preceitos da proporcionalidade e da patrimonialidade da execução civil são desrespeitados com a aplicação da medida executiva atípica de suspensão da carteira nacional de habilitação? Neste contexto, levantou-se a hipótese de que a restrição da carteira de motorista, devido ao inadimplemento de obrigação, não se reveste de proporcionalidade, transpondo o patrimônio do devedor, atingindo o seu corpo.

Diante do contexto apresentado, como objetivo geral, foi analisado se a medida executiva atípica de suspensão da carteira nacional de habilitação afronta os princípios da proporcionalidade e da patrimonialidade da execução civil. Por conseguinte, investigou-se a execução e o advento do artigo 139, inciso IV, do Código de Processo Civil, listou-se os tipos de medidas executivas e os princípios relacionados às medidas executivas atípicas, discutiu-se os princípios da patrimonialidade e proporcionalidade e, por último, verificou-se a medida executiva atípica de suspensão da carteira nacional de habilitação.

O estudo do meio executivo atípico da restrição da carteira de motorista se demonstrou relevante para evitar a aplicação incorreta de tal ferramenta. A pesquisa serve de fomento para discussões acadêmicas e doutrinárias sobre o tema, auxiliando o Poder Judiciário em suas decisões, diminuindo-se as arbitrariedades dos magistrados, assegurando o respeito dos direitos dos executados e a satisfação do crédito do exequente.

A inovação apresentada pelo inciso IV, do artigo 139, do Código de Processo Civil mostrou-se fundamental no sistema jurídico processual civil brasileiro. A concessão de ferramentas mais enérgicas ao processo de execução pode garantir maior celeridade e efetividade, assegurando a satisfação da pretensão do credor.

No entanto, concluiu-se que a atipicidade executiva não pode ser adotada como mera sanção ao executado, não provendo qualquer resultado útil ao processo. Ademais, verificou-se a linha sequencial de aplicação, devendo-se esgotar todos os meios típicos de execução para que se possa impor medidas executiva atípicas.

Nesta seara, é inquestionável aplicação dos princípios norteadores do processo civil na imposição das medidas executivas atípicas, destacando-se os preceitos de acesso à justiça, razoável duração do processo, tutela jurisdicional efetiva, liberdade, propriedade e dignidade da pessoa humana, balanceando os direitos do credor e devedor.

Com efeito, observou-se que os princípios da proporcionalidade e da patrimonialidade da execução civil são fontes de discussões doutrinárias e jurisprudenciais na aplicação de medidas executivas atípicas. Tais princípios tornam-se fundamentais na aplicação do meio atípico de suspensão da carteira nacional de habilitação, uma vez que se torna questionável o resultado útil ao processo e a alteração do foco patrimônio para o corpo do executado.

A restrição da carteira de motorista confrontou o princípio da patrimonialidade da execução, visto que proibir o executado de dirigir não guarda relação com os bens

do executado. Neste ponto, em que pese o entendimento do Superior Tribunal de Justiça no tocante a imposição de medida não lesar o direito de ir e vir, verificou-se que ela visa forçar a vontade do devedor, atingindo a higidez física e psíquica do executado.

Noutro giro, no que se refere ao princípio da proporcionalidade, observou-se que ele é composto por três elementos, a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. A suspensão da carteira nacional de habilitação pode até ser adequada ao caso concreto. No entanto, sob a perspectiva da necessidade, destaca-se que tal medida pode ser muito gravosa ao devedor, devendo-se buscar outro meio que assegure a menor onerosidade ao executado.

Quanto a proporcionalidade em sentido estrito a restrição da carteira de motorista é questionável em relação às vantagens e desvantagens de sua aplicação. Assim, deve-se refletir qual a vantagem efetiva desta medida para a satisfação do crédito inadimplido.

Por fim, indubitável o afronte dos princípios da proporcionalidade e da patrimonialidade da execução civil na aplicação da medida executiva atípica de suspensão da carteira nacional de habilitação para os motoristas profissionais. Neste diapasão, destaca-se a impossibilidade de auferir renda para o sustento do devedor e sua família, bem como dificultando o adimplemento da obrigação resistida.

Pelo exposto, verifica-se que a medida executiva atípica de suspensão da carteira nacional de habilitação, apesar de respeitar o direito de ir e vir, afronta o preceito da patrimonialidade da execução civil. Ademais, no tocante ao princípio da proporcionalidade, deve-se analisar o caso concreto, principalmente no que se refere aos elementos necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Referências

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Acesso em: 20 out. 2019.

Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>.

BRASIL. Lei nº 13105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Acesso em: 21 mar. 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>.

BRASIL. Lei nº 5869, de 11 de janeiro de 1973. **Código de Processo Civil**. Acesso em: 30 abr. 2019. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869impressao.htm>.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil**: volume único. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. 910 p.

CÂMARA, Alexandre Freitas. O princípio da patrimonialidade da execução e os meios executivos atípicos: lendo o art. 139, IV, do. **Revista Carriense do Programa de Pós-graduação em Direito da Faculdade Paraíso do Ceará**, Paraíso do Ceará, v. 2, n. 1, p.84-94, 2016. Acesso em: 06 set. 2019. Disponível em: <<http://ojs.fapce.edu.br/index.php/dialjurifap/article/view/36>>.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça em Números 2019: ano-base 2018. CNJ, 2019. Acesso em: 28 out. 2019. Disponível em: < <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2018/08/620bf616dfc0d62e45e52345afd3260a.pdf>>.

DOUTOR, Maurício Pereira. Medidas executivas atípicas na execução por quantia certa: o recurso à ponderação como técnica de solução das colisões e a constitucionalidade da regra do art. 139, IV, do CPC/2015. **Revista dos Tribunais Online**: Revista de Processo, São Paulo, v. 286, p.299-324, dez. 2018.

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

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

MIOLLA, Amanda Medicis; LIGERO, Gilberto Notério. Breve análise doutrinária e jurisprudencial dos meios executivos atípicos no artigo 139, IV do Código de Processo Civil de 2015. **Etic 2017 - Encontro de Iniciação Científica**, Presidente Prudente - SP, v. 13, n. 13, p.1-10, 2017. Acesso em: 01 set. 2019. Disponível em: <<http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/view/6245/5948>>.

NETTO, José Laurindo de Souza; LEAL, Jenyfer Michele Pinheiro. Os requisitos e os limites para aplicação das Medidas Coercitivas sob à luz do artigo 139, IV, do Código de Processo Civil. **Revista Jurídica Luso-brasileira**, Lisboa - Portugal, n. 2, p.1355-1374, 2015. Acesso em: 03 set. 2019. Disponível em: <http://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2019/2/2019_02_1355_1374.pdf>.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. 1807 p.

ONO, Taynara Tiemi. **Execução por quantia certa: acesso à justiça pela desjudicialização da execução civil**. Curitiba: Juruá, 2018. 214 p.

SCHNEIDER, Juciani; JARDIM, Augusto Tanger. Aplicabilidade das medidas atípicas de execução: uma análise da efetividade no ordenamento jurídico. **Revista do Curso de Direito**: UNITAS, Itapiranga - Sc, n. 3, p.187-206, 2018. Acesso em: 03 set. 2019. Disponível em: <<http://revista.faifaculdades.edu.br/index.php/direito/article/view/553>>.

SILVA, Lanaira da; SANTOS, Sidyel Pantoja. Comentários às diretrizes de aplicabilidade da cláusula geral de atipicidade do art. 139, IV, do Cód. **Revista Eletrônica de Direito da Faculdade Estácio do Pará**, Pará, v. 6, n. 9, p.41-66, jun. 2019. Acesso em: 01 set. 2019. Disponível em: <<http://revistasfafp.com/ojs3/index.php/direito/article/view/265>>.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**: volume III. 50. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. 1223.



Revista Processus de Estudos de Gestão, Jurídicos e Financeiros

ISSN: 2237-2342 (impresso)

L-ISSN: 2178-2008 (on-line)

Tramitação editorial:

Data de submissão: 17/06/2020

Data de reformulação: 08/07/2020

Data de aceite definitivo: 22/08/2020

DOI: <https://doi.org/10.5281/zenodo.4031858>

Data de publicação: 15/09/2020.

A CURATELA DA PESSOA IDOSA NA PERSPECTIVA DOS DIREITOS HUMANOS¹

THE CURATELA OF ELDERLY PEOPLE IN HUMAN RIGHTS PERSPECTIVE

*Irene Fulgêncio²
Jonas Rodrigo Gonçalves³*

Resumo

Este artigo aborda o tema da curatela da pessoa idosa na perspectiva dos direitos humanos. Investigou-se o seguinte problema: a curatela da pessoa idosa está no arcabouço jurídico dos direitos humanos? Cogitando-se os pedidos da curatela da pessoa idosa sob a égide normativa dos direitos humanos. O objetivo geral é identificar, sob a tríade normativa, teórica e empírica os pedidos de curatela da pessoa idosa sob o referencial teórico dos direitos humanos. O objetivo específico é analisar o instituto da curatela na perspectiva do Direito Internacional. Este trabalho é relevante no cenário social devido ao escopo teórico acerca da violação da autodeterminação da pessoa idosa e seus reflexos. Para a ciência, é relevante por abordar aspectos que envolvem o aumento da expectativa de vida das pessoas idosas e a detecção de possíveis violações dos direitos humanos no Brasil, assim como a interferência direta na autonomia da pessoa idosa em

¹ Artigo revisado linguisticamente por Irene Fulgêncio.

² Graduando(a) em Direito pela Faculdade Processus. <http://lattes.cnpq.br/3028582276545777>.
<http://orcid.org/0000-0002-6022-3391>. Email: irene.sesdf@gmail.com.

³ 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, Facesa, CNA. Escritor (autor de 61 livros didáticos). Revisor. Editor.

gerir aspectos fundamentais da sua vida. Agrega à sociedade por trazer elementos dentro de um novo olhar acerca do envelhecimento ativo e saudável da pessoa idosa e seus impactos nas escolhas individuais

Palavras-chave: Direitos Humanos. Curatela. Pessoa Idosa. Autonomia.

Abstract

The theme of this article is The Curatela of the Elderly from the Human Rights Perspective. The following problem was investigated: "The Curatela of the Elderly is in the legal framework of Human Rights." The following hypothesis was considered: "Requests for Curatela of the Elderly are under the normative aegis of Human Rights of the Elderly". The general objective is "To identify under the normative, theoretical and empirical triad the requests for interdiction and causes of the elderly person's request under the theoretical framework of Human Rights". The specific objectives are "To analyze requests for curatela and causes of requesting under the normative aspect of Human Rights"; "Identify situations that violate human rights, the causes of request, in line with international human rights law." "State by age group, request and cause of request of Elderly prohibitions." This work is important from an individual perspective because of its relevance to the violation of self-determination of the elderly; for science, it is relevant for addressing aspects involving the increase of life expectancy of the elderly in Brazil and the direct interference in the autonomy of the elderly in managing fundamental aspects of their lives; It adds to society for bringing elements within a new look, about the active and healthy aging of the elderly and their impacts on personal choices. This is a theoretical qualitative research lasting six months.

Keywords: Human Rights. Curatela. Elderly.

Introdução

O considerável aumento da longevidade da pessoa idosa no Brasil se deu em virtude de vários fatores sociais, dentre eles, podemos destacar a ampliação e oferta de políticas públicas voltadas à prevenção e promoção da saúde, bem como políticas sociais de acesso e incorporação de novas tecnologias, ambas propiciando o aumento dos índices de longevidade.

Os Estados Democráticos de Direito, dentro do aspecto normativo internacional dos direitos humanos, têm como principiologia essencial a preservação da autonomia frente ao Estado, contudo, adotam posições paternalistas com relação à pessoa idosa. Nessa perspectiva, evidenciam-se condições minimizadoras no aspecto de tomada de decisão (ALBUQUERQUE, 2018, p. 36).

Este estudo busca elucidar o seguinte problema: a curatela da pessoa idosa está no arcabouço jurídico dos direitos humanos? Por quais meios e como será assegurado esse direito dentro da norma jurídica interna?

A problemática envolve os liames da práxis estatal diante dos moldes de proteção da pessoa idosa em situações de considerável vulnerabilidade, em consonância com a sua autonomia, sendo esse fator complexo.

O princípio da autodeterminação da pessoa idosa assegura a não intervenção em suas escolhas, direta ou indiretamente, e busca oferecer possibilidades diversas para que ela seja protagonista em sua autonomia.

A hipótese levantada diante do problema é que os pedidos da curatela da pessoa idosa estão sob a égide normativa dos direitos humanos.

Demarca-se a concepção de vulnerabilidade escolhida nesta investigação, assim, entende-se que, em determinados contextos, essa terminologia pode contribuir para a exclusão social da pessoa idosa, a sua invisibilidade no espaço público e o desrespeito à sua voz. Deve-se ter prudência para que essa condição de fragilidade exacerbada não conduza instintivamente à produção de estereótipos, refletindo na exposição à possibilidade de ser atacado, ferido ou lesado, seja física ou emocionalmente (HERRING, 2016, p. 40).

Há que destacar o caráter parcial de algumas vulnerabilidades, especialmente aquelas que se verificam de fatores externos. Isso denota que, muitas vezes, quem observa determinada condição da pessoa idosa a percebe como vulnerável, mas na verdade ela não é. Desse modo, a concepção acerca da condição acrescida de vulnerabilidade da pessoa idosa atravessa sua própria perspectiva, que necessitará sempre ser avaliada no momento de sua determinação (ALBUQUERQUE, 2018, p. 41).

O objetivo proposto por este trabalho é identificar, sob a tríade normativa, teórica e empírica, os pedidos de curatela da pessoa idosa sob o referencial teórico dos direitos humanos.

Ao Estado incumbe garantir o cumprimento dos tratados internacionais de que é signatário, com vistas ao cumprimento adequado na prestação jurisdicional, visando, assim, assegurar os direitos da pessoa idosa.

No âmbito dos direitos humanos, a tipologia obrigacional dos direitos humanos enseja a obrigação de respeitar e proteger endereçadas ao Estado. Destarte, o Estado brasileiro assume o ônus de respeitar, abstendo-se de interferir na vida pessoal e privada da pessoa idosa, objetivando apenas proteger e impedir que violações aos direitos humanos sejam ocasionadas por terceiros, adotando medidas coercitivas, administrativas, jurídicas ou políticas que visam o cumprimento das normativas internacionais (HERRING, 2016, p. 42).

O objetivo específico é analisar o instituto da curatela na perspectiva do Direito Internacional.

Essa pesquisa é de suma importância para a esfera profissional, pois contribui para o entendimento da importância de dar às pessoas idosas a autonomia que precisam para gerir suas vidas, dentro de uma realidade segura, onde seus direitos estão garantidos. A pesquisa também elucida algumas dúvidas habituais sobre como o Estado age para garantir os direitos da pessoa idosa, fazendo com que elas possam viver em plena segurança e ter suas escolhas respeitadas.

Além disso, do ponto de vista científico, esclarece os direitos que as pessoas idosas possuem e o porquê desses direitos terem que ser assegurados dentro da normativa jurídica interna, enquanto referencial de direitos humanos, para que os idosos possam exercer sua autonomia.

Em uma perspectiva social, este artigo aborda temáticas acerca da preservação da autonomia da pessoa idosa em face às possíveis situações violadoras de direitos humanos no território nacional e a interferência direta na autonomia da pessoa idosa em gerir aspectos fundamentais da sua vida. Agrega à sociedade por trazer elementos dentro de um novo olhar acerca do envelhecimento ativo e saudável da pessoa idosa e seus impactos nas escolhas e qualidade de vida.

Trata-se de uma revisão da literatura que suscita aspectos relevantes da autonomia e da tomada de decisão apoiada da pessoa idosa frente ao aumento da expectativa de vida, por meio da apreciação, investigação e epítome do conhecimento acerca do objeto investigado.

Os instrumentos utilizados nessa pesquisa são artigos científicos de mestres, doutores e pós-doutores publicados em revistas científicas. A seleção e a extração dos artigos foram feitas de forma individual por apenas um pesquisador, sendo os artigos retirados do Google Acadêmico a partir de palavras-chave.

O critério usado para a separação dos artigos foi especificamente a usualidade dos direitos humanos no embasamento dos direitos das pessoas idosas e o modo como esses direitos são assegurados pelo Estado. O tempo total gasto para o levantamento da literatura, leitura, resumo e montagem do artigo foi de 6 meses.

A pesquisa é de cunho qualitativo, trazendo a leitura e o resumo de toda a literatura, assim como as informações coletadas. As informações dos autores foram obtidas por meios bibliográficos e não haverá dados quantitativos por não trabalhar com coletas de informações.

1 A curatela da pessoa idosa na perspectiva dos direitos humanos

A capacidade jurídica é uma expressão da dignidade humana, pois é correlata à tomada de decisão acerca da própria vida e à vertente da dignidade humana. A dignidade humana consiste em um valor absoluto e apresenta magnitude para as pessoas idosas, cuja capacidade de autogerenciamento se encontra comprometida (ALBUQUERQUE, 2018, p. 94).

Sob a égide normativa, compila-se, no âmbito do sistema interamericano de direitos humanos, a Convenção Interamericana sobre a Proteção dos Direitos Humanos das Pessoas Idosas, perfilhada em 2015, que, por sua vez, enfatiza a autonomia. No prefácio, declara que a pessoa idosa, na medida que envelhece, deve usufruir de uma vida plena, autônoma e independente. A Convenção tem como escopo promover a autonomia das pessoas idosas, por meio da efetivação de políticas públicas voltadas para a melhoria da qualidade de vida em vários aspectos, dentre eles podemos destacar a saúde, o lazer, o entretenimento e os mecanismos de inserção na sociedade. A autonomia incorpora um dos princípios da Convenção e, no seu artigo 7, preleciona o direito à autonomia e à independência.

No que concerne ao artigo 7, é a primeira vez que a autonomia é consubstanciada como um direito dentro do referencial do direito internacional dos direitos humanos.

Assim, constata-se que a Convenção alberga aspectos dos três modelos de autonomia. Como consequência, a Convenção demarca o direito das pessoas idosas de tomar decisões, de definir seus projetos de vida e de estabelecer uma vida autônoma e independente. Simultaneamente, a Convenção afixa a obrigação dos Estados de incorporar programas e políticas objetivando promover e prover o gozo desses direitos, fortalecendo os vínculos familiares e sociais.

Nesse ínterim, o processo de envelhecimento, para alguns, configura uma dádiva, entretanto, para outros, a senectude torna-se um desafio a ser enfrentado. Preservar a autonomia e assegurar a independência é fator primordial para manter a saúde emocional da pessoa idosa.

A dignidade humana é reconhecida com a propensão para ser autônomo, uma peculiaridade dos seres humanos, aspecto inerente da espécie. Confere à pessoa idosa a possibilidade de escolha, permitindo a tomada de decisão, garantindo sua

vontade e preferências, possibilitando assim que as pessoas idosas possam exercer plenamente sua autonomia (NUSSBAUM, 2009, p. 95).

Finalmente, a Declaração Universal acerca da Bioética e Direitos Humanos, mecanismo adotado em 2005 pela Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura – UNESCO, destaca, em seu artigo 5º, o princípio do respeito à autonomia das pessoas para tomar decisões, bem como prediz que devem ser adotadas medidas especiais para amparar direitos e interesses das pessoas idosas não capazes de efetivar autonomia.

Não obstante, as mudanças trazidas pela inserção dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico interno — status de norma supralegal — impele aos Estados a perquirir contornos efetivos na consolidação de políticas públicas que assegurem que as obrigações, ora adimplidas, tornem-se viáveis.

Efetivamente, o arcabouço jurídico e protetivo é de extrema relevância diante não somente da promoção da coesão social, mas também de assegurar que as pessoas idosas possam usufruir dos seus direitos e garantias fundamentais, elencadas na Constituição Federal de 1988. Ao se constatar as estruturas políticas desenhadas pelos gestores públicos, pela sociedade e pelo terceiro setor podem apoiar e garantir medidas eficazes em prol da preservação da autonomia das pessoas idosas.

A práxis da autonomia da pessoa idosa encontra oposição na construção da ideia deles como pessoas capazes de autogerenciamento na condução da própria vida. A propensão, que muitas vezes se observa, na condução da sociedade, bem como dos familiares, é a categorização das pessoas idosas como inúteis, sendo subjugadas e desprezadas, o que faz com que a sua capacidade seja diminuída (GROVER, 2017).

Tal concepção reproduz no cotidiano da sociedade e das famílias a ideia de que a pessoa idosa não é capaz de tomar decisões, o que corrobora para que a sua livre vontade seja cerceada, fazendo com que outras pessoas decidam por ela. O processo de envelhecimento populacional no Brasil não foi seguido da oportuna valorização social, o que leva ao descaso e à invisibilidade. (SAQUETO, 2013, p. 518-524).

Destarte, torna-se necessário examinar a decisão das pessoas a partir do referencial relacional e das várias interfaces que umas têm com as outras.

Há um viés normativo, que elenca os direitos e garantias da pessoa idosa, no entanto, de modo paradoxal, deparamo-nos com a invisibilidade, desprezo e abandono que ela vivencia, por ser vista como um fardo para a sociedade.

A autonomia é considerada uma necessidade elementar, que se encontra associada ao envelhecimento ativo e o aspecto relacional e tem influência na determinação da qualidade de vida nessa fase (SAQUETO, 2013, p. 523).

O processo de envelhecimento não implica em inutilidade. Ações concernentes ao fator idade estão relacionadas, na maioria das vezes, não com a ausência de capacidade, mas como a sociedade se impõe frente às pessoas idosas, nas suas variadas necessidades. O poder estatal tem a incumbência de adotar políticas públicas que possibilitem assegurar medidas protetivas, a fim de evitar situações violadoras dos direitos humanos frente à pessoa idosa. Embora existam, no ordenamento jurídico interno, leis que normatizem o direito da pessoa idosa no Brasil, no que concerne à sua autonomia, e ancoradas pelos Tratados e Convenções Internacionais de Direitos Humanos, na prática, sua eficácia é mínima, contrastando com um arcabouço literário escasso, e factualmente, concitar e assegurar o pleno exercício da autonomia nas multirrelações das pessoas idosas.

O regime da capacidade jurídica, na perspectiva dos direitos humanos, preservando a dignidade humana, que alberga elementos para a tomada de decisão juntamente com alternativas de decisão substituta, deve ter como balizadores princípios consagrados do âmbito internacional: o respeito da tomada de decisão autônoma, princípio do respeito à dignidade humana e, finalmente, o princípio da cautela na adoção de medidas protetivas (BACH, 2018, p. 96).

Em síntese, verifica-se a relevância dos direitos humanos no escopo normativo no Direito Internacional, visando assegurar a proteção das pessoas idosas. Em contrapartida, identifica-se os mais longevos, muitas vezes incapazes de fazer escolhas, pelo simples fato que a condição de serem pessoas idosas, assim, vulneráveis, impede-lhes de serem ouvidos ou de expressar as suas vontades, desconsiderando suas preferências e cerceando os direitos assegurados.

Sob a égide da tomada de decisão, o molde da autonomia como promoção vindica que se compreenda o processo de tomada de decisão como um ensejo para se fomentar a autonomia e as competências de cada pessoa, assim, visando a elevação das habilidades da pessoa idosa nas decisões sobre os vários aspectos da sua própria vida.

O conceito de capacidade jurídica é de extrema relevância para a compreensão do conceito normativo de autonomia pessoal, pois é o marco legal para a laboração da

autonomia e a dilação de determinadas decisões como autônomas (DONNELLY, 2011, p. 47).

Destarte, considerando autonomia como promoção, demanda o desenvolvimento de aptidões que estimulam a práxis desta, bem como a criação de medidas governamentais e sociais que a estimulem. Por exemplo, adotar ações educativas de enfrentamento da violência contra a pessoa idosa, envolvendo a sociedade como um todo. Desse modo, passa-se a restituir o princípio da autonomia e, assim, a obrigação de promovê-lo, destacando-se assim a maximização da autodeterminação pessoal.

Embora modelos jurídicos, como o brasileiro, adotem a expressão "capacidade civil", por imposição do regímen das capacidades ter originado do Direito Civil, neste estudo, a concepção se dá além das diretrizes do escopo normativo interno. As peculiaridades aqui apresentadas perpassam o campo civilista, como é o caso do direito da pessoa idosa e sua intrincada relação com a preservação da autonomia pessoal, nas variáveis da autodeterminação e do autogerenciamento de escolhas, no campo das mudanças dos aspectos envolvendo o envelhecimento ativo e saudável, algo novo, que perpassa a sociedade brasileira, mas que devem ser respeitadas (BACH, 2018, p. 47).

A abordagem do modelo legal, instituído pela capacidade jurídica no Brasil, apresenta-se em dissonância com as concepções mais progressistas acerca do escopo dos direitos humanos, onde identifica-se a ausência de princípios gerais da capacidade, em pilar não discriminatório. Não há, no ordenamento jurídico brasileiro, instrumento legal que possibilite a escolha de um representante pelas próprias pessoas idosas.

Destarte, os elementos que norteiam a capacidade jurídica circundam o reconhecimento da pessoa idosa como sujeito de direitos e assim capaz de expressar livremente suas escolhas referentes a vários campos da vida diária: alimentação, escolha das crenças religiosas, modo de vestir, dentre outros, o que necessariamente não envolve reverberação na esfera jurídica. Reconhece-se, desse modo, que a capacidade jurídica perante a lei, exercida de modo ativo, é denominada agência legal (HARDING, 2018, p. 50).

Portanto, a capacidade jurídica fundamenta-se no reconhecimento da pessoa idosa como sujeito de direitos e agente legal, tendo seus direitos e garantias, estabelecendo a igualdade perante as demais pessoas no organismo social e a sua relação com o Estado.

Ao tratar da heterogeneidade prevista no modelo de capacidade jurídica, no ordenamento brasileiro, identifica-se descompassos frente às legislações internacionais, uma vez suprimidos os elementos estruturadores dos direitos humanos, dentre eles, podemos citar a não competência para decisões de cunho específico, dentre as várias vertentes envolvendo o mundo privado da pessoa idosa (BRASIL, 2018, p. 77).

Tendo em vista o escopo dessa abordagem, os pontos elencados serão apreciados sob a égide normativa dos direitos humanos.

A Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002, em sua parte geral, no Capítulo I, art. 1º, ao disciplinar a personalidade e a capacidade, dispõe: todo indivíduo é sujeito capaz de exercer direitos e deveres na ordem civil. No artigo 3º, dispõe: são absolutamente incapazes de exercer os atos da vida civil os absolutamente incapazes e os relativamente incapazes a certos atos ou à maneira de os exercer: a) os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; b) os ébrios habituais e os viciados em tóxico; c) aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade (BRASIL, 2018, p. 77).

Portanto, revela-se a distinção entre capacidade civil absoluta e relativa. Assim, os absolutamente incapazes não podem desempenhar os atos consoantes a vida civil, já os relativamente incapazes, apenas descritos em certos atos ou a forma de os exercer.

De acordo com o Código Civil, estão sob a normativa do instituto da curatela: aqueles que, por qualquer condição transitória ou permanente, não puderem manifestar sua vontade; os ébrios habituais, bem como os viciados em tóxicos e os pródigos. Percebe-se que nesse elenco não está disposto a pessoa idosa.

No entanto, para melhor compreensão, será apenas explorado o instituto da curatela no que tiver campo de interação direta com o régimen da capacidade jurídica sob a égide dos direitos humanos.

Quanto aos requisitos necessários para os curadores, o ordenamento jurídico augura o cônjuge ou companheiro, não separado judicialmente ou de fato. Quando o curatelado não tiver cônjuge ou companheiro, o nomeado curador deve ser o pai ou mãe, na escassez destes, será o descendente. Na ausência de qualquer um desses, no rol taxativo da norma, é atribuído ao juiz a primazia da escolha do curador (BRASIL, 2018, p. 78).

O Estatuto da Pessoa com Deficiência, introduzido no Código Civil, deliberou o instituto da tomada de decisão apoiada, mas apenas para as pessoas com deficiência. Tanto a pessoa com deficiência quanto os seus apoiadores devem ratificar termos expressos que modulem os limites do apoio a ser prestado e os respectivos compromissos dos apoiadores, durante a elaboração da solicitação de tomada de decisão apoiada.

O instituto da tomada de decisão apoiada, seara nova do conhecimento e, portanto, em construção, originada do movimento dos direitos das pessoas com deficiência, hoje integra timidamente ações locais em Tribunais de Justiça, no contexto da pessoa idosa, cujo objetivo é constituir uma rede de suportes a fim de apoiá-la. O objetivo primordial que norteia essa abordagem é a preservação da autonomia da pessoa idosa, estabelecendo critérios que envolvem as vontades e as preferências dela. Entende-se, assim, como uma rede de suportes, cujo objetivo central é proteger as pessoas idosas dos abusos, violência, exploração e maus-tratos.

A Lei 13.105, de 16 de março de 2015, que disciplina o Código de Processo Civil, na Seção IX, do Capítulo XV, que normatiza os Procedimentos de Jurisdição Voluntária, elenca o instituto da curatela. No pedido de curatela, na ação de interdição, o autor deve enumerar os motivos pelos quais se faz necessário o peditório do interditando, as razões porque este não consegue gerir os seus bens ou até mesmo exercitar os atos da sua vida privada. Ao solicitar o pedido de curatela, a petição inicial, além de constar os dispostos motivadores, deve conter laudo médico circunstanciado, expondo a condição clínica do possível curatelado (BRASIL, 2018, p. 79).

Evidenciamos que o pedido de curatela é excessivamente burocrático, não alinhados às diretrizes internacionais, no sentido de propiciar e facilitar o acesso a rede de suportes.

Conforme o rito do Código de Processo Civil, após citação, o juiz ouvirá a pessoa idosa, suas preferências e escolhas, contexto familiar e relações de afeto. Estabelece o ordenamento jurídico que o juízo lançará mão de tecnologias a fim de permitir ou contribuir para que a pessoa idosa possa manifestar seus desejos e preferências, bem como poderá ser necessária a oitiva de testemunhas e parentes (BRASIL, 2018, p. 79).

Destarte, a decisão judicial que delibera a curatela irá englobar a nomeação do curador, o linde da curatela, conforme elementos atribuídos no laudo circunstanciado da pessoa idosa, bem como os contornos estabelecidos, por determinação do juízo, das peculiaridades, vontades, escolhas e o melhor interesse para as pessoas idosas.

Será, desta forma, estabelecida a curatela à pessoa que atender os requisitos necessários aos interesses da pessoa idosa (BRASIL, 2018, p. 79).

A sentença de interdição será alistada nos cartórios de registro das pessoas naturais e constará nas plataformas mundiais de computadores, nos sistemas de informação do tribunal *a quo*, bem como nos anais do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, com os dados da pessoa idosa curatela, seu respectivo curador, causas e lide da interdição. Serão dispostos todos os atos que a pessoa idosa poderá realizar de forma autônoma (BRASIL, 2018, p. 80).

O pedido de curatela pode ser alterado quando suscitar elementos que findem o motivo que a decretou, sendo requisitado pelo próprio curador ou a pedido do Ministério Público. Compete ao juízo prolator da sentença nomear um perito ou uma equipe interdisciplinar para realizar exames ou procedimentos que se fizerem necessários ao caso concreto, para analisar o laudo. Ensejando o pedido, o juízo prolator decidirá o conflito e designará a publicação da proposição (BRASIL, 2018, p. 80).

Na seara do ordenamento jurídico brasileiro, nota-se certa dificuldade em remodelar conceitos normativos do direito romano, ora compilados pelas Ordenações Filipinas e o arcabouço normativo do direito internacional da pessoa idosa, uma vez que é evidenciada uma dificuldade em romper com concepções e sistemas arraigados. Assim, a elaboração do discurso é controlada e definida (FOUCAULT, 2014, p. 146).

Algumas nomenclaturas utilizadas no campo das ciências jurídicas tiveram o seu nascedouro nas ciências médicas, muitas delas empregadas para designar transtornos psíquicos ou desordens mentais. Várias vezes, com emprego da força física, objetivando penalizar condutas não permitidas pela sociedade, tornando a pessoa vítima de maus-tratos, sendo penalizado com o próprio corpo. Assim, ao apresentar no corpo físico sinais de maus-tratos, apresentava a sociedade uma forma de estigma, a não praticar certos atos, nos quais a sociedade entendia ser violadores de direitos. O estigma social nasce a partir de acepções construídas de maneira negativa, acrescidas de estereótipos, arraigados por discriminações a grupos de pessoas ou raças (FLOOD-GRADY, 2018, p. 147).

Nos modelos atuais de capacidade jurídica da pessoa idosa, prevalecem as normativas internacionais, ancoradas no paradigma do direito internacional dos direitos humanos, divergindo do escopo teórico da capacidade em saúde mental, ou seja, uma patologia mental, por si só, não é suficiente para opor a capacidade decisional da

pessoa idosa. Nem sempre as decisões do cotidiano limitam-se apenas a uma área da sua vida, mas, sim, em vários aspectos (PURSER, 2017, p. 165).

A vida da pessoa idosa possui várias dimensões e para cada uma delas deve ser avaliada no que diz respeito à faculdade de discernimento. O Estado brasileiro deveria adotar a “rede de suportes”, usada comumente no Canadá e preconizada pelo alto Conselho da Europa, onde a pessoa idosa opta pelo auxílio que lhe seja mais adequado e pode ir além do que foi preconizado pelas políticas públicas internas. Temos instrumentos largamente utilizados no Canadá, como os planos antecipados, mecanismos de nomeação, ambos baseados em uma interpelação substitutiva (JESTE, 2018, p. 168).

No Brasil, ainda se faz uma interconexão entre o instituto da curatela, não obstante a tomada de decisão substituta e a incapacidade absoluta. Embora no marco legal, a *guardianship* ou o instituto da curatela não esteja atrelado a esse critério jurídico obsoleto, mas, sim, ao fato da pessoa idosa não ter habilidade para tomada de decisão, após o elenco de suportes, tal como a ausência de uma designação permanente.

Desse modo, é imprescindível, no Brasil, que a interdição deixe de ser apreciada como um instituto jurídico a ser defendido em nome da hegemonia do direito romano ou de qualquer outro elemento que não seja interligado com a autonomia pessoal e a qualidade de vida das pessoas idosas, que regularmente são submetidas a situações atentatórias e violadoras aos seus direitos humanos.

Notadamente, é surpreendente o obscurantismo em que se encontra a legislação brasileira quanto às decisões judiciais e à maioria da literatura acerca da temática. O fato de as pessoas com inépcias decisórias demandarem suporte para perseguirem seus planos de vida é visto, no Brasil, tão somente como proteção, e não como respeito à autonomia das pessoas idosas, sua capacidade de escolha, frente à tomada de decisão apoiada. Sob o manto da proteção jurídica, justifica-se um modelo discriminatório, paternalista e autoritário quanto à pessoa idosa.

Estudos demonstram que em estado de debilidade emocional ou estresse agudo, que afetam diretamente a capacidade decisória, os suportes recebidos foram essenciais e a informação implicava na qualidade das decisões. Ressalta-se que a constância da manutenção da autonomia e a independência, focada na própria vida, juntamente com os suportes, apresentam meios eficazes de preservação a autodeterminação (JESTE, 2018, p. 168).

A tomada de decisão apoiada contribui de maneira efetiva para dar suporte às escolhas e autonomia da pessoa idosa, enquanto sujeito de direitos.

Considerações finais

Este artigo abordou a curatela da pessoa idosa na perspectiva de direitos humanos. Teve como objetivo identificar, sob a tríade normativa, teórica e empírica os pedidos de curatela da pessoa idosa sob o referencial teórico dos direitos humanos.

O artigo respondeu questões como se a curatela da pessoa idosa está no arcabouço jurídico dos direitos humanos e levantou a hipótese sobre se os pedidos de curatela da pessoa idosa estão sob a égide normativa dos direitos humanos.

O objetivo geral do artigo foi identificar, sob a tríade normativa, teórica e empírica, os pedidos de curatela da pessoa idosa sob o referencial teórico dos direitos humanos. O objetivo específico foi analisar os pedidos de curatela sob o aspecto normativo dos direitos humanos, identificar situações violadoras em consonância com a normativa internacional, enunciar a tomada de decisão apoiada como instrumento de preservação da autonomia da pessoa idosa.

Esta pesquisa é de suma importância para a esfera profissional, pois contribui para o entendimento da importância de dar às pessoas idosas a autonomia que necessitam para gerir suas vidas, dentro de uma realidade segura onde são estabelecidos seus direitos. Também é importante para a ciência, pois esclarece os direitos que as pessoas idosas possuem e o porquê desses direitos terem que ser positivados dentro da normativa jurídica para que as pessoas idosas possam ter sua autonomia protegida. Já na perspectiva social, aborda temáticas acerca da preservação da autonomia da pessoa idosa em face à possíveis situações violadoras de direitos humanos no território nacional e a interferência direta na sua autonomia em gerir aspectos fundamentais de sua vida.

A pesquisa atingiu o resultado almejado, uma vez que contribuiu para a compreensão acerca dos direitos humanos das pessoas idosas, elucidando seus pontos excepcionais e mostrando quais são as ferramentas do Estado para assegurar esses direitos e, ao mesmo tempo, manter a autonomia dessa parcela vulnerável da sociedade.

Referências

ALBUQUERQUE, Aline; CHEVITARESE, Aléssia Barroso Lima Brito Campos. **Curso de Direitos Humanos**. Rio de Janeiro, ed. Lumen, 2018. • Aléssia

ALMEIDA, Aline Branco Amorim de. AGUIAR, Maria Geralda Gomes. **Revista bioética**. O cuidado do enfermeiro ao idoso hospitalizado: uma abordagem bioética, Brasília, v. 19, n. 1, 2011.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. Portaria 2.528 de 01 de outubro de 2006. **Aprova a Política Nacional da Pessoa Idosa**. Brasília: Ministério da Saúde, 2006.

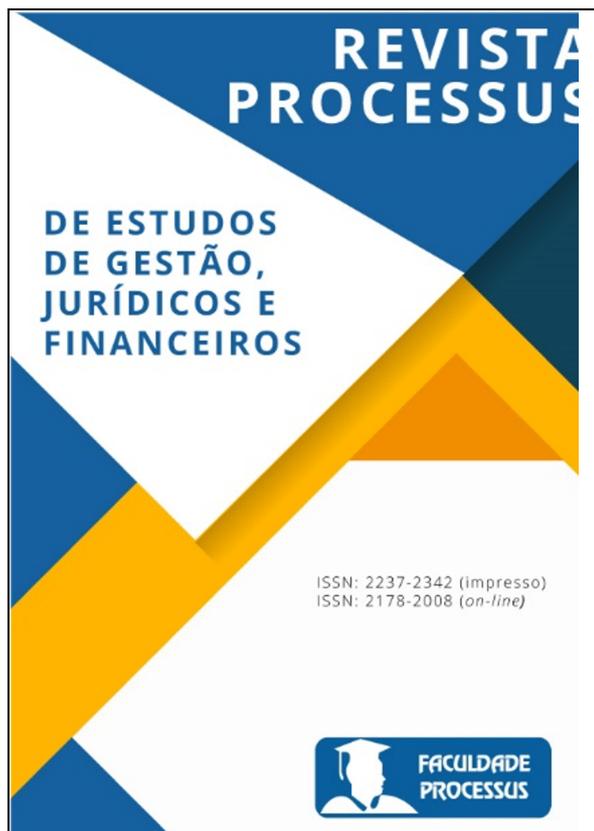
BRASIL. Lei 10.741, de 01 outubro de 2003. **Dispõe sobre o Estatuto do Idoso**. Brasília: DOU, 03 out. 2003.

COURT OF APPEALS OF TENNESSEE AT NASHVILLE. In the matter of: the conservatorship of Ellen p. Groves. **Appeal from the Chancery Court for Montgomery County**. No. 98-03-0055. 2017.

PARANHOS, Denise Gonçalves de Araújo Mello. **Revista Universidade de Brasília**. Direitos humanos dos pacientes idosos. 2018

REIS, Priscilleyne Ouverney. CEOLIM, Maria Filomena. **Revista da Escola de Enfermagem da USP**. O significado atribuído a 'ser idoso' por trabalhadores de instituições de longa permanência. São Paulo, v. 41, n. 1, 2007.

SAQUETTO, Micheli et al. Aspectos bioéticos da autonomia do idoso. **Revista Bioética**, Brasília, v. 21, n. 3, p. 518-524. Dez. 2013.



Revista Processus de Estudos de Gestão, Jurídicos e Financeiros

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

Tramitação editorial:

Data de submissão: 17/06/2020

Data de reformulação: 08/07/2020

Data de aceite definitivo:
22/08/2020

DOI: <https://doi.org/10.5281/zenodo.4031872>

Data de publicação: 15/09/2020.

REJEIÇÃO AO MONOPÓLIO POLÍTICO PARTIDÁRIO BRASILEIRO

THE REJECTION OF BRAZILIAN PARTISAN POLITICAL MONOPOLY

*João Carlos Medeiros de Aragão¹
Susana Ribeiro Moita²*

Resumo

Este artigo analisa as proposições legislativas que objetivam quebrar o monopólio partidário sobre a representação política brasileira, em razão da preferência pelo voto personificado em detrimento do voto partidário, permitindo a candidatura independente. O trabalho examina a tendência à rejeição ao monopólio político partidário brasileiro por meio do estudo da evolução temporal da filiação partidária e da preferência partidária nas esferas municipal e federal.

¹ Doutor em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2012), Mestre em Direito das Relações Internacionais pelo Centro Universitário de Brasília (2005), Especialista em Advocacia na Instância Superior, Especialista em Linguística do Texto, Especialista em Metodologia do Ensino Jurídico, Graduado em Direito (1984), Graduado em Letras e Pedagogia. Atua como Professor da Faculdade Processus das disciplinas Direito Eleitoral e Partidário, Direito Processual Civil; Orientador de monografia na graduação e na pós-graduação; Professor Associado ao Programa do Mestrado e Doutorado, coordenando grupos de pesquisa. e-mail: joacarlos.aragao@institutoprocessus.com.br.

² Mestre em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (UniCEUB), Especialista em Gestão Pública pela Universidade Federal de Uberlândia(2012), Especialista em Gestão de Projetos pelo ICESP (2007), Graduada em Ciência Política pela Universidade de Brasília (2005) e Graduada em Relações Internacionais pela Universidade de Brasília (2005). Pesquisadora do Grupo de Pesquisa de Políticas Públicas do Mestrado e do Doutorado do UniCEUB.E-mail: ribeiro.moita@gmail.com,-Brasília-DF

Palavras-chave: Monopólio Político Partidário. Representação Popular. Partido Político.

Abstract

This article analyzes the legislative propositions that aim to break the partisan monopoly on the Brazilian political representation, because of the preference for the vote personified to the detriment of the partisan vote, allowing the independent candidacy. The work examines the tendency to reject the Brazilian partisan political monopoly through the study of the temporal evolution of partisan affiliation and the partisan preference in the municipal and federal spheres.

Key Words: *Partisan Political Monopoly. Popular Representation. Political Party.*

1. Introdução

A Constituição de 1988 afirma que o povo detém o poder e o exerce diretamente ou por meio de seus representantes.

Haja vista a dimensão do território brasileiro e o tamanho de sua população, o exercício do poder direto contínuo se torna inexecutável, sendo mais viável nomear representantes eleitos pelo povo, para desempenhar esse papel.

Dessa forma, estabeleceu-se que tais representantes deveriam estar vinculados a partidos políticos que defendessem as mais diversas ideologias presentes na sociedade, a fim de agir em nome desta. Assim, uma das condições da elegibilidade elencadas pela Constituição de 1988 é a filiação partidária.

Este artigo considera o termo “partidos políticos” como associações organizadas que se movem na esfera política, a fim de o povo exercer o poder e o direito político.

Estudos acadêmicos têm demonstrado o declínio da importância dos partidos políticos nas democracias contemporâneas, pois os programas partidários estão cada vez menos definidos, embasados e inovadores, apesar da proliferação estimulada pelas vantagens que a legislação eleitoral brasileira lhes concede.

Com isso, afirma-se que a sociedade brasileira prefere o voto personificado ao partidário, deixando de votar em ideologias partidárias, para fazê-lo conforme fatores emocionais e visuais, mesmo que isso gere incoerência entre o programa pessoal do candidato e o do partido ao qual pertence.

Este artigo apresenta as proposições legislativas que objetivam quebrar esse monopólio e possibilitar a candidatura independente de filiação partidária, ou seja, adequar legalmente o que já ocorre costumeiramente: o voto personificado.

Em seguida, busca comprovar se há rejeição ao monopólio político partidário brasileiro, ou seja, estabilidade na preferência partidária brasileira, por meio do estudo da evolução temporal da filiação partidária brasileira e do estudo da evolução temporal da preferência partidária brasileira nas esferas municipal e federal.

Na esfera municipal, analisa, por meio das eleições municipais para prefeito de 2008, 2012 e 2016, e na federal, das eleições para deputado de 2010 e 2014.

Ressalta-se que o estudo considera estável a preferência partidária que variar menor ou igual a 0,5% no tempo e considera partidos políticos propensos à extinção que obtenham preferência partidária menor ou igual a 0,17%.

Com isso, visa-se comprovar que há rejeição ao monopólio político partidário no Brasil, ou seja, não há estabilidade na preferência partidária brasileira, e que o monopólio partidário deveria ser quebrado, para possibilitar legalmente o voto

personificado, ou a candidatura independente, para suprir os anseios da sociedade democrática contemporânea.

2 Monopólio Político Partidário como Representante do Poder do Povo Brasileiro

Uma das exigências elencadas pela Constituição Federal de 1988 para elegibilidade é que o candidato a cargo político seja filiado a um partido político, ou seja, a Carta Magna credita o monopólio da representação política aos partidos políticos.

Isso se deve à crença de que cada partido representa uma ideologia política e que os representantes a eles associados defendem suas opiniões e suas crenças.

Apesar de viabilizar as democracias representativas, por dar voz às ideologias que compõem a sociedade, como afirma Amaral³, o monopólio partidário como representante do povo tem perdido importância, deixando de ser fundamental para o desenvolvimento e a confiança na democracia, segundo Santo e Costa⁴.

Braga e Pimentel Junior⁵ ratificam esse pensamento, afirmando que há movimento decrescente de importância nas relações entre partidos e eleitores.

Uma pesquisa sobre proposições legislativas que abordasse a temática da obrigatoriedade da filiação partidária para elegibilidade resultou em quatro iniciativas, com uma arquivada. A primeira é a Proposta de Emenda à Constituição, PEC 350/2017, de autoria do Deputado Federal João Derly da REDE/RS, que altera os arts. 14 e 77 da Constituição Federal de 1988, ao permitir a apresentação de candidaturas a cargo eletivo independentemente de filiação partidária, desde que haja o apoio mínimo de 0,2% dos eleitores da circunscrição legislativa.

Para a proposta, a candidatura independente favorece a renovação da classe política, supera a burocracia partidária e permite a participação no processo social de integrantes dos movimentos sociais e das minorias.

Ela foi apensada a uma anterior, a PEC 229/2008, de autoria do então Deputado Federal Leo Alcântara do PR/CE, que também está em análise. Essa PEC altera o inciso V do § 3º do art. 14 da Constituição Federal de 1988, ao facultar candidaturas de pessoas sem filiação partidária, mediante o apoio de número mínimo de eleitores.

O autor da proposição salienta que o monopólio partidário como representante do poder do povo é presunção de que os partidos são organizados em torno de ideologias e programas bem definidos e conhecidos pelo eleitorado.

Também está apensada à PEC 229/2008, a PEC 378/2017, de autoria da então Deputada Federal Renata Abreu do PODE/SP, que altera o art. 14 da Constituição Federal de 1988, permitindo a apresentação de candidaturas a cargo eletivo independentemente de filiação partidária, desde que haja o apoio de no mínimo um por cento dos eleitores da respectiva circunscrição eleitoral.

A autora enfatiza que a candidatura independente somente contribui para reforçar o envolvimento do cidadão com as questões político-administrativas de sua comunidade, removendo empecilhos e estimulando a democracia.

³ AMARAL, Oswaldo E. do. O que Sabemos sobre a Organização dos Partidos Políticos: uma avaliação de 100 anos de literatura. Porto Alegre. **Revista Debates**, v. 7, n. 2, mai./ ago. 2013, p. 11-32.

⁴ SANTO, Paula Espírito; COSTA, Bruno Ferreira. Filiados e Militantes Partidários: perfis da filiação numa perspectiva comparada. **Revista Lusófona de Estudos Culturais**, v. 4, n. 2, 2007, p. 109-129.

⁵ BRAGA, Maria do Socorro Sousa; PIMENTEL JUNIOR, Jairo. Os Partidos Políticos Brasileiros Realmente não Importam? **Opinião Pública**, Campinas, v. 17, n. 2, nov. 2011, p. 271-303.

Existe também a PEC 254/2004, de autoria do ex-Deputado Ronaldo Dimas do PSDB/TO, que está arquivada e difere das outras, por não propor modificar o texto constitucional, mas eliminar o inciso V do § 3º do art. 14 da Constituição Federal de 1988.

Das propostas em tramitação, ainda não se chegou a consenso sobre quais pré-requisitos devem ser satisfeitos, para que uma candidatura independente seja legítima.

Ao corroborar os objetivos das propostas, Pereira de Araújo⁶ alerta que o monopólio dos partidos políticos sobre a representação política é algo posterior a sua existência e que a candidatura independente elimina os custos de formação e manutenção.

Já Baracho⁷ recorda que eles provêm dos costumes e da tradição de uma sociedade, não algo criado por uma autoridade; por isso, caso haja reformulação partidária, deve ser conjunta com o dinamismo social, a fim de responder aos anseios da sociedade contemporânea.

Além disso, dados da *ACE Electoral Knowledge Network*⁸ revelam que somente 9% dos países não admitem candidatura independente de partidos políticos, ou seja, o Brasil está em de atraso perante outras democracias mundiais.

Dessa forma, é importante comprovar a rejeição ao monopólio político partidário brasileiro, para se chegar a qualquer conclusão.

3 Rejeição ao Monopólio Partidário Brasileiro

A questão reside em saber se as opiniões são as mesmas que as dos representantes eleitos. Para tanto, existem os partidos políticos e os seus programas ideológicos, a fim de esclarecer ao eleitor quais decisões os representantes daqueles partidos adotarão, se forem questionados em determinadas situações.

Isso acontece, porque os partidos políticos abarcam as mais plurais opiniões e interesses da sociedade civil, segundo Araújo Silva⁹.

Defensores da democracia não conseguem enxergá-la sem a presença de partidos políticos que representem todas as ideologias presentes na sociedade, nem sem a existência do voto, que seria a expressão da vontade popular, acrescenta Araújo¹⁰, mesmo que esta não seja espelho da vontade do eleitor, mas coerente com a dele, complementa Bobbio¹¹.

Baracho alerta que a importância dos partidos políticos é enfatizada no momento em que se tornam instrumentos do Governo, para formulação de políticas públicas e programas legislativos, já que presumivelmente representam os anseios mais plurais da sociedade.

⁶ PEREIRA DE ARAÚJO, Caetano Ernesto. **O Monopólio dos Partidos sobre a Representação Política**. Brasília, a. 41, n. 161, jan. / mar. 2004, p. 125-131.

⁷ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria Geral dos Partidos Políticos. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, a. 16, n. 64, out. / dez. 1979, p. 127-166.

⁸ ACE ELECTORAL KNOWLEDGE. Disponível em: <aceproject.org/epic-en>. Acesso em: 27 mar. 2018.

⁹ ARAÚJO SILVA, Caio Felipe Melo. **Recall Político: viabilidade e alternativas à crise do sistema representativo brasileiro**. TCC apresentado no Programa de Bacharelado em Direito no Centro Universitário de Almeida. Caruaru: ASCES/UNITA, 2016.

¹⁰ ARAÚJO, Guilherme Dourado Aragão Sá. A Crise de Legitimidade Democrática e a Necessária Revisão de seu Objeto Deliberativo. **Revista Direitos Humanos e Democracia**. Editora Unijuí, ano 5, n. 9, jan. / jun. 2017.

¹¹ BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral da Política e as Lições dos Clássicos**. 14 reimp. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000.

Todavia, a identidade partidária da sociedade brasileira é questionável; por isso, este artigo examina a seguir dois pontos que podem comprovar a rejeição ao monopólio político partidário ou a identidade partidária brasileira: a evolução temporal da filiação partidária brasileira e a temporal da preferência brasileira partidária nos âmbitos municipal e federal.

3.1 Evolução Temporal da Filiação Partidária Brasileira

Quando uma sociedade é marcada pela expressiva participação política e pelo significativo envolvimento com as instituições públicas, consequentemente há alto índice de identidade partidária e alto número de filiação partidária, a fim de defender crenças e opiniões, quando forem alvo de discussões públicas.

Sanson e Torres¹² afirmam que uma das consequências da queda da identidade partidária da sociedade brasileira é o pouco crescimento da filiação partidária.

Eles, entre muitos autores, afirmam que o pouco crescimento da filiação partidária significa que a sociedade demonstra pouca participação ou envolvimento político.

Para comprovar esse recrudescimento da filiação partidária, este artigo analisa os últimos dez anos, em dezembro, dos eleitores filiados declarados ao Tribunal Superior Eleitoral – TSE e obteve os seguintes dados da Tabela 1:

Tabela 1 – Eleitores filiados declarados ao TSE nos últimos 10 anos

ANO	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2014	2016	2017
Nº FILIADOS ¹³	12.424.	11.970.	13.881.	14.913.	15.126.	15.261.	15.320.	15.842.	16.623.	16.704.
	429	296	972	969	364	688	151	525	411	182

Ao se observarem os números da Tabela 1, verifica-se certa constância no número de filiados nos últimos dez anos. No entanto, não se pode afirmar se esses números retratam os mesmos filiados de dez anos atrás ou se são novos filiados com a saída de outros, pois a população cresceu nesse período.

Segundo o TSE, o número total de eleitores em 2008 era de 130.469.549; já em 2017 era de 146.470.266, ou seja, houve o crescimento de 16.000.717 eleitores, o que significa o aumento de 12,26% de eleitores em dez anos.

Verificam-se igualmente os números da tabela e observa-se que em 2008 os filiados representavam 9,52% do eleitorado; já em 2017 representavam 11,40%, ou seja, houve o crescimento de 1,88% na filiação partidária nos últimos dez anos. Constata-se que o número de filiados permaneceu quase constante apesar dos escândalos de corrupção divulgados pela mídia, das afirmações de queda da participação política brasileira e da proliferação de partidos políticos com sua descrença.

3.2 Evolução Temporal da Preferência Partidária Brasileira

Outro fator de que se pode deduzir a rejeição ao monopólio político partidário ou a identidade partidária brasileira é a evolução temporal da preferência partidária.

¹² SANSON, Alexandre ; TORRES, Vivian de Almeida Gregori . As coligações partidárias na reforma política de 2015: evolução histórico-normativa e propostas de mudanças. In: CAGGIANO, Monica Herman Salem (Org.). **Reforma Política: um mito inacabado**. Barueri: Manole, 2017, p. 35-63.

¹³ TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/eleitor-e-eleicoes/estatisticas/estatisticas-de-eleitorado/filiados>>. Acesso em: 31 mar. 2018.

De acordo com Balbachevsky¹⁴, a identidade partidária é revelada por meio da estabilidade do compromisso que o eleitor revela com o sistema político partidário, ou seja, com o partido que representa a ideologia mais coerente com princípios e crenças.

Dessa forma, para a autora, a identidade partidária responde pela divisão da sociedade em ideologias e partidos políticos e pela indicação da parcela da população disponível para a participação política.

A fim de constatar sua teoria, e a de tantos outros autores, de que há estabilidade ou não da preferência partidária no Brasil, este artigo analisa a seguir a evolução temporal da preferência partidária municipal brasileira e a da preferência partidária federal brasileira.

Na esfera municipal, são utilizadas as eleições municipais para prefeito de 2008, 2012 e 2016; já na federal, são utilizadas as para deputado de 2010 e 2014, considerada estável a que for menor ou igual a 0,5%, porcentagem escolhida aleatoriamente.

Além disso, são considerados propensos à extinção partidos políticos com menor ou igual a 0,17% da preferência partidária, pois a Lei dos Partidos Políticos, Lei n. 9.096, de 19 de setembro de 1995, determina que o registro de um partido político deve ter o apoio de pelo menos 0,5% dos votos dados na última eleição geral para Câmara dos Deputados, distribuídos por um terço do número de estados. Assim, seguindo a regra da proporcionalidade, para os 27 estados que constituem o País, seria obrigatório o apoio de 0,17% de eleitores.

Salienta-se que ambos os cargos foram escolhidos aleatoriamente e que houve a separação entre eleições municipais e federais, porque o Distrito Federal não participa das eleições municipais, o que poderia acarretar prejuízo à fidelidade dos resultados da análise.

3.2.1 Evolução Temporal da Preferência Partidária Municipal Brasileira

A fim de constatar a estabilidade da preferência partidária no Brasil na esfera municipal, este artigo analisa o desempenho partidário nas três últimas eleições municipais para prefeito: 2008, 2012 e 2016, utilizando como amostra os partidos que já existiam nesse período, esclarecendo que as dissidências partidárias podem causar variações nos resultados da estabilidade da preferência partidária.

Portanto, é analisado o desempenho dos seguintes partidos políticos, por disponibilizarem maior número de dados ao TSE: Partido Trabalhista do Brasil – AVANTE; Democratas – DEM; Partido Comunista do Brasil – PC do B; Partido Comunista Brasileiro – PCB; Partido Democrático Trabalhista – PDT; Partido Humanista da Solidariedade – PHS; Partido do Movimento Democrático Brasileiro – PMDB; Partido da Mobilização Nacional – PMN; Partido Progressista – PP; Partido Popular Socialista – PPS; Partido da República – PR; Partido Republicano Brasileiro – PRB; Partido Renovador Trabalhista Brasileiro – PRTB; Partido Socialista Brasileiro – PSB; Partido Social Cristão – PSC; Partido da Social Democracia Brasileira – PSDB; Partido Social Democrata Cristão – PSDC; Partido Social Liberal – PSL; Partido Socialismo e Liberdade – PSOL; Partido Socialista dos Trabalhadores Unificado – PSTU; Partido dos Trabalhadores – PT; Partido Trabalhista Brasileiro – PTB; Partido Trabalhista Brasileiro – PTC; Podemos - PODE e Partido Verde - PV.

¹⁴ BALBACHEVSKY, Elizabeth. Identidade Partidária e Instituições Políticas no Brasil. **Lua Nova**, n. 26, p. 133-165.

Para análise didática da estabilidade da preferência partidária municipal, o artigo a separa em cinco gráficos; cada um observa o comportamento de cinco partidos durante as eleições municipais para prefeitos em 2008, 2012 e 2016:

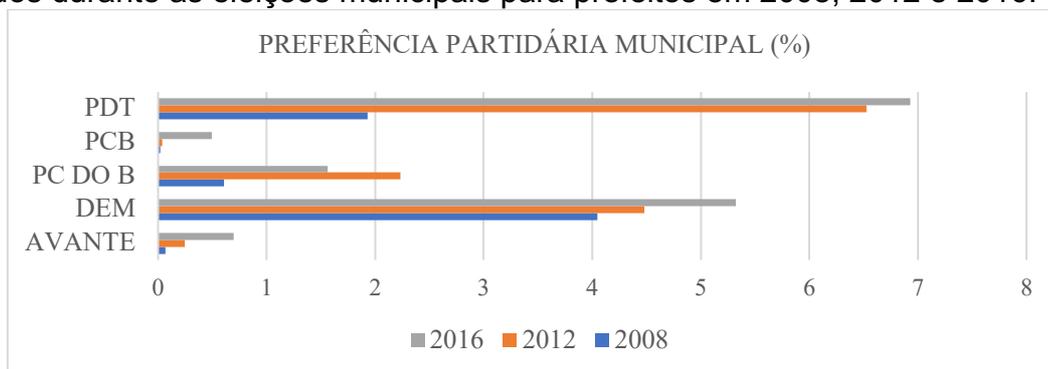


Gráfico 1 - Preferência partidária municipal – 2008, 2012, 2016

Fonte: autores a partir de dados divulgados pelo TSE.¹⁵

Ao se observar o primeiro Gráfico e os dados do TSE, constata-se que a aderência do eleitor ao AVANTE em 2008, 2012 e 2016 foi de 0,06%, 0,25% e 0,70%, ou seja, houve certa adesão crescente da preferência pelo AVANTE.

Ao se analisarem os Democratas, conclui-se que também houve crescimento contínuo de preferência pelo Partido, a qual variou de 4,04%, 4,48% e 5,32%, respectivamente, ou seja, os novos adeptos simbolizaram 11% de crescimento de 2008 a 2012 e 18% de crescimento de 2012 a 2016. Então, pode-se afirmar que os Democratas vêm ganhando adeptos progressivamente com o passar dos anos.

Entre as eleições de 2008 e 2012, o PC do B partiu de 0,61% para 2,23%, ou seja, crescimento de 323% do eleitorado. Porém, em 2016, a preferência pelo Partido retroagiu para 1,56%, ficando de 31% o saldo final de crescimento de filiados.

Ao se partir da preferência de 0,02% em 2008, para 0,04% em 2012, fechando em 2016 com 0,5%, ou seja, crescimento de 200% de 2008 a 2012 e 1.250% de 2012 a 2016, o PCB é exemplo de como 0,46% pode representar expressiva diferença na preferência do eleitorado.

Ao visualizar o Gráfico 1, constata-se a discrepância entre o eleitorado do PDT em 2008 e em 2012: em 2008 a aderência do eleitorado representava 1,93%; em 2012, 6,53%, e em 2016, 6,93%. Isso demonstra que em 2012 o PDT ganhou eleitorado 338% maior que em 2008 e que em 2016 conseguiu manter o eleitorado conquistado em 2012, pois os 6% conquistados em 2016 em relação a 2012 se tornaram ínfimos diante do período anterior.

Constata-se que AVANTE, DEM, PCB e PDT passaram pelo movimento de adesão crescente da preferência do eleitorado e o PC do B teve crescimento do eleitorado entre 2008 e 2012, mas perdeu parte dele em 2016.

¹⁵ TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/eleitor-e-eleicoes/eleicoes/eleicoes-anteriores/eleicoes-anteriores>>. Acesso em: 5 abr. 2018.

Agora, examinam-se os partidos PHS, PMDB, PMN, PP e PPS.

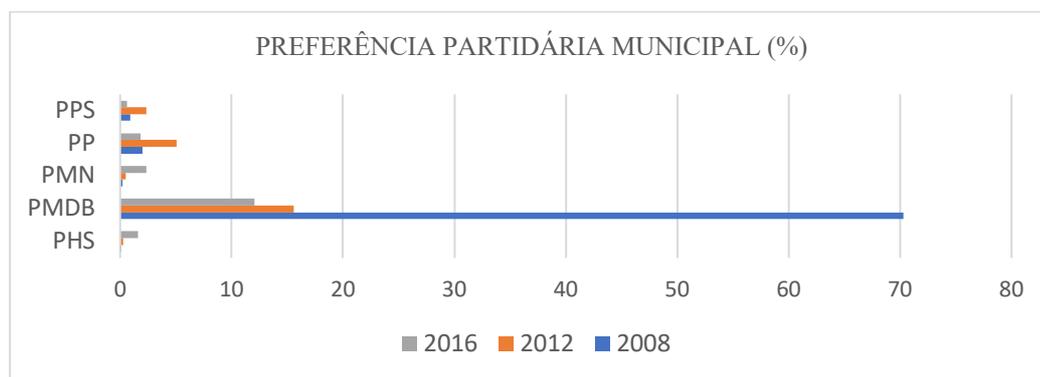


Gráfico 2 - Preferência partidária municipal – 2016, 2012, 2008

Fonte: autores a partir de dados divulgados pelo TSE.¹⁶

Em 2008, a preferência do eleitorado pelo PHS era de 0,10%, em 2012, de 0,26%, e em 2016, de 1,60%. Apesar de denotarem números baixos para o Partido em 2012, houve significativo salto, pois simbolizou o crescimento de 260% do número do eleitorado; em 2016 foi além, pois o eleitorado cresceu 615% em comparação com 2012.

Ao analisar o PMDB, constata-se a decadência exorbitante da aderência a sua ideologia: de 70,29% em 2008 para 15,58% em 2012, ou seja, perda de 77,83% do eleitorado. Em seguida, em 2016, o movimento descendente continuou, porém com menos afinco, para 12,08%, ou seja, fuga de mais 22,46% do eleitorado.

Semelhantemente ao caso do PHS, o PMN também possui números baixos de preferência do eleitorado: 0,20% em 2008, 0,48% em 2012 e 2,37% em 2016. O eleitorado de 2012 aumentou 240% em relação a 2008 e o de 2016, 494% em relação ao de 2012.

Ao se seguir a mesma lógica, o PP partiu com eleitorado de 2,02% em 2008 para 5,09% em 2012 e 1,83% em 2016. A diferença do PP para o PHS e o PMN é que, em vez de estar em movimento constante de crescimento, nas últimas eleições municipais, o eleitorado retroagiu consideravelmente. De 2008 a 2012, o PP teve o acréscimo de 251% no eleitorado, porém perdeu 64% dele em 2016.

O PPS também seguiu esse movimento de retração em 2016, pois teve o crescimento do eleitorado de 0,91% em 2008 para 2,32% em 2012, mas retroagiu em 2016 para 0,60%. Com isso, a aderência conquistada de 255% a mais do eleitorado em 2012 foi derrubada com a deserção de 74% do eleitorado em 2016.

Dessa forma, o PHS e PMN foram marcados por movimentos contínuos crescentes durante o período analisado; o PP e o PPS tiveram movimentos oscilatórios crescentes entre 2008 e 2012 e decrescentes entre 2012 e 2016; por fim, o PMDB foi um caso singular de movimento de extrema repulsão da preferência do eleitorado que lhe fazia aderência durante o período analisado.

¹⁶ TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/eleitor-e-eleicoes/eleicoes/eleicoes-anteriores/eleicoes-anteriores>>. Acesso em: 5 abr. 2018.

No terceiro Gráfico, visualizam-se os partidos PR, PRP, PRTB, PSB e PSC:



Gráfico 3 - Preferência partidária municipal – 2016, 2012, 2008

Fonte: autores a partir de dados divulgados pelo TSE.¹⁷

O PR tem ganhado a simpatia contínua crescente do eleitorado desde 2008, passando de 1,38% para 3,51% em 2012 e 4,14% em 2016. O salto de 2008 para 2012 representou 254% a mais do eleitorado adepto ao PR, e o de 2012 para 2016 foi de 118% a mais.

O estudo da preferência do eleitorado pelo PRB revelou que em 2008 ele contava com 0,47% do eleitorado, em 2012 com 2,24%, já em 2016 com 9,21%. Isso demonstra que o crescimento de adeptos de 2008 a 2012 foi de 477% e, de 2012 a 2016, de 411%.

Em 2008 o PRTB obteve 0,06% da preferência do eleitorado; em 2012, 0,34%, e em 2016, 0,14%. Semelhantemente ao PP e ao PPS, o PRTB também teve o eleitorado reduzido em 59% em 2016 em relação a 2012, apesar de terem crescido 567% de 2008 a 2012.

O PSB sofreu muitos movimentos oscilatórios na preferência municipal partidária. Em 2008, ele contava com o eleitorado formado por 2,20% dos brasileiros; em 2012, com 8,66%, e em 2016, com 6,13%. Isso significa que ele ganhou 394% em 2012 com relação a 2008, mas perdeu 29% desse mesmo eleitorado em 2016.

Por último, o PSC, com semelhanças ao PHS e ao PMN, em 2008 tinha 0,31%; em 2012, 1,73%, e em 2016, 2,23%. Apesar de representar pequena parcela, ganhou 558% em 2012 de adesão do eleitorado que tinha em 2008 e 129% em 2016 em relação a 2012.

Assim, pode-se afirmar que o PR, o PRB e o PSC estavam em movimentos contínuos crescentes de adesão da preferência municipal partidária durante o período, enquanto o PRTB e o PSB passaram por movimento oscilatório de atração e repulsão do eleitorado.

¹⁷ TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/eleitor-e-eleicoes/eleicoes/eleicoes-anteriores/eleicoes-anteriores>>. Acesso em: 5 abr. 2018.

O Gráfico 4 analisará os partidos PSDB, PSDC, PSL, PSOL e PSTU:

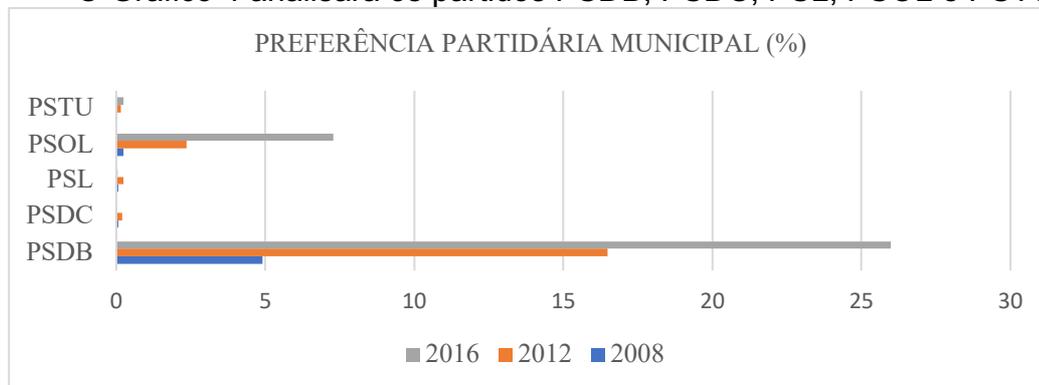


Gráfico 4 - Preferência partidária municipal – 2016, 2012, 2008

Fonte: autores a partir de dados divulgados pelo TSE.¹⁸

Ao contrário do PMDB, o PSDB tem ganhado expressão nas últimas três eleições municipais: de 4,89% em 2008 para 16,47% em 2012 e para 25,99% em 2016. Esses saltos na adoção do eleitorado ao Partido simbolizam que em 2012 a preferência partidária municipal se tornou 337% maior que em 2008 e que em 2016 se tornou 158% maior que em 2012.

O movimento oscilatório de preferência partidária do PSDC é semelhante aos de PP, PPS, PRTB e PSB, pois é ascendente entre 2008 e 2012, ou seja, de 0,07% para 0,20%, e descendente em 2016, de 0,03%. Isso implica dizer que, apesar do ganho da preferência eleitoral em 2012 de 286% a mais que em 2008, houve perda do eleitorado na faixa de 85% em 2016, conduzindo a uma preferência partidária menor que a metade que o Partido possuía em 2008.

Ao seguir o mesmo movimento oscilatório de PSDC, PP, PPS, PRTB e PSB, o PSL tinha adesão eleitoral de 0,06% em 2008, de 0,24% em 2012 e de 0,03% em 2016. Isso demonstra que em 2012 o Partido ganhou 400% a mais de adeptos que em 2008, mas em 2016 perdeu 87,5% desses adeptos em 2012, ou seja, em 2016 tinha metade da preferência partidária municipal de 2008.

Diferentemente, o PSOL tem assumido movimento contínuo crescente na preferência partidária do eleitorado, mesmo que em velocidade menor nas últimas eleições municipais. Em 2008, o Partido tinha 0,24% do eleitorado; em 2012, 2,36%, e em 2016, 7,29%. Os aumentos progressivos foram de 983% em 2012 em relação a 2008 e de 309% em 2016 em relação a 2012.

O estudo revelou que a adesão ao PSTU em 2008 representava 0,02%; em 2012, 0,15%, e em 2016, 0,25%. Isso demonstra que a preferência partidária pelo PSTU cresceu 750% em relação a 2008 e em 2016 ganhou o reforço de 1,67% em relação a 2012.

Conclui-se que o PSDB, o PSOL e o PSTU estão em movimentos contínuos crescentes de adoção da preferência municipal partidária, enquanto o PSDC e o PSL passaram por movimento de adesão ideológica eleitoral entre 2008 e 2012, mas em 2016 esse movimento decaiu, ao perder a preferência dos eleitores.

¹⁸ TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/eleitor-e-eleicoes/eleicoes/eleicoes-antiores/eleicoes-antiores>>. Acesso em: 5 abr. 2018.

O Gráfico 5 analisa os partidos políticos PT, PTB, PTC, PODE e PV:



Gráfico 5 - Preferência partidária municipal – 2016, 2012, 2008

Fonte: autores a partir de dados divulgados pelo TSE.¹⁹

Ao seguir o mesmo movimento de atração e repulsão que o PP, o PPS, o PRTB, o PSB e o PSL desenvolveram, nas últimas três eleições municipais para prefeito, o PT acelerou de 2008 para 2012 de 6,64% para 20,30%, ou seja, crescimento de 306% do eleitorado, mas retraiu 9,95% em 2016, perdendo 51% do eleitorado em relação a 2012. O mesmo movimento oscilatório de atração e repulsão também foi desenvolvido pelo PTB, pois, de 2008 para 2012, obteve o salto de 1,93% para 3,71%. Entretanto, a preferência partidária municipal pelo PTB caiu para 0,91% em 2016. Isso quer dizer que houve aumento de 192% de adesão ao Partido em 2012 em relação a 2008, mas que também houve perda do eleitorado de 75% em 2016, o que representou a perda de mais da metade do eleitorado que o Partido tinha em 2008. Na mesma linha dos partidos com movimentos oscilatórios, o PTC representava 0,06% do eleitorado em 2008, 0,57% em 2012 e 0,01% em 2016, ou seja, em 2012 ganhou 950% em relação a 2008, mas perdeu 98% em relação a 2012 ou 83% em relação a 2008.

O PODE também seguiu esse movimento: em 2008 tinha preferência partidária de 0,05%, em 2012, de 0,29%, e em 2016, de 0,02%. Pode-se dizer que o PODE ganhou 580% em 2012 do eleitorado em relação a 2008, mas que perdeu 93% do eleitorado de 2012 em 2016, o que significou a perda de 60% do eleitorado que o PODE tinha em 2008.

Já o PV teve eleitorado de 1,41% em 2008, 1,97% em 2012 e 0,18% em 2016. Isso demonstra que o Partido ganhou 140% a mais de eleitorado em 2012 em relação a 2008, mas perdeu 91% do eleitorado em 2016 em relação a 2012.

Assim, todos os partidos do último Gráfico (PT, PTB, PTC, PODE e PV) passaram por movimentos oscilatórios durante o período analisado, quando houve atração da preferência partidária entre 2008 e 2012, seguida por repulsão em 2016.

Após analisados os desempenhos dos partidos políticos propostos nas eleições municipais de 2008, 2012 e 2016 para prefeito, tendo consciência de que as dissidências partidárias podem causar variações nos resultados da estabilidade eleitoral partidária da sociedade brasileira, esse subitem constatou que, dentre os 25 partidos políticos analisados,

- 12 (AVANTE, DEM, PCB, PDT, PHS, PMN, PR, PRB, PSC, PSDB, PSOL e PSTU) passam por movimento de atração do eleitorado;
- somente o PMDB está em movimento contínuo de rejeição desde 2008;

¹⁹ TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/eleitor-e-eleicoes/eleicoes/eleicoes-antiores/eleicoes-antiores>>. Acesso em: 5 abr. 2018.

- 12 (PTB, PC do B, PODE, PP, PPS, PRTB, PSB, PSDC, PSL, PTC, PT e PV) passam por movimento de oscilação com atração, entre 2008 e 2012, e repulsão, entre 2012 e 2016;
- somente 9 (AVANTE, PCB, PDT, PRTB, PSDC, PSL, PSTU, PTC e PODE) têm estabilidade na preferência partidária do eleitorado, seguindo a metodologia proposta por este artigo de que a estabilidade é determinada pela variação de desempenho partidário menor ou igual a 0,5%, e
- 5 partidos (PSDC, PSL, PTC e PODE) estão nesta situação após o movimento de repulsão em 2016, seguindo a metodologia proposta por este artigo da previsão de extinção partidária determinada pelo desempenho menor ou igual a 0,17%. Depois de chegar a esses resultados, evidencia-se que não há estabilidade da preferência partidária municipal no Brasil, visto que 64% dos partidos políticos não possuem eleitorado com identidade partidária.

3.2.2 Evolução Temporal da Preferência Partidária Federal Brasileira

A fim de constatar estabilidade eleitoral partidária no Brasil em âmbito federal, este artigo também analisa a preferência partidária brasileira, ao escolher seu deputado federal durante as duas últimas eleições: 2010 e 2014, utilizando como amostra os partidos que existiam durante todo o período, deixando claro que as dissidências partidárias podem causar variações nos resultados da estabilidade eleitoral partidária.

Portanto, é analisado o desempenho dos seguintes partidos políticos, por disponibilizarem maior número de dados no TSE: AVANTE Partido Trabalhista do Brasil – AVANTE; Partido Comunista do Brasil – PC do B; Partido Democrático Trabalhista – PDT; Partido Humanista da Solidariedade – PHS; Partido do Movimento Democrático Brasileiro – PMDB; Partido da Mobilização Nacional – PMN; Partido Progressista – PP; Partido Popular Socialista – PPS; Partido da República – PR; Partido Republicano Brasileiro – PRB; Partido Republicano Progressista – PRP; Partido Renovador Trabalhista Brasileiro – PRTB; Partido Socialista Brasileiro – PSB; Partido Social Cristão – PSC; Partido da Social Democracia Brasileira – PSDB; Partido Social Democrata Cristão – PSDC; Partido Social Liberal – PSL; Partido Socialismo e Liberdade – PSOL; Partido dos Trabalhadores – PT; Partido Trabalhista Brasileiro – PTB; Partido Trabalhista Cristão – PTC; Podemos - PODE e Partido Verde - PV. O artigo separa o estudo em quatro Gráficos; três observam o comportamento de seis partidos e um observa o de cinco partidos durante as eleições para Deputado Federal em 2010 e 2014.

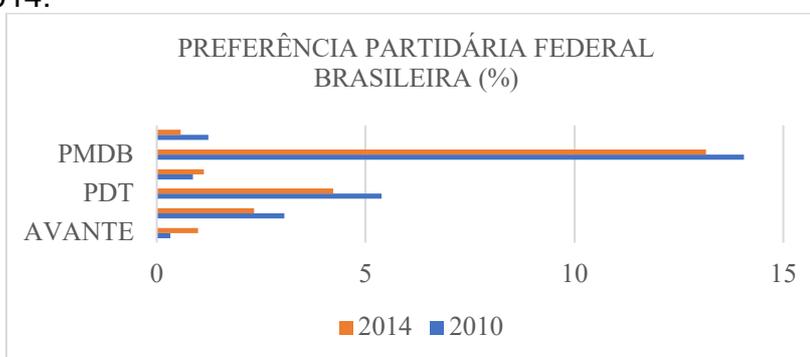


Gráfico 6 - Preferência partidária federal brasileira – 2014, 2010

Fonte: autores a partir de dados divulgados pelo TSE.²⁰

²⁰ TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/eleitor-e-eleicoes/eleicoes/eleicoes-anteriores/eleicoes-anteriores>>. Acesso em: 5 abr. 2018.

Ao visualizar esse Gráfico e estudar os dados fornecidos pelo TSE, verifica-se que houve crescimento da preferência partidária do AVANTE de 0,33% para 0,99%, ou seja, triplicou a quantidade do eleitorado do AVANTE no período.

Tanto o PC do B quanto o PDT sofreram queda da preferência partidária. A preferência pelo PC do B retraiu de 3,03% para 2,33%, ou seja, foi reduzida em quase 30%. Já a preferência pelo PDT caiu de 5,38% para 4,23%, o que significou perda de 21%.

O PHS ganhou pequena fatia da preferência do eleitorado, de 0,86% para 1,13%, 31% a mais do que o Partido tinha em 2010.

Assim como o PC do B e o PDT, o PMDB e o PMN passaram por movimento de repulsão. O PMDB repeliu 6% do eleitorado, passando da taxa de adesão de 14,06% para a de 13,15%. Já o PMN perdeu mais da metade do eleitorado, 53,66%, pois saiu de 1,23% para 0,57% de taxa de identificação do eleitorado com sua ideologia partidária.

Portanto, o Gráfico 6 revela que o AVANTE e o PHS ganharam a preferência partidária entre as eleições de 2010 e 2014 para deputado federal, enquanto o PC do B, o PDT, o PMDB e o PMN, a identidade partidária do eleitorado.

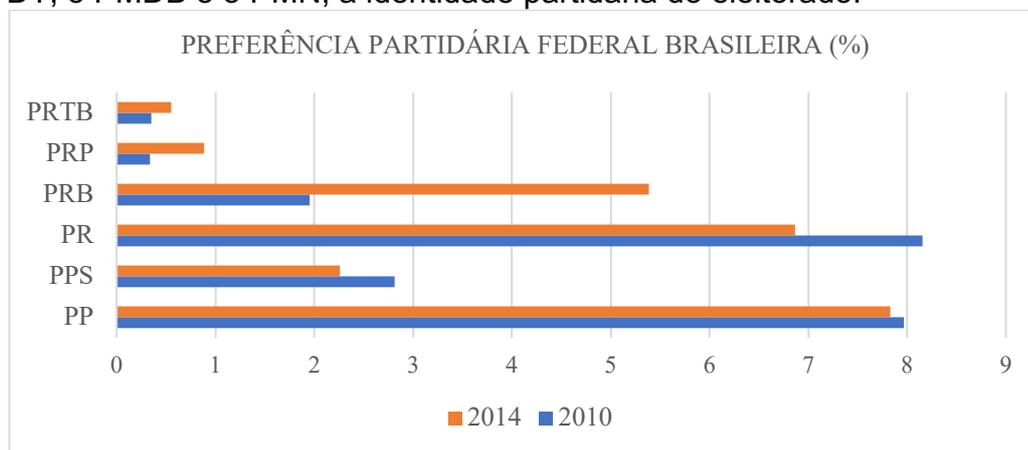


Gráfico 7 - Preferência partidária federal brasileira – 2014, 2010

Fonte: autores a partir de dados divulgados pelo TSE.²¹

Tanto o PP, quanto o PPS e o PR apresentaram saldos negativos no período analisado. O PP tinha 7,97% da preferência do eleitorado, mas caiu para 7,83%. O PPS tinha 2,81%, mas foi para 2,26%, e o PR tinha 8,15%, mas foi para 6,86%, isto é, perda de 15% da identidade ideológica do eleitorado.

Em movimento oposto, tanto o PRB quanto o PRP como o PRTB atraíram eleitores. O PRB elevou a taxa de adesão em 276%, ou seja, de 1,95% foi para 5,39%. Já o PRP teve aumento de 261%, isto é, de 0,34% para 0,89%, e o PRTB elevou o eleitorado em 157%, saindo de 0,35% para 0,55%.

Desse modo, enquanto o PRB, o PRP e o PRTB ganharam a preferência partidária durante o período, o PP, o PPS e o PR repeliram parte do eleitorado.

²¹ TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/eleitor-e-eleicoes/eleicoes/eleicoes-antiores/eleicoes-antiores>>. Acesso em: 5 abr. 2018.

No Gráfico 8, são analisados os desempenhos de PSB, PSC, PSDB, PSDC, PSL e PSOL nas eleições para deputado federal de 2010 e 2014:

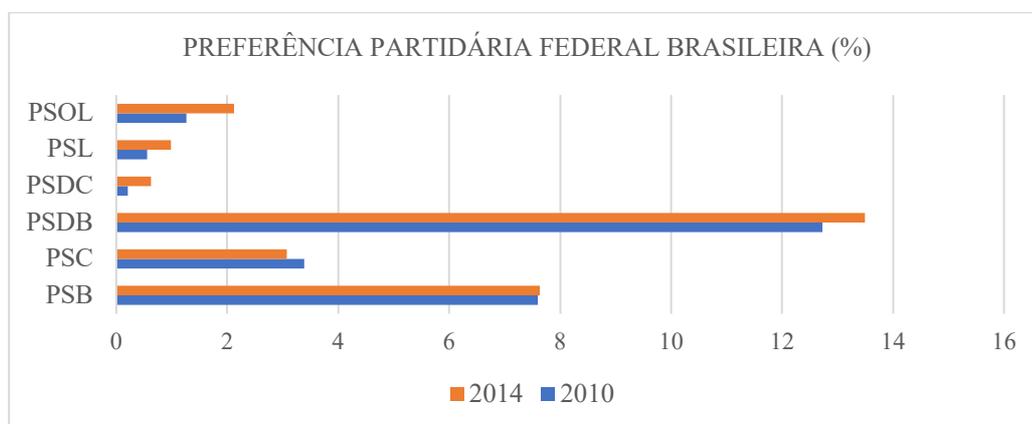


Gráfico 8 - Preferência partidária federal brasileira – 2014, 2010

Fonte: autores a partir de dados divulgados pelo TSE.²²

O PSB, tal qual o PP e o PPS, não demonstrou mudança significativa do eleitorado entre uma eleição e outra - de 7,59% para 7,63%. Da mesma forma, o PSC demonstrou equilíbrio, ao mudar de 3,39% para 3,07% da preferência do eleitorado para deputado federal, embora tenha assumido movimento decrescente.

Já o PSDB assumiu movimento crescente de adesão do eleitorado, de 12,72% para 13,49%, o mesmo que o ganho de 6% da preferência.

O PSDC também manteve a estabilidade da preferência partidária do eleitorado, de 0,21% para 0,62%, assim como o PSL, que ganhou pequena parcela do eleitorado, mas minimamente significativa no universo analisado, de 0,55% para 0,98%. O Gráfico 8 mostra o desempenho do PSOL, que atraiu a preferência do eleitorado durante o período, de 1,27% para 2,13%, ou seja, o eleitorado cresceu 168%. Averigua-se que, enquanto o eleitorado do PSC sofreu movimento de repulsão, os de PSB, PSDB, PSDC, PSL e PSOL passaram por movimento de atração.

No último Gráfico a ser analisado, são observados os desempenhos de PT, PTB, PTC, PODE e PV nas eleições para deputado federal de 2010 e 2014:

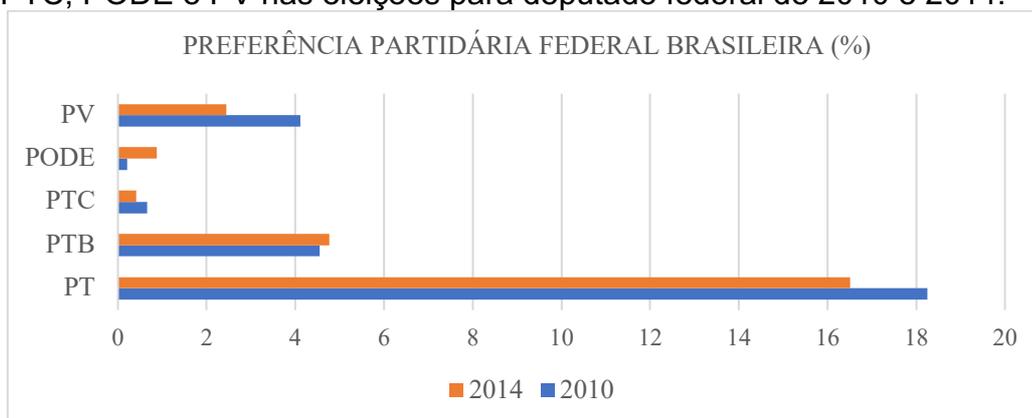


Gráfico 8 - Preferência partidária federal brasileira – 2014, 2010

Fonte: autores a partir de dados divulgados pelo TSE.²³

²² TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/eleitor-e-eleicoes/eleicoes/eleicoes-antiores/eleicoes-antiores>>. Acesso em: 5 abr. 2018.

²³ TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/eleitor-e-eleicoes/eleicoes/eleicoes-antiores/eleicoes-antiores>>. Acesso em: 5 abr. 2018.

O PT sofreu movimento de retração da preferência eleitoral durante o período, saindo de 18,25% para 16,51%, ou seja, apresentou perda de 9,53% do eleitorado.

Já o PTB não demonstrou mudança significativa do número de eleitores, passando de 4,55% para 4,76%. O mesmo ocorreu com o PTC, que saiu de 0,66% para 0,41% da preferência partidária do eleitorado, embora de forma oposta, por ter perdido eleitores.

A quantidade ganha da preferência partidária do eleitorado pelo PODE entre 2010 e 2014 foi extremamente significativa para o Partido, de 0,20% para 0,88%, o mesmo que 440%.

O oposto ocorreu com o PV - a perda do eleitorado, de 4,11% para 2,44%, ou seja, a perda de 41% do eleitorado que se identificava com sua ideologia.

Enquanto o PT, o PTC e o PV repeliram a preferência partidária do eleitorado durante o período, o PTB e o PODE atraíram eleitores que se identificaram com suas ideologias.

Após analisados os desempenhos dos partidos políticos propostos nas eleições de 2010 e 2014 para deputado federal, tendo consciência de que as dissidências partidárias podem causar variações nos resultados da estabilidade eleitoral partidária da sociedade brasileira, esse subitem revelou que, dentre os 23 partidos políticos analisados,

- 11 (AVANTE, PHS, PRB, PRP, PRTP, PSB, PSDB, PSDC, PSL, PSOL e PTB) passam por movimento de atração do eleitorado;
- 12 (PC do B, PDT, PMDB, PMN, PP, PPS, PR, PSC, PT, PTC, PODE e PV) estão em movimento de rejeição do eleitorado;
- 8 (PHS, PP, PRTB, PSC, PSDC, PSL, PTB e PTC) foram considerados estáveis segundo a preferência partidária para deputado federal, respeitando metodologia estabelecida por este artigo, e
- nenhum partido está próximo da extinção na esfera federal analisada, consoante a metodologia estabelecida por este artigo.

Com esses resultados, afirma-se que não há estabilidade da preferência partidária eleitoral para deputado federal no Brasil, visto que os partidos em que ela ocorre representam 35% contra 65% dos partidos políticos constituídos por eleitorado instável ideologicamente.

Conclusão

Este artigo iniciou apresentando Propostas de Emenda à Constituição que quebrassem o monopólio partidário da representação política que pertencem aos partidos políticos, a fim de possibilitar a candidatura independente, para suprir os anseios da sociedade e as tendências contemporâneas das democracias mundiais.

Para tanto, buscou comprovar a rejeição ao monopólio político partidário brasileiro, de forma a corroborar a necessidade de se adequar a legislação eleitoral em prol do fim do monopólio partidário sobre a representação política.

Primeiro, analisou a evolução temporal da filiação partidária brasileira, fator atrelado à participação política e à identidade partidária. O estudo revelou que, enquanto o número de eleitores cresceu 12,26% nos últimos dez anos no Brasil, a filiação partidária cresceu apenas 1,88%, ou seja, diferença de 85%.

Por último, examinou a evolução temporal da preferência partidária brasileira. Na esfera municipal, obtiveram-se os seguintes resultados: 12 partidos passam por movimento de crescimento de adesão do eleitorado, ou seja, desde 2008 os índices

de preferência partidária estão em ascensão; somente um se encontra em movimento contínuo de repulsão do eleitorado desde 2008; 12 passam por movimento de oscilação com atração, entre 2008 e 2012, e repulsão, entre 2012 e 2016; 9 têm estabilidade na preferência partidária do eleitorado; os demais possuem instabilidade e 5 partidos estão próximos da extinção após o movimento de repulsão em 2016.

Na esfera federal, houve os seguintes resultados: 11 partidos passam por movimento de atração da preferência partidária do eleitorado; 12 estão em movimento de repulsão do eleitorado; 8 são considerados estáveis segundo a preferência partidária e nenhum está próximo da extinção nessa esfera.

Com esses resultados, afirma-se que não há estabilidade da preferência partidária municipal, pois 64% dos partidos políticos não possuem eleitorado com identidade partidária, nem há estabilidade da preferência partidária federal, visto que 65% dos partidos políticos também não possuem.

Dessa forma, pode-se asseverar que a sociedade brasileira, na maioria, rejeita o sistema institucional do monopólio representativo dos partidos políticos e almeja novas formas de representação e participação política.

Referências

ACE ELECTORAL KNOWLEDGE. Disponível em: <aceproject.org/epic-en>. Acesso em: 27 mar. 2018.

AMARAL, Oswaldo E. do. O que Sabemos sobre a Organização dos Partidos Políticos: uma avaliação de 100 anos de literatura. Porto Alegre. **Revista Debates**, v. 7, n. 2, mai. / ago. 2013, p. 11-32.

ARAÚJO, Guilherme Dourado Aragão Sá. A Crise de Legitimidade Democrática e a Necessária Revisão do seu Objeto Deliberativo. **Revista Direitos Humanos e Democracia**. Editora Unijuí, a. 5, n. 9, jan. / jun. 2017.

ARAÚJO SILVA, Caio Felipe Melo. **Recall Político**: viabilidade e alternativas à crise do sistema representativo brasileiro. TCC apresentado no Programa de Bacharelado em Direito no Centro Universitário de Almeida. Caruaru: ASCES/UNITA, 2016.

BALBACHEVSKY, Elizabeth. Identidade Partidária e Instituições Políticas no Brasil. **Lua Nova**, n. 26, p. 133-165.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria Geral dos Partidos Políticos. **Revista de Informação Legislação**. Brasília, a. 16, n. 64, out. / dez. 1979, p. 127-166.

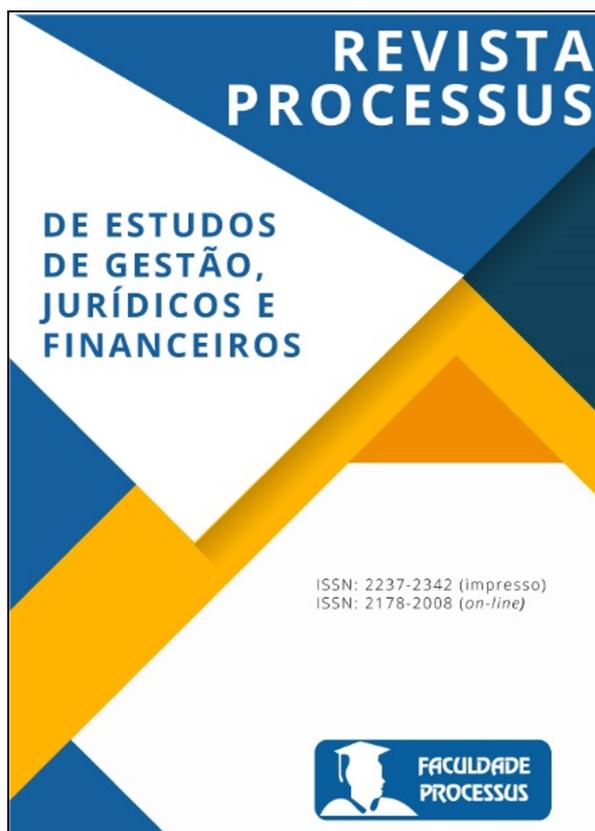
BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral da Política e as Lições dos Clássicos**. 14 reimp. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000.

BRAGA, Maria do Socorro Sousa; PIMENTEL JUNIOR, Jairo. Os Partidos Políticos Brasileiros Realmente não Importam? **Opinião Pública**, Campinas, v. 17, n. 2, nov. 2011, p. 271-303.

PEREIRA DE ARAÚJO, Caetano Ernesto. **O Monopólio dos Partidos sobre a Representação Política**. Brasília, a. 41, n. 161, jan. / mar. 2004, p. 125-131.

SANSON, Alexandre; TORRES, Vivian de Almeida Gregori. As Coligações Partidárias na Reforma Política de 2015: evolução histórico-normativa e propostas de mudanças. *In*: CAGGIANO, Monica Herman S. (org.). **Reforma Política**: um mito inacabado. Barueri: Manole, 2017, p. 35-63.

SANTO, Paulo Espírito; COSTA, Bruno Ferreira. Filiados e Militantes Partidários: perfis da filiação numa perspectiva comparada. **Revista Lusófona de Estudos Culturais**, v. 4, n. 2, 2007, p. 109-129.



Revista Processus de Estudos de Gestão, Jurídicos e Financeiros

ISSN: 2237-2342 (impresso)

L-ISSN: 2178-2008 (on-line)

Tramitação editorial:

Data de submissão: 22/06/2020

Data de reformulação: 11/08/2020

Data de aceite definitivo: 22/09/2020

DOI: <https://doi.org/10.5281/zenodo.4053248>

Data de publicação: 27/09/2020.

COMO SER UM LÍDER EM UM NOVO CENÁRIO?

HOW TO BE A LEADER IN UM NOVO CENÁRIO?

¿CÓMO SER LÍDER EN UN NUEVO ESCENARIO?

Maria Aparecida de Assunção¹

Resumo

Este estudo tem por objetivo ampliar a percepção sobre o tema liderança e também estimular a reflexão sobre o papel do líder e seus desafios diante das exigências dos novos tempos. Liderança é uma temática que tem sido considerada essencial para a era atual. O processo da globalização e a revolução tecnológica impõem novas exigências ao mercado e os líderes são as pessoas que se destacam frente a esse cenário de mudanças. Em decorrência da importância do tema, este artigo caracterizou-se como um estudo de levantamento temático, procurando conceituar e contextualizar e comparar as principais teorias sobre liderança e sua influência no ambiente organizacional. O estudo inicia-se com uma reflexão sobre o tema frente à era do conhecimento e expõe os atuais conceitos de líder e liderança. A seguir, são abordadas as principais teorias, segundo as referências pesquisadas, com o intuito de melhor compreender esse processo. Assim, a teoria dos traços, as teorias comportamentais, bem como as abordagens contemporâneas, as quais trazem as

¹ Afiliação institucional: Faculdade Processus (DF). Possui mestrado em Administração pela Universidade Federal de Minas Gerais em BH, ano de 1993. É pós-graduada em Marketing pela Fundação Getúlio Vargas de Brasília de 1987 a 1988. É graduada em Administração pela União Educacional de Brasília (1985). CV: <http://lattes.cnpq.br/1180985988187856>. E-mail: profaparecida@institutoprocesso.com.br. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2788-0023>

liderança dos traços, lideranças comportamentais, carismática, transacional, visionária e transformacional, para dar base para o desenvolvimento deste estudo. Por fim, questiona-se com qual olhar deve-se debruçar para compreender as exigências do atual cenário onde, sabe-se que, uma análise da liderança, baseada por princípios, alinha todas as teorias de acordo com as necessidades e exigências do mercado atual.

Palavras-chaves: Líder. Cenário. Aprendizagem. Competitividade

Abstract

This study aims to broaden the perception on the theme of leadership and also stimulate reflection on the role of the leader and his challenges in the face of the demands of the new times. Leadership is a theme that has been considered essential for the current era. The globalization process and the technological revolution impose new demands on the market and leaders are the people who stand out in the face of this changing scenario. Due to the importance of the theme, this article was characterized as a thematic survey study, seeking to conceptualize and contextualize and compare the main theories about leadership and its influence in the organizational environment. The study begins with a reflection on the theme in the face of the knowledge era and exposes the current concepts of leader and leadership. Next, the main theories are approached, according to the researched references, in order to better understand this process. Thus, trait theory, behavioral theories, as well as contemporary approaches, which bring the trait leadership, behavioral leadership, charismatic, transactional, visionary and transformational, to provide the basis for the development of this study. Finally, it is questioned with which look to look to understand the requirements of the current scenario where, it is known that, an analysis of leadership, based on principles, aligns all theories according to the needs and requirements of the current market .

Keywords: Leader. Cenário. Apprenticeship. Competitiveness

Resumen

Este estudio tiene como objetivo ampliar la percepción sobre el tema del liderazgo y también estimular la reflexión sobre el rol del líder y sus desafíos frente a las demandas de los nuevos tiempos. El liderazgo es un tema que se ha considerado fundamental para la era actual. El proceso de globalización y la revolución tecnológica imponen nuevas exigencias al mercado y los líderes son las personas que se destacan ante este escenario cambiante. Debido a la importancia del tema, este artículo se caracterizó como un estudio de encuesta temática, buscando conceptualizar y contextualizar y comparar las principales teorías sobre el liderazgo y su influencia en el entorno organizacional. El estudio comienza con una reflexión sobre el tema de cara a la era del conocimiento y expone los conceptos actuales de líder y liderazgo. A continuación, se abordan las principales teorías, de acuerdo con las referencias investigadas, con el fin de comprender mejor este proceso. Así, la teoría del rasgo, las teorías conductuales, así como los enfoques contemporáneos, que traen el liderazgo rasgo, el liderazgo conductual, carismático, transaccional, visionario y transformacional, para sentar las bases para el desarrollo de este estudio. Finalmente, se cuestiona con qué mirar para entender los requerimientos del escenario actual donde, se sabe que, un análisis de liderazgo, basado en principios, alinea todas las teorías de acuerdo a las necesidades y requerimientos del mercado actual. .

Palabras clave: Líder. Guión. Aprendizaje. Competitividad

1. INTRODUÇÃO

No ambiente organizacional cada vez mais se estuda o papel do líder. Seu estilo, sua influencia sob os liderados, sua capacidade de atingir e alcançar resultados, mantendo sua equipe motivada em busca do alcance dos objetivos.

Atualmente, falar de liderança é um tema que está em evidência dentro das organizações, pois o papel dos líderes e gestores sé vital para o alcance dos resultados, além de que os mesmos são importantes no desenvolvimento dos novos talentos dentro do ambiente organizacional (BARRET,2000).

A origem da palavra líder está no inglês “leader”. Dentre os significados que o Dicionário Aurélio trazem para os vocábulos líder e liderança, destacam-se: Líder, do inglês Leader é o Indivíduo que, comanda e/ou orienta, em qualquer tipo de ação, empresa ou linha de ideias, que representa um grupo ou uma corrente de opinião etc. (FERREIRA, 1986).

Liderança, função de líder. Capacidade de liderar. Forma de dominação baseada no prestígio pessoal e aceita pelos dirigidos (FERREIRA, 1986).

Para melhor compreender a diferença que a literatura traz entre liderança/chefia ou líder/chefe, é importante enunciar as diferenças entre poder e autoridade.

Teixeira (2006, p. 26) aborda essas definições com muita clareza: **Poder:** É a faculdade de forçar ou coagir alguém a fazer sua vontade, por causa de sua posição ou força, mesmo que a pessoa preferisse não o fazer. **Autoridade:** A habilidade de levar as pessoas a fazerem de boa vontade o que você quer por causa de sua influência pessoal. Segundo Hunter, o chefe usa o poder, ou seja, a sua autoridade é delegada e ocorre em função do seu cargo, sendo que a escolha da sua posição não é necessariamente do grupo. Já o líder tem autoridade natural e destaca-se no grupo, independente de ocupar ou não um cargo de chefia. Esse líder exerce atividades que influenciam todo o grupo, levando as pessoas a cooperarem para a execução de um objetivo comum e que considera ideal. Nessa perspectiva, o chefe exerce mais o papel de gerente do que de líder.

No mundo corporativo é preciso ter em mente que existem algumas diferenças entre **chefe e líder**. Para começar, um **chefe** é aquela pessoa que dá ordens sem guiar sua equipe. Está mais preocupado com suas funções e benefício próprio do que com seus colaboradores. Dessa forma, acaba sendo uma pessoa autoritária, pensando unicamente em resultados e lucros, e, em algumas situações, gerando medo nos profissionais de sua responsabilidade. Por ter um status profissional mais privilegiado, o chefe age com superioridade e autoridade, fazendo questão de sempre deixar claro para o seu time que quem manda é ele. Trata-se de uma figura temida, malquista e evitada pelos demais colaboradores (CHIAVENATO, 2010).

Ao contrário do chefe, o **líder** é aquela pessoa que inspira e guia sua equipe. É quem diz “nós vamos” ao invés de “você vai”. É quem pensa no processo das atividades, pois para ele, a responsabilidade deve ser dividida entre todos, inclusive com ele também. Conseqüentemente, ele tem um bom relacionamento com as pessoas ao seu redor e, principalmente, com seus colaboradores, porque sempre está disposto a escutar, além de estar sempre aberto a mudanças que sejam positivas para a empresa, para ele mesmo e também para os membros de sua equipe.

O **líder** estimula a criatividade e motiva seus colegas a progredirem, porque acredita que o bem-estar e a boa funcionalidade de sua equipe são tão importantes quanto os resultados. Assim, no ambiente de trabalho, a prática da gestão pode ser

transformada e adaptada de acordo com as diferentes situações do dia a dia (CHIAVENATO, 2010).

A **liderança** é uma arte de criar condições para motivar e conduzir pessoas em direção a um objetivo comum, utilizando as melhores habilidades individuais de modo que a equipe se torne forte e completa. Para ser um líder de alta performance é preciso saber conduzir os outros e a si mesmo (HAMPTON,1992).

1.1. O processo histórico social e o paradigma contemporâneo

Para uma melhor análise sobre o conceito de liderança devemos contextualizá-lo à organização do trabalho e reportar aos primórdios da história da civilização humana, onde a agricultura constituía a base da sociedade. A estrutura rígida, patriarcal e escravocrata da sociedade agrícola sofreu profundas e rápidas transformações com o advento da revolução industrial em meados do século XIX. A era industrial modificou completamente a organização do trabalho e trouxe uma nova estrutura social. “São características da sociedade industrial relações alteradas nas famílias, educação em massa, canais de comunicação abertos, separação entre produtor e consumidor, padronização da organização do trabalho, especialização” (REIS, 2002, p.14).

Com o desenvolvimento da tecnologia, iniciou-se o processo de globalização. A informação enfraqueceu as fronteiras políticas e geográficas e o conhecimento deu base para uma nova estrutura social. Drucker conceitua essa fase como *knowledge society* (REIS, 2002). Verifica-se, atualmente, um período de transição entre a sociedade industrial e a sociedade da informação e do conhecimento. Assim, as organizações enfrentam os desafios de vencer os antigos paradigmas sobre os processos de produção para se enquadrarem no novo paradigma de organização do trabalho em uma sociedade do conhecimento mediada por novas tecnologias.

Pacheco, Scofano e Beckert (2006) comparam o antigo e o novo paradigma de trabalho, conforme pode ser visto na Tabela 1.

Tabela 1 – Comparação de Paradigmas.

Paradigma Industrial	Paradigma do Conhecimento
Previsibilidades/estabilidades	Imprevisibilidades/instabilidades
Mão-de-obra especializada	Empreendedor e multifuncional
Capital financeiro	Capital intelectual
Estrutura tradicional	Estrutura virtual e flexível
Manutenção do status quo	Flexibilidade e adaptabilidade e novas posições

Fonte: Pacheco, Scofano e Beckert (2006, p.29)

A sociedade do conhecimento revela novos parâmetros para as relações econômicas, políticas, sociais, culturais e tecnológicas. Assim, o capital humano passa a ter destaque no âmbito organizacional.

2. TEORIAS DA LIDERANÇA

O *líder* é uma pessoa que todo mundo reconhece, independentemente do ambiente em que esteja inserido, justamente por seus comportamentos e pelas atitudes que comprovam a sua habilidade em conduzir e inspirar as pessoas ao seu redor

No universo corporativo, existem duas formas mais comuns: a liderança transacional e a liderança transformacional.

Um líder democrático usa de sua influência pessoal por meio da comunicação, a fim de que o grupo alcance a meta proposta pela organização, enquanto líder autocrático utiliza de sua autoridade formal para atingir os objetivos.

Os termos autocracia e democracia são empregados para definir dois estilos básicos de liderança. Autocracia, liderança diretiva e liderança orientada para a tarefa são os nomes mais comuns para indicar os estilos em que o poder de tomar decisões está concentrado no líder. Democracia, liderança participativa e liderança orientada para as pessoas são nomes que indicam algum grau de participação dos colaboradores no poder do chefe ou em suas decisões. Quanto mais as decisões do líder forem influenciadas pelo grupo, mais democrático é o comportamento do líder.

Uma das teorias mais utilizadas quando se fala em liderança é a Teoria dos Traços. As críticas à teoria dos traços de personalidade residem em dois aspectos principais. O primeiro é que as características de personalidade são geralmente medidas de maneira pouco precisa. O segundo é que essa teoria não considera a situação dentro da qual existe e funciona a liderança. Ou seja, quais os elementos do ambiente que são importantes para determinar quem será um líder eficaz.

2.1. Teoria dos traços

Esta teoria enfatiza as qualidades pessoais do líder, ou seja, quem nascesse com determinadas características seria um líder. Por outro lado, as pessoas que não possuíssem esses traços seriam lideradas.

Os autores vinculados a esta teoria buscaram definir os traços físicos, intelectuais, sociais e direcionados para a tarefa que diferenciam os líderes. Assim, os traços físicos teriam relação com a aparência, estatura, força física. Os traços intelectuais se ligariam às características de adaptação, motivação, autoconfiança e alto coeficiente intelectual. Já os traços sociais se relacionariam aos aspectos de cooperação, habilidades interpessoais e habilidades administrativas. Finalmente, os traços relacionados à tarefa estariam ligados às características de iniciativa, persistência e realização (VERGARA, segundo CAVALCANTI; CARPILOVSKY; LUND, 2006)

Com o decorrer dos tempos, surgiram críticas a essa teoria, considerada simplista por muitos autores, visto que considera apenas as qualidades internas dos líderes, ignorando, por exemplo, a importância relativa de cada traço em razão de fatores situacionais ou situações em que a liderança se desenvolve e se efetiva.

2.2. Teorias comportamentais

A teoria comportamental surgiu de questionamentos provenientes da teoria dos traços, tais como:

- Os líderes são natos?
- As pessoas que não nascem com as características inerentes aos líderes conseguem desenvolvê-las?
- É possível formar um líder?

A abordagem comportamental buscou oferecer respostas mais adequadas sobre a natureza da liderança, defendendo que o sucesso da liderança não é somente uma combinação de características, mas, sobretudo de um padrão de comportamento, o qual caracteriza um estilo de liderança (CAVALCANTI; CARPILOVSKY; LUND, 2006).

Assim, os autores dessa teoria propõem que certos comportamentos específicos diferenciam os líderes dos não-líderes. Entre as teorias comportamentais, serão apresentadas neste estudo a teoria dos estilos de liderança.

Teoria dos estilos de liderança

Em seus estudos sobre liderança, Kurt Lewin determina três estilos básicos do comportamento de um líder: autocrático, democrático e liberal ou laissez-faire.

O estilo **autocrático** está relacionado a um líder centralizador, ou seja, aquele que toma decisões unilaterais. É ele quem determina as tarefas, a forma de trabalho e os subordinados não participam desse processo.

No estilo **democrático**, os liderados são envolvidos nos processos decisórios, o líder incentiva a participação de todos, delega autoridade e usa o feedback como um método de treinamento de seus subordinados.

O líder de estilo **liberal ou laissez-faire** deixa o grupo completamente à vontade. São os liderados que deliberam os trabalhos a serem realizados e decidem a forma de executá-los (ROBBINS; COULTER, segundo CAVALCANTI; CARPILOVSKY; LUND, 2006).

Nesse contexto, aparece o seguinte questionamento: diferentes estilos de liderança podem provocar diferentes comportamentos nos liderados? Há estudos afirmando que, de acordo com cada estilo de liderança, é possível perceber as diferentes reações dos colaboradores.

No dia-a-dia, os líderes eficazes exibem comportamentos variados, além dos principais aqui abordados. Os conceitos mencionados e abordados pela teoria dos estilos dão base para o modelo utilizado no grid de liderança, que não será tratado aqui neste estudo.

2.3. Liderança Carismática

A liderança carismática transcende o ambiente organizacional, tendo uma influência ainda maior em questões que mexem com o sentimento das pessoas, como religião ou política.

Como podemos perceber a Liderança Carismática está fortemente ligada à capacidade que uma pessoa tem de cativar as demais, causando sobre os demais um efeito motivacional que leva seus seguidores a transcenderem seus próprios interesses e trabalhar excepcionalmente para a concretização de uma missão, meta ou causa.

2.4. Liderança transacional

O estilo de liderança transacional contrapõe-se ao estilo carismático: “o líder transacional se utiliza da negociação, manipulação e promessa de recompensas para tentar induzir as pessoas sob seu comando”. Muitas situações de liderança são baseadas num entendimento entre o líder e os seus seguidores. Existe “um contrato social implícito indicando que se concordar com o que o líder deseja fazer, o seguidor terá certos benefícios, tais como remuneração melhorada ou a não demissão”. É o tipo de liderança mais comumente exercido nas organizações. O interesse dos liderados é o foco do líder transacional, que busca, através da necessidade de cada liderado, motivar sua equipe através de recompensas. O carisma, embora seja uma característica importante num líder, não define o sucesso ou não de sua liderança.

Embora o fator psicológico seja importante para a motivação de uma equipe no ambiente organizacional, a recompensa material também se faz necessária para suprir possíveis necessidades dos liderados.

Os líderes “transacional” e “carismático” diferem em seus estilos, pois possuem diferentes bases de liderança. Enquanto o carismático possui o “dom” de motivar somente por sua presença, palavras, atitudes, o líder transacional necessita recorrer

às necessidades de seus liderados, buscando sempre manipular as pessoas, oferecendo-lhes recompensas ou até mesmo livrando-lhes de sanções.

A liderança carismática tende a ser mais favorável no ambiente organizacional, pois, geralmente, as pessoas que trabalham sob esse estilo de liderança não dependem de recompensas para fazer seu trabalho da melhor maneira. Elas buscam cumprir as tarefas simplesmente por se sentirem parte do processo tendo um líder que atua em prol das pessoas, valorizando sua equipe e servindo de exemplo para os demais.

2.5. Liderança visionária

A liderança visionária, indicada para os gestores que buscam alcançar resultados extraordinários. Esse conceito possui a habilidade de identificar e criar oportunidades, preparar-se para resolver e superar as adversidades, se planejar e se preparar previamente. Além disso, ele consegue fazer com que os liderados se sintam mais motivados, engajados e comprometidos, enxergando possibilidades de crescimento e alcance de resultados cada vez melhores.

A gestão do líder visionário é pautada na visão sistêmica e leva em conta diversas variáveis, recursos e influências diretas que podem contribuir para o alcance de metas e objetivos. São esses colaboradores que irão desenvolver características como a empatia, a desenvoltura para relacionamentos interpessoais, a psicologia positiva, a criatividade e muito mais. Além disso, eles serão ideais para contribuir com a motivação das equipes.

2.6. Liderança transformacional

Diferente da liderança transacional, a transformacional leva em consideração outro tipo de gestão. Aqui, o entendimento é de que a mudança, a transformação da empresa e das pessoas são os melhores caminhos para se alcançar o êxito em benefício e sucesso do negócio.

Dessa forma, o líder trabalha em parceria com seus liderados, para identificar os pontos fortes e de melhoria do empreendimento. Em especial, para apontar os aspectos que precisam ser melhorados, aliás, transformados.

Este conceito de liderança define o comportamento do líder ideal: um gestor que estimula a alta performance de seu time, pautando-se em influência, inspiração, exemplo e motivação. Neste caso, os pilares de liderança são fundamentados na confiança, respeito, colaboração e comprometimento.

O líder transformacional conhece as motivações individuais de seus liderados, compreendendo o perfil de cada um e desenvolvendo suas estratégias de acordo com isso. Ele sabe desfrutar o potencial de sua equipe, de maneira plena, e também manter a sincronia de contratante e contratados, garantindo o alcance de resultados satisfatórios para todos.

Uma das características mais benéficas da gestão transformacional está na ação de agregar os colaboradores, pois, assim, convida cada um a participar do processo evolutivo da empresa e a pensá-la de maneira sistêmica. Para isso, é criada uma sinergia, porque é em conjunto ao líder que estes profissionais são convidados a desenvolver seu pensamento crítico e a colaborar com suas ideias e soluções para a resolução dos problemas apresentados.

Não apenas, a liderança transformacional é capaz de estimular o sentimento de propósito nas pessoas, para que, assim, elas se sintam pertencentes ao processo de construção de resultados. Além de serem motivadas pela visão e valores da empresa a darem o seu melhor e conseguirem ir em frente o tempo todo.

Portanto, podemos dizer que as diferenças entre liderança transformacional e transacional estão, primordialmente, no fato de que a primeira está focada apenas em resultados, não levando em consideração a qualidade de vida de seus colaboradores, utilizando de recompensa ou punição de seus funcionários, de acordo com as falhas e sucessos de cada um.

Enquanto a transformacional, tem seu foco nos resultados, porém também está preocupada com a evolução das pessoas. Ou seja, se trata de um estilo de liderança mais humanizada e transformadora. Sendo menos processual. Esse é o verdadeiro Leader Coach!

3. ANÁLISE CONTEXTUAL

O mundo corporativo ganhou mais agilidade ultimamente. O que as organizações estão correndo para praticar? - a **transformação digital**.

As maiores empresas do mundo em valor de mercado são de tecnologia, entrando em cada vez mais setores da nossa vida. Vivemos uma época de automação, inteligência artificial, transações sem contato, novos hábitos de consumo e novos modelos de negócio.

Às vezes, nem mesmo os supostos melhores executivos sabem navegar em um ambiente que se tornou muito mais digital e dinâmico. O novo contexto de mundo trouxe com ele um novo olhar para tudo. Para o desespero de muitos, não sabemos mais de onde vem a concorrência. Novos tempos exigem novos comportamentos, competências e habilidades.

Os investimentos em transformação digital, trabalho ágil e estratégias reais de inovação aumentaram. Grandes, medias e pequenas organizações colocaram seus funcionários para trabalhar de casa sem muita preparação, e acabou dando certo. É hora de os líderes também se transformarem para a realidade que virá para os novos tempos. Assim, cabe a indagação: - **Como ser um líder em um novo cenário?**

A sensação de estar por fora das tendências é constante entre líderes e até entre suas equipes. Então, devemos pensar quais são as atribuições da liderança na era digital? Com certeza a multidisciplinaridade, visão sistêmica, agilidade, novos modelos de negócios, visão do cliente, inovação e mudança cultural.

Nesses tempos de desafios, prosseguir e preservar para aprender a fazer diferente o que era o normal, errar para inovar e se adaptar às exigências do momento.

E o que deve embasar as atitudes? – Dados, informação para orientar as decisões, ganhar confiança para liderar as mudanças com integração de todas as áreas da instituição liderada.

Dente as atribuições da liderança na era digital, a preocupação com o cliente está cada vez mais no topo das prioridades organizacionais. Compreender seus problemas e sua experiência encantadora em qualquer ponto de contato com o negócio. A relação com a equipe de trabalho, gerando, abertura para diálogo, desenvolvimento e segurança psicológica, isso irá contribuir com as novas formas de trabalhar que devem ser viabilizadas desde experimentos e metodologias ágeis a diversidade e multidisciplinaridade, buscando o equilíbrio entre investimentos na atividade principal, no *core business*, com o incentivo às novas oportunidade e modelos de negócio.

O que deve ser evidenciado é que a tecnologia é um meio, não um fim. A transformação digital acontece principalmente pelas pessoas, por isso, a inovação deve permear todas as áreas da organização, para formar a cultura pela tecnologia, a digital, que estamos vivenciando no momento.

A transformação cultural é que fará a transformação digital, a mudança ocorrerá, pelas pessoas ao usar a tecnologia como meio facilitador da transformação.

Mudar a forma que a empresa e suas áreas atuam, redesenhar os processos e a governança de forma a reduzir burocracias, ensinar as pessoas a trabalharem de forma mais moderna e ágil, reorganizar as equipes e capacitá-las. Refletir sobre as relações interpessoais e a própria autogestão das emoções, o que poderá ser representado por um corolário, tal como a inteligência intelectual que poderá evoluir para a inteligência emocional e depois para uma inteligência espiritual, onde esta, nos leva a um autoconhecimento mais profundo sobre nossos propósitos, trazendo equilíbrio e saúde mental para lidar com adversidades e incertezas do tempo presente e futuro

Precisamos de líderes conscientes, aprendizes, inspiradores e corajosos para promover as mudanças que são necessárias. O novo normal já é uma realidade, e já estamos vivendo este momento.

3.1. Debruçar-se com qual o olhar ? - com um olhar ainda mais humano?

A liderança é, antes de tudo, uma representação daquilo que explicitamente comunicado pelo grupo e o que fica implicitamente dito quando comunicado.

A percepção de que seria necessário ajustar o trabalho com outras demandas relativas à vida pessoal sempre esteve bem clara para os líderes.

Conciliar o momento em que se está praticando o *home office* e os filhos te interrompem, tem rugas e decisões sobre quem vai fazer “o que”, o senso de separação entre trabalho e vida pessoal se dilui naturalmente.

Para lidar com essa situação, o executivo avalia que é necessário que os gestores tenham uma preocupação extra em acordar os objetivos do negócio com as demandas e preocupações dos colaboradores. Consonância do grupo, se esse ponto em comum não existe, fica complicado.

O momento atual exige dos gestores uma avaliação muito mais cuidadosa: Geralmente as crises sempre têm um cunho econômico. A atual é muito diferente, pois toca na vida das pessoas. Por isso, esse momento demanda uma liderança muito diferente.

Um aspecto a ser ponderado e decisivo para atravessar tanto o momento atual é uma postura transparente, no sentido de que o líder irá aprender junto com a equipe quais dinâmicas que darão certo para o grupo: É preciso ter um pouco de humildade para saber que não temos todas as respostas, que estamos passando por um aprendizado enorme e que vamos sair mais preparados e fortalecidos.

Manutenção e mudanças de cultura

As atividades serem realizadas todas as reuniões com a função de vídeo ativada, para garantir maior proximidade com os outros participantes.

Transportando essa prática para a empresa como um todo, a recomendação dada para os colaboradores é de estabelecer uma comunicação constante com as equipes, especialmente os colaboradores que trabalham alocados no atendimento aos clientes para a percepção das suas necessidades.

Conseguir manter todas as atividades sem atrasos e orientações por várias lives no formato de serviço de consultoria e atendimento remoto.

O sistema de trabalho *home office* permite repensar uma prática até então imutável: celebrar acordos comerciais de forma remota. A participação de reuniões no formato de videoconferência não é um sinal de desprestígio. Várias eventos que ocorrem em lugares distantes, dispensa viagens para estar em um encontro para só fazer a abertura por alguns minutos.

Outras iniciativas para reforçar a união dentro da organização com atualizações da empresa para reforçar o engajamento, criar gincanas, como jogos de adivinhação com base em uma foto de algum colaborador. É uma gamificação do processo de integração.

Os negócios de agora

O período de mudanças também provocou uma transformação nos tipos de projetos. O perfil dos trabalhos executados pelos profissionais mudou bastante nos últimos tempos.

A tendência, no curto prazo, é que as empresas passem a deixar projetos estruturantes de lado para focar em MVPs que permitam a continuidade dos negócios. O MVP (Minimum Viable Product) ou, em português, o **Produto Mínimo Viável**, trata-se de uma versão simplificada de um produto final de uma empresa.

Essa versão tem como principal função permitir que os empreendedores **testem suas hipóteses** de negócio e verifiquem se elas fazem sentido. Ficando famosa após a popularização dos conceitos contidos no livro Lean Startup, ou Startup Enxuta, de Eric Ries.

Os conceitos expressos no livro são relacionados ao desenvolvimento de estratégias para agir pontualmente em cada item que possa envolver o **desperdício de tempo, dinheiro ou outros recursos**.

O maior objetivo desse método de **Startup Enxuta** é alcançar o produto da **melhor qualidade possível**, gerando um *time-to-market* mais imediato possível e com um baixo nível de incertezas.

O MVP se trata, basicamente de um conjunto de testes primários para validar a viabilidade do negócio. Onde mesmo trabalhando com o mínimo de recursos possíveis, ele precisa manter a proposta para a qual foi criado, solucionando o problema do cliente.

Além disso, o produto mínimo viável deve fazer **parte do produto final**, onde ele tem que obrigatoriamente entregar um produto de grande valor para que o público se sinta convencido que aquilo dará certo.

Em resumo, a intenção do MVP é atrair o público para o produto final e não o oposto, assim deve ter a melhor qualidade e efetividade possível.

Por que fazer um produto mínimo viável?

Para uma empresa que tem que lidar com diversos fatores de risco, o MVP é um ótimo método para **testar a aprovação do público**.

Dentre as vantagens da implantação de um MVP, a **amenização dos riscos para a startup**, investigações para realizar o MVP permite uma maior proximidade entre o empreendedor e o público.

Isso permite ao empreendedor compreender melhor o comportamento do cliente e detectar as possíveis falhas no produto antes mesmo de que seja lançado no mercado.

Também, seu **baixo custo e prazo de desenvolvimento pequeno** torna o MVP como a forma mais barata e eficiente de se testar uma ideia, já que com ele se poderá economizar tempo e o dinheiro da startup.

Ao se tomar a decisão de **não se utilizar o MVP** se deve estar pronto para arcar com as consequências. Pois, se empenhará tempo e dinheiro em uma ideia sem que ela passe por uma validação que mostraria os pontos onde se deve melhorar.

Reforçando o cuidado com a saúde mental

Tempos difíceis e de crise causam impactos na saúde mental dos colaboradores e muitas organizações estão adotando medidas para tratar o assunto. Relatos de colaboradores que se sentem extenuados psicologicamente por conta das demandas pessoais e profissionais.

Saúde mental já era um tema sinalizado para ser tratado pelas organizações, porque vemos que pessoas são diferentes e precisam de mais alternativas, como política de bem-estar, saúde e qualidade de vida no trabalho.

Este apoio aos colaboradores, pode ser realizado com contato presencial ou à distância entre psicólogos e pacientes, para realizar uma reunião semanal para falar sobre controle de estresse, ansiedade e outras práticas .

4. CONCLUSÃO

Nessa era de informação, aprendizagem e competitividade, o diferencial está na atuação de seus líderes, pois são eles que asseguram o desenvolvimento das estratégias para atingir os objetivos e as metas organizacionais.

Como conclusão deste estudo, entendemos que nos momentos de crise (do grego *krísis*= ruptura), o líder é aquele que mapeia os problemas, avalia a situação, define a estratégia e indica o caminho a seguir. Dessa forma, aos líderes cabe a tarefa de apoiar e desenvolver as diferentes áreas da organização e alocar as competências essenciais para a execução das atividades.

Às organizações, cabe o desafio de investir cada vez mais no processo de desenvolvimento de seus líderes e de seus colaboradores para a realização da missão organizacional visando a sobrevivência neste ambiente tão complexo e dinâmico.

5. REFERENCIAS

BARRET, Richard. Libertando a alma da empresa: como transformar a organização numa entidade viva. São Paulo: Cultrix, 2000.

CAVALCANTI, Vera Lucia dos Santos; CARPILOVSKY, Marcelo; LUND, Myriam. Liderança e Motivação. (Reimpressão). Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006 FERREIRA, 1986).

CHIAVENATO, I. Teoria Geral da Administração. 3.ed. São Paulo: McGraw-Hill, 1987. Vol. 1 e 2.2010.

HUNTER (2003 HAMPTON, D.R. Administração contemporânea: teoria, práticas e casos. São Paulo: McGrawHill, 1992

REIS, Ana Maria Viegas. Gestão de pessoas: aspectos comportamentais. 5.ed. Rio de Janeiro: FGV Management, 2002. Curso de Pós-graduação em Gestão Empresarial.

ROBBINS, S.P. Comportamento organizacional. Rio de Janeiro: LTC, 1999.

_____. Comportamento organizacional. 9.ed. São Paulo: Prentice Hall, 2002.

STONER, J.A.F.; FREEMAN, R.E. Administração. Rio de Janeiro: LTC, 1999

TEIXEIRA, Gilnei Mourão; SILVEIRA, Aristeu Coelho da; BASTOS NETO, Carlos Pinheiro dos Santos. Gestão estratégica de pessoas. (Reimpressão). Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006



Revista Processus de Estudos de Gestão, Jurídicos e Financeiros

ISSN: 2237-2342 (impresso)

L-ISSN: 2178-2008 (on-line)

Tramitação editorial:

Data de submissão: 14/06/2020

Data de reformulação: 17/09/2020

Data de aceite definitivo: 12/10/2020

DOI: <https://doi.org/10.5281/zenodo.4086002>

Data de publicação: 13-10-2020

ORGANIZAÇÃO ADMINISTRATIVA: A EVOLUÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E SUA MODERNIZAÇÃO ATÉ ADMINISTRAÇÃO GERENCIAL E O ADVENTO DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA

ADMINISTRATIVE ORGANIZATION: THE EVOLUTION OF PUBLIC ADMINISTRATION AND ITS MODERNIZATION UNTIL MANAGEMENT ADMINISTRATION AND THE ADVENT OF THE EFFICIENCY PRINCIPLE

*Marcus Vinicius Vicente Joaquim Miranda¹
Jonas Rodrigo Gonçalves²
Danilo da Costa³*

Resumo

O tema deste artigo é a Organização Administrativa: A Evolução da Administração Pública e Sua Modernização até Administração Gerencial e o Advento do Princípio da Eficiência. Investigou-se o seguinte problema: A administração pública realmente vive,

¹ Graduando em Direito pela Faculdade Processus – DF (BRASIL). Graduado em Gestão Financeira pela faculdade Unicesumar. Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-6825-6246>

² Doutorando em Psicologia; Mestre em Ciência Política, Direitos Humanos e Cidadania; 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, Fases, CNA. Escritor (autor de 61 livros didáticos). Revisor. Editor. <http://orcid.org/0000-0003-4106-8071>

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>. E-mail: educadordanilocosta@gmail.com. Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-1849-4945>

atualmente, o modelo gerencial em sua totalidade? Cogitou-se a seguinte hipótese: “que o modelo gerencial não superou por completo seus antecessores”. O objetivo geral é analisar os modelos de administração pública (patrimonialista, burocrático e gerencial), bem como a repercussão do princípio da eficiência na organização do Estado. Os objetivos específicos são: “fazer uma síntese da administração patrimonialista”; “analisar a segunda grande reforma administrativa, focando, principalmente, na edição do Decreto-lei nº 200 de 1967”; “explicar o início da administração gerencial no Brasil e entender o impacto que a implementação do princípio da eficiência teve neste modelo”. Este trabalho é importante para, o aprofundamento do aluno em uma matéria importante na sua vida acadêmica; É relevante para a ciência, na medida em que se torna um instrumento de enriquecimento intelectual, não apenas do discente, mas também para o contexto científico como um todo. Agrega à sociedade pelo fato do Tema do respectivo estudo ter extrema relevância na formação social, já que se relaciona diretamente com a base da constituição jurídica do Direito Administrativo no Brasil. Trata-se de uma pesquisa qualitativa teórica com duração de três meses.

Palavras-Chave: O Modelo Patrimonialista. O Modelo Burocrático. O Modelo Gerencial. Constituição de 1988. Princípio da Eficiência.

Abstract

The theme of this article is an Administrative Organization: An Evolution of Public Administration and Its Modernization to Management Administration and Advent of the Principle of Efficiency. Investigate the following problem: Does the public administration actually live today, or the management model in its exclusive? The following hypothesis was considered: "what a managerial model it did not surpass by its complete predecessors". The general objective is to analyze the models of public administration (patrimonial, bureaucratic and managerial), as well as the repercussion of the principle of economy in the organization of the State. The specific objectives are: "to make an evaluation of the patrimonial administration"; "Analyze the second major administrative reform, focusing mainly on the edition of Decree-Law No. 200 of 1967"; "Explain the beginning of management administration in Brazil and understand the impact that the implementation of the principle of efficiency had on this model". This work is important for, or deepening the student in an important subject in his academic life; It is relevant to science, which measures becomes an instrument for intellectual improvement, not only for students, but also for the scientific context as a whole. Added to society by the fact of the subject of the study, with extreme relevance in social formation, since it is directly related based on the legal constitution of Administrative Law in Brazil. This is a qualitative theoretical research lasting three months.

Keyword: *The Patrimonialist Model. The Bureaucratic Model. 1988 Constituion. Principle Of Efficiency.*

Introdução

O presente artigo dispõe sobre os diferentes momentos históricos, vividos no Brasil, da administração pública. Dando ênfase à trajetória evolutiva dos modelos administrativos brasileiros, começando pelo modelo patrimonialista, passando ao modelo burocrático e por fim pelo modelo gerencial e os impactos do princípio da eficiência.

Cada modelo representa um período histórico na organização administrativa

brasileira. Suas peculiaridades são essenciais na evolução tanto no âmbito do Direito Administrativo como no próprio modo de gerir o aparelho estatal, tendo como foco a representatividade de cada modelo na estrutura do Estado e, por fim, demonstrar que os modelos coexistem nos dias atuais. (DRUMOND; SILVEIRA; SILVA, 2014, p.4).

Este artigo se propõe a elucidar a seguinte questão: A administração pública realmente vive, atualmente, o modelo gerencial em sua totalidade ou sofre influência tanto do patrimonialismo como do modelo burocrático? O modelo patrimonial e burocrático ainda influencia a administração gerencial na atualidade.

Ao analisar as diferentes etapas do processo de ascensão da administração pública no Brasil, tornar-se perceptível que não ocorreu suplantação total de um modelo em relação aos outros. Na prática, ocorre uma mescla entre os modelos patrimonialista, burocrático e gerencial. (DRUMOND; SILVEIRA; SILVA, 2014, p.22).

A hipótese deste estudo leva em consideração que o modelo gerencial não superou por completo seus antecessores. Existe uma confusão entre os modelos administrativos, sendo visível a superioridade de uma administração voltada ao cliente-cidadão (gerencial), mas com pontos que remetem, principalmente, a burocracia.

Conforme Matias-Pereira, o Brasil não implementou um único modelo de administração pública, instituindo um padrão híbrido entre patrimonialismo, burocracia e administração gerencial. (DRUMOND; SILVEIRA; SILVA, 2014, p.5).

Este trabalho tem como objetivo geral analisar os modelos de administração pública (patrimonialista, burocrático e gerencial), bem como a repercussão do princípio da eficiência na organização do Estado. Destacando os maiores marcos do processo de modernização e transição da organização administrativa do país.

Considerando as mudanças no âmbito administrativo da administração patrimonial até a gerencial. Apontando alterações legislativas e políticas que propiciaram alterações na estrutura administrativa brasileira. Iniciando pelo criticado modelo patrimonialista, passando pela primeira tentativa de implementação da administração burocrática, chegando até a administração gerencial. (BRESSER-PEREIRA, 2001, p.2).

São objetivos específicos deste trabalho: fazer uma síntese da administração patrimonialista; elencar os principais pontos da primeira reforma administrativa de Getúlio Vargas e o início da substituição do modelo anterior; analisar a segunda grande reforma administrativa, focando, principalmente, na edição do Decreto-lei nº 200 de 1967; demonstrar os avanços e retrocessos da promulgação da Constituição de 1988; explicar o início da administração gerencial no Brasil e entender o impacto que a implementação do princípio da eficiência teve neste modelo.

São enfatizados os principais aspectos das grandes reformas que se passaram nos anos de 1930 (seu auge com a criação DASP), 1967 e 1995. Além disso, será discutido os efeitos da Emenda Constitucional nº 19, de 1988, que insere no artigo 37, da Carta de 1988, o princípio da eficiência. (COSTA, 2008, p.831).

Justificativa

Esta pesquisa visa fomentar, numa esfera particular, o aprofundamento do aluno em uma matéria importante na sua vida acadêmica. Fazendo com que o estudante tenha contato com grandes obras de autores renomados na área escolhida.

Ademais, o artigo traz um ganho significativo para o mundo científico, pois é um instrumento de enriquecimento intelectual, não apenas do discente, mas

também para o contexto científico como um todo. É introduzido no mundo acadêmico novas experiências e convicções, que futuramente serão alvo de pesquisa por parte de outros estudantes.

Tema do respectivo estudo, tem extrema relevância na formação social, já que se relaciona diretamente com a base da formação jurídica do Direito Administrativo no Brasil. O objeto de estudo, também, ajuda a entender os momentos históricos vividos pela sociedade brasileira nesse longo período de transformações do Estado, sendo uma referência social para a compreensão evolutiva da administração pública.

Neste artigo foi adotado o tipo de pesquisa teórica. Segundo Gonçalves (2019, p.25), significa estudar uma teoria específica com o objetivo de chegar a resposta desejada.

Como instrumento de pesquisa são utilizados artigos científicos, livros doutrinadores, legislação constitucional e infraconstitucional com objetivo de fundamentar o processo de formação do estudo.

A criação do artigo tem uma duração total de três meses. No primeiro mês, houve o levantamento de toda a literatura utilizada, assim como a leitura dos respectivos textos. Já no segundo mês, ocorreu a paráfrase dos trechos selecionados e a formação do texto central do estudo. Por fim, no terceiro mês foram elaboradas a introdução (contendo tema; problema; hipótese; objetivos [geral e específicos]); justificativa; metodologia e referências.

Além disso, a pesquisa é qualitativa, sendo empregado a revisão de literatura (artigos científicos, livros, doutrinadores, legislação constitucional e infraconstitucional relacionados ao tema). Conforme Gonçalves (2019, p.18) é a técnica que utiliza a transformação de citação direta em citação indireta, conhecida como paráfrases, o que resultará no desenvolvimento do trabalho de curso.

Dessa forma, o artigo tem como base a metodologia científica. Combinando o conhecimento científico, que de acordo com Gonçalves (2019, p.24) significa “o conhecimento racional, sistemático, exato e verificável da realidade”, com o tipo de pesquisa teórico que, como já mencionado anteriormente, tem como alicerce determinada teoria utilizada para solucionar o problema levantado no trabalho.

Organização Administrativa: a Evolução da Administração Pública e Sua Modernização até Administração Gerencial e o Advento do Princípio da Eficiência

1 O Modelo Patrimonialista

No Brasil, o modelo primário de administração pública abarcou o período de 1500 até 1930, incluindo a fase Colonial, Imperial e sua Primeira República. Da forma como eram conduzidas as relações entre o Brasil Colônia e Portugal surgiu o Patrimonialismo, que foi o primeiro modelo de administração e gestão pública do Brasil. Após a independência do país, no ano de 1822, este modelo de administração pública se fez presente tanto no Brasil Império, assim como na República Velha (dos anos 1889 até 1930). (DRUMOND; SILVEIRA; SILVA, 2014, p.5).

O patrimonialismo é marcado pelo seu estilo de dominação, sustenta-se pela aceitação dos mais fracos em relação aos soberanos. Nessa dominação se aceita a dependência de forma natural, não é visível o desejo de mudança. Nas

sociedades patriarcais, as relações familiares se confundem com a própria gestão da coisa pública. Para sociologia de Weber a principal característica do patrimonialismo é a apropriação dos recursos do Estado por servidores públicos, políticos e parcela das sociedades privadas. (DRUMOND; SILVEIRA; SILVA, 2014, p.5).

Pode-se observar que os cuidados com a máquina pública e os critérios administrativos de gestão de pessoas eram praticamente nulos, assim como não era adotada a eficiência no setor público. Nesse sistema administrativo existia uma confusão entre a coisa pública e a privada. (BRESSER-PEREIRA, 2001, p.7).

Após a proclamação da República, em 1822, as estruturas socioeconômicas da era imperial não sofreram grandes mudanças. A esperança de uma alteração significativa no modelo econômico não se concretizou e a riqueza nacional baseava-se na exportação agrícola, no latifúndio e na monocultura. Houve uma grande mudança na dinâmica da cafeicultura, que passou a ser centro das políticas brasileiras. (COSTA, 2008, p.839).

Entre os anos de 1889 e 1930, sobre a vigência da República Velha, o Estado aos poucos tornava-se disfuncional, pois se encontrava em constante transformação seja pelos seus primeiros ciclos industriais seja pela urbanização ou até mesmo pela ascensão das camadas urbanas que se organizavam politicamente. Existiam, também, conflitos internos nos setores dominantes e entre regiões que ameaçavam o pacto da oligarquia, como exemplo, a gestão do café com leite e o processo eleitoral de bico de pena. (COSTA, 2008, p.839).

Nesse período, tanto o próprio Estado como suas estruturas governamentais não sofreram grandes mudanças. A principal alteração, após a proclamação da República, ocorreu no Poder Executivo com a criação dos Ministérios: da Instrução Pública, da Viação e Obras e o da Indústria, Comércio e Agricultura. Do ponto de vista federativo, a capacidade legislativa dos estados sofreu uma pequena redução na sua competência de legislar em determinadas matérias. (COSTA, 2008, p.840).

Mesmo com a promulgação da Constituição da República de 1891, os avanços legislativos não eram suficientes para afastar as práticas patrimonialistas, que eram marcadas pelo sistema de coronelismo. Nessa época, os grandes fazendeiros encarnavam o papel do senhor soberano e tomavam a posse do poder econômico e político. (DRUMOND; SILVEIRA; SILVA, 2014, p.5).

Até que então, em 1930, surgia a primeira tentativa real de rompimento com o modelo de administração patrimonial. Isto ocorre quando Getúlio Vargas chega ao poder, sendo o primeiro presidente a reformar a organização administrativa do Estado e implementar o modelo de administração burocrática. Tal movimento ficou conhecido como a primeira reforma administrativa, que será analisado em seguida.

2 A primeira reforma administrativa e o modelo burocrático de Vargas

Júlio Prestes foi eleito em 1930, sendo o sucessor de Washington Luís e derrotando Getúlio Vargas. A vitória de Prestes acabou desencadeando um rompimento do pacto das oligarquias estaduais com os mineiros, abrindo a brecha para uma intervenção militar, esse episódio seria a então Revolução de 1930. (COSTA, 2008, p.839).

O começo do governo de Getúlio Vargas, em 1930, dá-se início a implementação, no Brasil, da administração burocrática. O modelo surge no

centro da industrialização brasileira. O Estado começa a intervir nos setores de produção de serviços e bens e a racionalização era introduzida na administração pública. Esse processo criava as primeiras carreiras burocráticas e tinha como uma de suas principais finalidades exigir que o ingresso no setor público seja por concurso. A modernização capitalista no Brasil deixa em evidência a aceleração da implantação do sistema burocrático. (MATIAS-PEREIRA, 2018, p.103).

A partir desse momento, o Brasil dá os seus primeiros passos na tentativa de superar o modelo patrimonialista. O aparelho estatal começa a ser tratado de forma diferente e novas instituições são criadas, fazendo parte da instauração desse processo de modernização. É possível observar que a *res publica*, que era constantemente confundida com a coisa privada, começa a se separar desta cada vez mais, constituindo a fundação para a formação social moderna. Esse desenvolvimento considera as peculiaridades do contexto local e tem como sentido comum a racionalização. Percebe-se que o movimento burocrático está no horizonte do Brasil e, conseqüentemente, da própria administração pública que irá se atualizar. Se essa evolução se deu de forma superficial e lenta nos 100 primeiros anos de Independência do Brasil, com a Revolução de 1930 houve uma aceleração robusta nas práticas adotadas na organização administrativa do Estado, principalmente, no que diz respeito à eficiência do aparelho estatal. (COSTA, 2008, p.841).

O modelo burocrático tinha como seu maior objetivo a ruptura com o sistema de monarquia e, conseqüentemente, a substituição do modelo patrimonialista. Nesse modelo, o rei usava o Estado como sua propriedade. A corrupção e o nepotismo eram regras e não as exceções. O patrimonialismo revelou-se incompatível com o surgimento da democracia e com a própria evolução industrial advinda do capitalismo. Assim, foi necessário desenvolver uma nova espécie de administração que rompesse com o antigo sistema, que não diferenciava o público do privado. Dessa crescente necessidade surge então a burocracia moderna conhecida como racional-legal. (BRESSER-PEREIRA, 1996, p.4).

A revolução, simbolicamente, está ligada intimamente com o forte enfraquecimento das oligarquias regionais, que teve como um dos seus principais desdobramentos a formação do estado administrativo brasileiro. Foram adotados dois sistemas típicos de uma administração racional-legal: os órgãos normativos e de fiscalização e os estatutos normativos. Esses estatutos e órgãos incluíam estruturas clássicas que, atualmente, são essenciais à organização do Estado. Entre essas estruturas estão a administração de pessoal, financeira e material. (LIMA-JUNIOR, 1998, p.5).

A ênfase desse período foi reformar os meios (atividade ligada à administração geral), que tinha sobreposição sobre os próprios fins (atividade que era considerada substancial). Também chama a atenção pela observância dos líderes da reforma, dos “princípios da administração” que seriam a consagração da “teoria administrativa”. (WAHRLICH, 1974, p.28).

Era uma reforma que adotou o modelo prescritivo, na teoria administrativa, que era vigente nos países desenvolvidos. Resumindo, inspirava-se nas fontes mais importantes da época, como nos modelos Fayoliano, Taylorista e Weberiano. (WAHRLICH, 1974, p.28).

Nos estudos de Weber estava a fundamentação desse modelo, o qual concentrava seus esforços na definição de normas, o que, na visão de Max Weber, traria maior eficiência às organizações. O pilar central burocrático reside

na existência da norma que seria a ordenação e a dominação baseadas em um sistema legitimado. (DRUMOND; SILVEIRA; SILVA, 2014, p.5).

O modelo defendido por Weber inspirou a reforma administrativa no Brasil, desde os anos de 1930. O objetivo central era obter maior eficiência. Esse aumento da eficiência guardava relação com a reorganização administrativa, que procurava melhorar seu rendimento produtivo, por meio da remodelação ou redefinição de atribuições das instituições públicas, assim como racionalizar seus métodos, estruturas e normas trabalhistas. Era crescente, também, uma medida que adequasse os recursos materiais e financeiros, bem como o aperfeiçoamento dos recursos humanos com base no sistema meritório. Logo, a fase predominante do processo eram os meios, que, se executados da melhor forma possível, levariam à realização bem-sucedida dos fins. (WAHRLICH, 1974, p.67).

Para obter sucesso na reorganização do Estado, pautando-se no sistema burocrático, alguns elementos foram fundamentais, dentre eles: a hierarquia de cargos extremamente especificada; os cargos tinham uma clara descrição de suas atribuições e competências; autoridade impessoal; com base na qualificação técnica eram feitas as seleções; o sistema de mérito era adotado na promoção; houve a separação dos bens estatais dos privados; e os cargos passavam por um rígido e sistemático controle. (DRUMOND; SILVEIRA; SILVA, 2014, p.5).

Com a inquestionável modernização e evolução da máquina pública. O governo militar, então, decide por instaurar os cinco princípios estruturais, que serão os norteadores da administração pública burocrática, quais sejam: coordenação, planejamento, descentralização, controle e delegação de competências. (DRUMOND; SILVEIRA; SILVA, 2014, p.5).

De encontro com estabelecimento dos princípios no Regime Militar, o período de 1930 até 1945, a tendência foi de forte centralização na administração e delineou-se, após 1937, uma inovadora característica na atuação pública. Surgia o estado administrativo com tendência centralizadora, passando a ter feições claras de um estado intervencionista. Ademais, a ação de centralizar juntou-se com a criação das empresas públicas e das autarquias, servindo de base para o futuro estado desenvolvimentista.

2.1 A criação do DASP

Em 1936, acontece um grande marco da organização administrativa no Brasil, era a criação do Departamento Administrativo do Serviço Público (DASP). O DASP tinha como principal objetivo realizar uma melhoria e evolução administrativa no país. O seu processo de formação foi influenciado pela Teoria de Taylor, a administração científica, que defendia a simplificação por meio da racionalização. Para Taylor, as estruturas deveriam ser revisadas e os procedimentos metodológicos deveriam ser aplicados, bem como a função orçamentária passa a ser vinculada ao planejamento. Já na seara da administração de recursos humanos, o modelo Weberiano inspirava o DASP. O centro da gestão de pessoas nessa fase foi o princípio da meritocracia profissional. Mesmo com todos os esforços, as necessidades do Estado não foram atendidas adequadamente. (MATIAS-PEREIRA, 2018, p.103).

O DASP teve uma participação e atuação efetiva nos anos que sucederam sua criação. Sua organização só ocorreu realmente em 1938 e como consequência sua reprodução como Departamento Administrativo nos estados, atribuindo-lhes poderes excepcionais. Por intermédio de um decreto-lei, em 1939, Vargas constitui o Estatuto dos Funcionários Públicos Civis, sendo uma revolução

nos direitos dos servidores públicos. (LIMA-JUNIOR,1998, p.6).

No ano de 1940, era editado mais um decreto-lei que estabeleceria normas de orçamento público e terminava de normatizar o tripé recursos financeiros, administração de pessoal e material. Após a edição desta norma, a administração pública foi completamente voltada para prescrição, controle e padronização. Tais iniciativas passaram a ter um caráter pioneiro dentro da história, principalmente na área de pessoal. (LIMA-JUNIOR,1998, p.6).

A contribuição com maior impacto na época foi a reformulação administrativa de pessoal. Os pontos mais significativos são: o sistema de mérito, o qual implantava a possibilidade de oportunidades isonômicas para o ingresso no setor público; os aspectos jurídicos e éticos ganharam ênfase na administração de pessoal; constituição de planos uniformes e genéricos nas classificações dos cargos e nas fixações das remunerações (padronização salarial e classificatória); acentuado autoritarismo (o controle é centralizado com rigidez progressiva); as disfuncionalidades não eram observadas em consequência dos pontos mencionados anteriormente; o globalismo na execução da reforma, assim como na sua concepção. (WAHRLICH,1974, p.29).

Além das circunstâncias relacionadas à segurança jurídica, à previsibilidade das decisões e às garantias contra manifestações arbitrárias, a execução de tarefas se torna mais célere por causa do formalismo dos procedimentos, pois dispensa pensamentos individualizados e particulares dos agentes públicos, que só podem utilizar soluções predeterminadas para aplicá-las em situações semelhantes e repetidas vezes, como se faz em uma produção em série. Segundo Weber, o burocrata individual está atrelado a um aparato do qual não se pode eximir; é, na maioria dos casos, uma pequena engrenagem de um grande mecanismo que está em movimento. Weber (1982, p. 250) acredita que a partir da racionalização de alguns procedimentos, os funcionários terão um treinamento especializado e pela repetição constante da prática se aperfeiçoariam cada vez mais (PEREZ; GIORGIO, 2016, p.290).

Procedimentos racionalmente universalizados asseguram objetividade na tomada de decisões, afastam as tentações individualistas e impedem discriminações benéficas ou detrimetosas, haja vista determinarem o tratamento de todos conforme premissas objetivamente postas em normativas previamente estabelecidas. Como assevera Nunes (2003, p. 35), o universalismo de procedimentos é associado às garantias individuais e à noção de cidadania plena e de igualdade perante a lei, exemplificadas por países de avançada economia de mercado, regidos por um governo representativo. Para Weber (1982, p. 256): A igualdade perante a lei e a exigência de garantias legais contra a arbitrariedade requerem uma objetividade de administração formal e racional, em oposição à discricão pessoalmente livre, que vem da graça do velho domínio patrimonial. (PEREZ; GIORGIO, 2016, p.290).

Seguindo o pensamento revolucionário de Max Weber, alguns pontos defendidos pelo autor serviriam, futuramente, de base de proteção do agente público contra a arbitrariedade das ambições eleitorais e políticas. Essa visão modernista já previa o servidor burocrata como profissional permanente. Assim, surgiu a ideia de inamovibilidade e a estabilidade no serviço público, na tentativa de mitigar os resquícios do patrimonialismo e do nepotismo no serviço público. Um tema bastante polêmico e muito debatido até os dias atuais, mas de extrema importância na formação dos estatutos dos servidores públicos e, por

consequente, de acentuado impacto na segurança jurídica (PEREZ, 2016, p.290, GIORGIO, 2016, p.290).

Não se pode duvidar que o período de 1930 até 1945 foi pioneiro na tentativa de mudança da estrutura administrativa brasileira, principalmente na implementação de um pensamento que almejava uma administração eficiente. Mesmo não havendo um plano formalizado por parte dos governantes, é nítida a herança de consequências positivas: o aumento na qualificação dos funcionários públicos; a função orçamentária passa a ser institucionalizada, bem como o material adquirido é padronizado, simplificado e racionalizado. Apesar de grandes avanços, o governo de Getúlio Vargas, na visão de Warlich (1984, p.51), cometeu dois erros estratégicos: o primeiro consiste no desejo de obter resultados imediatos, em curtíssimo espaço temporal; e, o segundo ponto, era a abrangência da reforma e sua natureza global, ou seja, a quantidade de estruturas que seriam modificadas pela reforma. (LIMA-JUNIOR, 1998, p.7-8).

Vale ressaltar que, mesmo com todos os esforços aplicados no processo de mudança da administração pública, o patrimonialismo permanecia presente no cenário político do Brasil. Assim, o coronelismo dava espaço ao fisiologismo e ao clientelismo. (MATIAS-PEREIRA, 2018, p.103).

O modelo burocrático implantado em 1930 foi objeto de várias tentativas de reforma. Porém, os resultados eram frágeis em decorrência das disfunções do modelo adotado. As reformas tinham como ponto focal a criação e extinção de órgãos e a formação de estruturas a fim de modificar a rigidez burocrática (MATIAS-PEREIRA, 2018, p.103).

Nesse contexto, a reforma acaba se tornando um sistema fechado. Em 1945, o processo reformista perde o apoio do regime autoritário e o sistema entra em processo de decadência e entropia, do qual nunca se recuperou totalmente. (WAHRLICH, 1974, p.29).

Pode-se considerar que o saldo da reforma é satisfatório. Basta analisar os seguintes elementos: as ideias de modernização que foram difundidas na administração, a preocupação em tornar o processo de seleção para o ingresso no setor público mais sério e pautado em critérios objetivos e de mérito, e uma nova concepção orçamentária; institucionalizou-se o aperfeiçoamento e o treinamento do servidor público; houve, ainda, a propagação de teorias administrativas provenientes de países desenvolvidos (principalmente Inglaterra, França e Estados Unidos); o momento foi decisivo para a evolução do Direito Administrativo brasileiro que passava de coadjuvante à protagonista na organização administrativa do país. (WAHRLICH, 1974, p.30).

Entretanto, de 1930 até 1945, verificou-se, no primeiro governo Vargas, que a tão almejada eficiência não foi alcançada, bem como o surgimento de disfunções em virtude da adoção deste modelo, como, a centralização das funções do governo na União e a lentidão do serviço público. Segundo Matias-Pereira, o modelo burocrático não se consolidou no Brasil, formando um padrão híbrido entre burocracia e patrimonialismo, (DRUMOND; SILVEIRA; SILVA, 2014, p.5).

3 A segunda reforma administrativa de 1967

Getúlio Vargas, após cinco anos, volta a ser o Presidente da República. Vargas assumia o poder, com limitações impostas pela Constituição de 1946, a fim de conceder um programa reformista e nacionalista, que prometia ampliar os investimentos na indústria, na energia e no transporte, assim como aumentar os

direitos trabalhistas. Nesse período, criaram-se 13 empresas estatais novas, entre elas o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) e a Petrobras. Vargas tentou também controlar parte dos lucros faturados pelas empresas estrangeiras e formar a Eletrobrás, a controladora responsável pelo setor elétrico. Porém, forças conservadoras e atreladas a interesses opostos surgiam no caminho de Getúlio. As pressões dos militares eram crescentes e no dia 24 de agosto, em 1954, Getúlio Vargas tira sua vida com um tiro no peito. Segundo a carta-testamento, escrita por Getúlio antes da morte, ele preferiu a morte à deposição ou renúncia. (COSTA, 2008, p.847).

Então, a partir de 1960, o aparelho estatal tem uma nova chance de modernização. Em consequência a essas mudanças houve uma multiplicação nas entidades que integravam a administração pública indireta: empresas públicas, fundações, autarquias e sociedades de economia mista. A busca por maior flexibilidade e agilidade na atuação dessas entidades resultou na multiplicação e expansão da administração indireta. Assim, as demandas da sociedade e do Estado eram atendidas de forma mais eficiente. (COSTA, 2008, p.852).

Se, durante o período pós-45, as iniciativas eram tímidas, com a criação da Comissão Amaral Peixoto, a reforma administrativa faria parte da pauta governamental, de forma recorrente, durante anos 1964 a 1978. (LIMA-JUNIOR, 1998, p.12).

Em 1964, a Comissão Amaral Peixoto elaborava o projeto de lei que seria reexaminado pelo Poder Executivo. Assim, a Comissão de Estudos da Reforma Administrativa (Comestra) foi criada, com a finalidade de analisar os projetos elaborados que eram considerados essenciais para produtividade e rendimento da administração pública federal. (WAHRLICH, 1974, p.44).

3.1 O decreto–lei nº 200, DE 1967

Desse modo, em decorrência do trabalho realizado por essa comissão resulta a edição, no ano de 1967, do Decreto-lei nº 200, que foi o mais ambicioso e sistemático esforço empreendido para reformar a administração pública. Era um dispositivo legal que se equiparava, no âmbito da administração pública, a um tipo de lei orgânica, estabelecendo alguns conceitos, implantando princípios e criando estruturas. O decreto-lei trazia a definição clara de preceitos de funcionamento e organização da máquina administrativa. (COSTA, 2008, p.851).

O seu surgimento foi de grande impacto para o Direito Administrativo, pois trouxe, expressamente, pela primeira vez, a concepção de eficiência. Em seu artigo 26, por exemplo, o decreto-lei prescreve que a Administração Indireta assegurará a eficiência administrativa. Não se tem como duvidar que o dispositivo, em comento, reformulou a Administração Federal. A novidade trazida pela reforma baseia-se na ideia de realinhar de maneira eficiente as atividades do Estado a uma realidade gerencial observada no setor privado, introduzindo o país na economia global. (MUNIZ, 2007, p.86).

O Brasil tentava superar a rigidez do modelo burocrático, sendo a reforma de 1967 o primeiro contato brasileiro com a administração gerencial. Todos os elementos foram concentrados na autonomia da administração indireta, mediante a descentralização administrativa. Partiu-se do pressuposto que a administração direta era permeada por uma rigidez excessiva, a qual não se observava na administração descentralizada. As atividades de produção de serviços e bens foram transferidas para fundações, empresas públicas, sociedade de economia mista e autarquias. (BRESSER-PEREIRA, 1996, p.7).

Foram instituídos, como pressuposto de racionalização administrativa, os princípios do planejamento, da descentralização, do orçamento e um controle nos resultados obtidos. O regime celetista foi adotado nas entidades descentralizadas, submetendo seus empregados ao regime privado. Nesse momento, era perceptível um grande aumento nas fundações e empresas estatais. Por meio da flexibilização na administração, dessas unidades, almejava-se uma expansão das atividades econômicas do Brasil. (BRESSER-PEREIRA, 1996, p.7).

A coordenação da reorganização administrativa, de 1967 a 1979, cabia à Subsecretaria de Modernização e Reforma Administrativa (SEMOR), que era responsável por aspectos processuais, sistêmicos e estruturais. O DASP somente controlava os recursos humanos. A Secretaria da Modernização e Reforma Administrativa (SEMOR), nesta fase, preocupou-se em analisar as estruturas organizacionais com frequência. Além das estruturas, estudava projetos de departamentos diversos no intuito de criar, extinguir ou fundir programas e órgãos que melhorassem a eficácia na gestão pública. Vários estudos foram realizados, constituindo uma importante contribuição para a implantação de metodologias e do arcabouço teórico que sustentaria a modernização administrativa. Em relação ao DASP, além do exercício de suas atividades regulares, tinha como seu principal escopo um novo projeto de classificação de cargos, o qual se classificaria por categoria. Tal projeto era o oposto do seu antecessor, autorizado em 1960, que seu pilar fundamental era a classificação com base em responsabilidades e deveres. O plano de reestruturação de cargos elaborado pelo DASP não obteve sucesso, permanecendo o sistema de mérito que ficava restrito ao início da carreira. (COSTA, 2008, p.852).

Seguindo a linha de raciocínio do insucesso do DASP na implantação de um novo plano de cargos, vem à tona duas ocorrências indesejáveis e inesperadas, após a edição do Decreto-Lei nº 200. A primeira, foi a facilidade de contratação sem a realização de concurso público para prover os empregos públicos, o que permitiu a existência de práticas patrimonialistas. A segunda ocorrência, era a não preocupação em alterar a administração direta, que deixou de desenvolver suas carreiras e realizar concursos. Conseqüentemente, o núcleo estratégico da administração direta foi propositalmente enfraquecido pelo regime militar, com objetivo de selecionar, sem concurso, para o alto escalão da administração, empregados das empresas estatais. Essa atitude do governo militar gera um enorme retrocesso e instabilidade na gestão da máquina pública e, conseqüentemente, mitiga o processo de implementação de uma administração gerencial, voltada aos resultados. (BRESSER-PEREIRA, 1996, p.7).

A reforma administrativa embutida no Decreto-Lei nº 200 ficou pela metade e fracassou. A crise política do regime militar, que se inicia já em meados dos anos 1970, agrava ainda mais a situação da administração pública, já que a burocracia estatal foi identificada com o sistema autoritário em pleno processo de degeneração. (BRESSER-PEREIRA, 1996, p.273-274).

Apesar de inúmeros avanços, o movimento reformista de 1967 não conseguiu suplantar as crescentes divergências burocráticas instauradas entre a administração indireta e direta, tampouco assegurar, em toda sua amplitude, a profissionalização no setor público. Não se seguiu a administração de Max Webber, pois as entidades indiretas eram vistas como uma fonte inesgotável de recrutamento de pessoas sem a necessidade de concurso público. Perdia-se, então, toda a noção de uma gestão eficiente e retoma-se a época em que a *res publica* é utilizada em prol de interesses privados. (COSTA, 2008, p.853).

3.2 O programa nacional de desburocratização

Então, após um pouco mais de uma década da segunda grande reforma administrativa, em 1979, Hélio Beltrão, que participou efetivamente da Reforma Administrativa de 1967, retorna à cena, exercendo, no governo Figueiredo, a chefia do Ministério da Desburocratização. No período de 1979 até 1983, Beltrão foi o centro das ideias inovadoras, sendo um grande crítico da centralização do poder, do excesso de formalidade do processo administrativo e do elevado número de normatização burocrática. O Ministro estabeleceu como sua principal meta uma administração voltada às necessidades dos cidadãos. Seu programa visava retirar o usuário de serviços públicos da condição colonial, na qual eram subalternos, para o *status* de cliente-cidadão. (BRESSER-PEREIRA, 2001, p.16).

O programa de desburocratização enfrentava alguns problemas, um deles era a não profissionalização do setor público, mesmo assim, em julho de 1979, foi editado o Decreto nº 83.740, que almejava a racionalização e a simplificação da burocracia e contava com uma orientação do serviço público focado no usuário, e conseqüentemente, a desestatização. Em cerca de três anos, o Programa Nacional de Desburocratização criou mais de 100 normas de regulação, que tentavam tornar os órgãos mais ágeis e dinâmicos. (LIMA-JUNIOR, 1998, p.14).

Esperava-se que edição do decreto, supracitado, tornasse mais eficiente o sistema administrativo e etapas desnecessárias fossem suprimidas, trazendo benefícios tanto aos clientes como aos funcionários públicos. Ao contrário de outros programas, este prestigiava o usuário da atividade prestada pelo Estado. Por isso, considerado um programa inédito, pois nenhum outro programa anterior foi dotado de caráter político e social. Porém, ele continha entre seus objetivos a diminuição do aparelho estatal, já que aconselhava a eliminação de órgãos com pouca utilidade e impedia a reprodução de entidades as quais suas principais atividades já eram desempenhadas por outras instituições da administração indireta e direta. (COSTA, 2008, p.854).

De acordo com Marçal Justen Filho (1997), a eficiência é desempenho de atividades que satisfaçam as necessidades dos usuários, da forma menos onerosa possível. (MUNIZ, 2007, p.95).

Balanco da atuação do programa registrado até 1981: centenas de rotinas de trabalho analisadas, a fim de simplificar, procedendo à eliminação de informações e documentos desnecessários. Em 1983, o então programa de Desburocratização ganha o *status* de ministério. Por fim, em 1986, o Ministério da Desburocratização é definitivamente suprimido. (COSTA, 2008, p.854).

A partir desse momento, analisar-se-á alguns aspectos relacionados a mudanças que tiveram relevância na organização administrativa do Estado, dando foco nos impactos gerados pela Constituição de 1988 no contexto administrativo.

4 Os avanços e os retrocessos da Constituição de 1988

Em 31 de julho de 1985, a Comissão Geral do Plano de Reforma Administrativa e o Ministério Extraordinário são recriados pelo governo Sarney. Em 1986, a Comissão apresenta suas propostas e estudos, que são formados com base em três princípios: estruturas administrativas racionalizada; contingenciamento dos gastos públicos; gestão de recursos humanos. Em muitos pronunciamentos, o ministro Aluísio Alves, indicava que a finalidade da reforma

seria a inovação da administração pública, compatibilizando-a com os processos de gestão mais modernos; a adequação de padrões de eficiência aos serviços públicos conforme os planos de governo. (LIMA-JUNIOR, 1998, p.15).

Assim, a Nova República, como ficou conhecido o governo, tinha a inadiável meta de tornar a máquina administrativa mais orgânica, eficiente, reduzida e receptiva às demandas sociais.

O governo de Sarney, para empreender um desafio dessa magnitude, instituiu uma comissão numerosa, cujos objetivos eram extremamente complexos, pois, prioritariamente, pretendia modificar, nas três esferas de poder, o papel do Estado; fixar o futuro da função pública; estabelecer os pilares de operabilidade da administração pública; o Poder Executivo federal e suas entidades e órgãos passariam por um remodelação; além de priorizar metas em áreas consideradas estratégicas, como a informatização do serviço público, os recursos humanos e a própria organização federal. Ainda presente, nessa época, os programas de desburocratização e privatização do governo Figueiredo. (COSTA, 2008, p.856).

A comissão, em fevereiro de 1986, suspende seus trabalhos, para que toda atenção e esforço sejam aplicados no plano de estabilização econômica (o Plano Cruzado). No mesmo ano, precisamente em setembro, surge o programa de reformas de Sarney, que tinha três pontos focais: política de recursos humanos, racionalizar as estruturas e retenção de gastos públicos. (COSTA, 2008, p.857).

A sociedade começa a perceber, em 1987, a crise no modo em que o Estado intervém na economia e a situação fiscal do país se agrava. O Plano Cruzado é um fracasso e a população se dá conta que o Brasil sofreu um grande retrocesso nesse momento. Mas ao contrário do povo, os constituintes de 1988 não percebiam a situação fiscal crítica, muito menos que o aparelho estatal estava em colapso. Portanto, não entendiam que o Estado precisava de uma reconstrução, que era necessário adotar formas de intervenções mais sutis, em que a competitividade tivesse uma importância maior no cenário econômico. Era urgente não apenas a questão da profissionalização da administração, mas também a orientação para atender as demandas do cidadão da melhor forma possível. (BRESSER-PEREIRA, 1996, p.11).

A resposta social em relação à crise política ocorreu em diferentes momentos. A primeira resposta à crise foi a transição completa da democracia; já em 1988, aprova-se a nova constituição. Em relação ao esgotamento do estilo de intervenção, a crise fiscal e o sistema ineficiente, o governo Sarney pouco ajudou. Pelo contrário, os problemas se agravaram e, em consequência, houve um retrocesso administrativo, político e social. Além disso, o governo pautava-se em modelos antigos e ultrapassados. (BRESSER-PEREIRA, 1996, p.4).

Paralelamente às reformas, em 1987, era instalada a Assembleia Nacional Constituinte. A Constituinte, com a nova carta, pretendia refundar a República, firmando bases para a ordem social, a soberania, a organização do Estado, a cidadania, os direitos coletivos, a administração pública e as políticas públicas. A nova Constituição de 1988 promulgou uma nova roupagem aos direitos dos cidadãos, ampliando sua participação política, redistribuindo os poderes entre os entes federados e diminuindo a repressão deixada pelo regime militar, dando ênfase a políticas sociais. (COSTA, 2008, p.858).

Entretanto, a Carta de 1988, na visão da gestão pública, visando reduzir as diferenças entre a administração direta e a descentralizada, acabou eliminando a flexibilidade da administração indireta, constituindo uma vertente dinâmica da

administração pública, apesar de algumas situações de ineficiência e disparidades em termos de remuneração. Equiparando a administração indireta, para efeito de controle, à administração central. Assim, com a instauração de um regime jurídico único (RJU), que transformou empregados celetista em servidores estatutários, desencadeando um problema na gestão da previdência dos funcionários públicos, pois foi garantido aposentadoria com remuneração integral para aqueles incorporados pelo novo regime, sem a devida contrapartida das contribuições. Dessa forma, o RJU instituía benefícios e vantagens que resultaram em um crescimento vegetativo e descontrolado das despesas com pessoal, estabelecendo um grave problema para o equilíbrio dos gastos públicos e um obstáculo aos esforços investidos na modernização administrativa. (COSTA, 2008, p.858-859).

Apesar de propagar um retrocesso gerencial, a Constituição de 1988 produziu avanços significativos, principalmente na democratização das esferas públicas. Mecanismos de participação nas deliberações públicas foram criados, privilegiando o exercício da democracia direta pelo cidadão e favorecendo o controle da gestão estatal por parte da sociedade. Ademais, a função de planejamento ganhou destaque e a descentralização política-administrativa foi incentivada. (COSTA, 2008, p.859).

Outro ponto positivo implementado, pela Carta de 1988, foi a obrigatoriedade de concurso público para o ingresso no serviço público, sendo uma evolução ao regime antes adotado. O dispositivo constitucional, que obriga o certame público, é aplicável tanto à administração direta quanto à administração indireta (autarquias, fundações, empresas de economia mista e empresas públicas). (BRESSER-PEREIRA, 1996, p.15).

Observa-se que a Constituição de 1988, mesmo com algumas disfunções, foi uma revolução no Direito Administrativo brasileiro, trazendo em seu texto o que seria a base para o estudo da matéria, como: organização administrativa, dispositivos voltados aos servidores públicos, princípios relacionados à boa gestão da coisa pública, os quais serão analisados em momento oportuno. Além disso, formou-se um arcabouço legal que enaltece a dignidade da pessoa humana e outros direitos fundamentais.

5 O governo Collor e seus reflexos na Administração Pública

Após o governo Sarney, a inflação atingiu níveis altíssimos e será no governo Collor, que as reformas econômicas ganham impulso. Ocorre a abertura comercial – conhecida como a mais importante reforma executada pelo governo. O ajuste fiscal avançará decisivamente, não apenas por medidas permanentes, mas também pelo cancelamento substancial da dívida pública interna. (BRESSER-PEREIRA, 1996, p.11).

Collor toma posse, em 1990, sendo o primeiro presidente eleito sobre a égide da Constituição de 1988, para cumprir propostas reformadoras, entre elas: criou uma moeda nova, taxou as operações financeiras, redesenhou estrutura administrativa e congelou a poupança. Em curto período tempo, o governo edita uma série de normativos com a finalidade de mitigar o poder de intervenção do Estado na sociedade. (COSTA, 2008, p.860).

O redesenho da estrutura administrativa almejava uma modernização estatal, privilegiando o ajuste econômico, a desestatização, a desregulamentação e a abertura econômica. A desestatização e a desregulamentação eram pautas antigas e já constavam na reforma administrativa do final dos anos de 1960, mas

a abertura comercial e o ajuste econômico são novas pretensões, que o governo perseguia. (LIMA-JUNIOR, 1998, p.17).

Porém, na área de reestruturação administrativa, as reformulações foram feitas de forma equivocadas, devido a um diagnóstico mal elaborado dos problemas técnicos, não se observando a legalidade das medidas. O fracasso principal foi a tentativa de enxugar a máquina pública, eliminando órgãos e demitindo agentes públicos, sem assegurar que as medidas seguissem os procedimentos constitucionais. Por fim, o governo reduziu de forma drástica a remuneração dos funcionários públicos, desrespeitando frontalmente os dispositivos da Carta de 1988. Ademais, essa intervenção acabou desestabilizando ainda mais a frágil estrutura burocrática existente. (BRESSER-PEREIRA, 1996, p.12).

Com a tentativa fracassada de alterar o sistema de pessoal, o governo demite 112 mil servidores: ocupantes de cargos comissionados, celetistas e outras funções. Alguns servidores optaram pela aposentadoria. Piorando o cenário na área de pessoal, o presidente Collor institui o Regime Jurídico Único (RJU), por meio da Lei nº 8.112, de 1990, que deu a opção para todos os celetistas migrarem para o regime estatutário. Aqui, ressalta-se que a Lei nº 8.112, de 1990, mesmo sendo usada de forma errônea no governo Collor, foi um avanço aos direitos dos servidores públicos. Lei esta que vigora até o momento e é base legal do Direito Administrativo referente ao regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. (LIMA-JUNIOR, 1998, p.17).

Em 1991, o governo do presidente Collor toma outra medida desesperada, na intenção de resolver as disfunções geradas anteriormente. Então, encaminha a proposta de emenda à constituição nº 59 (PEC nº 59), que solicitava a alteração do sistema de estabilidade no serviço público, mais uma vez o servidor público tornava-se alvo do governo. A proposta estabelecia que a estabilidade, após dois anos de efetivo exercício, fosse aplicada apenas aos cargos que exerciam “atividades típicas de Estado”: diplomacia, segurança pública, controles internos e externos, arrecadação, defensorias públicas, fiscalização de tributos e advocacia. Em relação aos outros cargos, a estabilidade só seria alcançada após dez anos de efetivo exercício na função. Depois de um ano, a proposta da PEC nº 59 foi retirada da apreciação do Congresso Nacional pelo próprio presidente. (LIMA-JUNIOR, 1998, p.17).

Apesar da edição da Lei nº 8.112, de 1990, que, como já dito antes, foi um marco no Direito Administrativo no aspecto da gestão de pessoal, constituindo o estatuto dos servidores da União. O saldo da reforma do governo foi negativo, não deixou resultados relevantes, além de desestruturar entidades inteiras da Administração Federal. A intervenção de Collor desestabilizou totalmente o ambiente administrativo e gerou como resultado um grande retrocesso na organização administrativa do Estado.

Em 1992, Fernando Collor Mello sofre um *impeachment* e seu vice-presidente Itamar Franco assume. No seu governo não houve mudanças na estrutura administrativa do aparelho estatal, seguindo a ideologia burocrática até o fim de seu mandato.

6 A administração gerencial e o princípio da eficiência

Fernando Henrique Cardoso, em 1995, assume como Presidente da República. O Estado burocrático desenvolvimentista passava por uma crise extrema,

mas não existia nenhuma proposta de substituição desse modelo exceto algumas ideias globalistas, que defendiam a perda da relevância dos Estados Nacionais em razão da globalização, não havendo outra opção aos países senão as regras impostas pelo mercado globalizado. Os modelos de meados dos anos de 1980 já vinham sendo criticados, a solução não era a substituição do Estado pelo mercado, mas reconstruir e reformar o Brasil para que este fosse um agente eficiente e efetivo de regulação de capacitação das empresas e do mercado no cenário competitivo internacional. (BRESSER-PEREIRA, 2001, p.22).

Assim, em decorrência da necessidade de mudanças no modo de atuação do aparelho estatal, surge uma oportunidade nova de reformular a administração pública. Essa reforma terá como seu principal objetivo voltar os serviços públicos para atender aos cidadãos, em suas demandas, de forma mais moderna e com maior eficiência (BRESSER-PEREIRA, 1996, p.17).

Desse modo, o presidente muda a Secretaria de Administração Federal (SAF) para o Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado (MARE), e nomeia Bresser-Pereira como Ministro. O Ministro define as diretrizes e os objetivos do MARE, iniciando a Reforma Gerencial brasileira de 1995. (BRESSER-PEREIRA, 2001, p.22).

Ainda nos seis primeiros meses de 1995, foi elaborado uma emenda constitucional da reforma administrativa e o Plano Diretor da Reforma do Aparelho Estatal (PDRAE), tomando como base experiências vividas em nações da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), como o Reino Unido, onde eram implementadas modernas práticas administrativas. Era a oportunidade de o Brasil participar desse movimento reformista mundial e ser o primeiro dos países em desenvolvimento a introduzi-lo. (BRESSER-PEREIRA, 2001, p.23).

Conforme o PDRAE, na esfera dos três poderes, o governo “não carecia de governabilidade”, isto é, não faltava o poder necessário para governar, pois contava com o apoio da sociedade civil. Entretanto, havia problema na governança, na medida em que as políticas públicas eram limitadas pela ineficiência e rigidez da máquina administrativa. (COSTA, 2008, p.863).

Em seu documento básico relacionado a reforma, o PDRAE, orientava as ações reformadoras do governo, procurando definir as entidades da administração, estabelecendo diretrizes da Reforma Gerencial. Repisa-se que não se pode confundir a Reforma Gerencial com a emenda constitucional, que ficou conhecida como “reforma administrativa”. Essa reformulação de alguns dispositivos constitucionais, por meio de emenda, foi um “divisor de águas” para Reforma Gerencial, já que altera normativo fundamentais. A consequência dessas modificações foi a criação, em 1997, de duas novas instituições, as organizações sociais (instituições híbridas que prestavam serviços sociais) e as agências executivas (executoras de atividades exclusivas de Estado). A criação destas entidades resultou no atendimento cliente-cidadão de uma forma mais eficiente, pois houve uma descentralização de uma série de atividades acarretando uma flexibilização nas estruturas administrativas. Nesse contexto, pretendia-se o fortalecimento progressivo da descentralização vertical, que fomentava a transição de um modelo administrativo burocrático, ineficiente e rígido, voltada ao controle interno, para um sistema gerencial, eficiente e flexível, voltado à sociedade. (BRESSER-PEREIRA, 2001, p.23-24).

Em 1995, o Executivo Federal encaminhava ao Legislativo a PEC nº 173/95, que futuramente transformou-se na Emenda Constitucional nº 19/1998. O normativo constitucional almejava a viabilidade da reforma da administração pública e do Estado,

otimizando os serviços prestados e aplicando os recursos disponíveis da melhor forma possível, tendo o contribuinte como destinatário final.

Por meio da Emenda supracitada, houve a inclusão do princípio da eficiência no artigo 37 da Constituição Federal de 1988, o que dava suporte constitucional ao modelo de administração gerencial brasileiro.

Dos princípios constitucionais elencados na Constituição Federal, merece destaque o princípio da “eficiência”. A esse respeito assinala Bahena (2004, p. 93-94): “O princípio da eficiência veio a lume como cânone constitucional da administração pública mediante a Emenda Constitucional 19/98, em resposta às mudanças encampadas no texto constitucional a partir da Emenda Constitucional 5/95, especialmente, com referência à ordem econômica e político-administrativa. [...] As transformações sucediam para uma chamada reforma gerencial do estado, pretendendo extinguir a chamada administração burocrática e incentivar a descentralização, por intermédio de parcerias com a iniciativa privada, valorizando a competência e a eficiência na prestação do serviço público”. (MATIAS-PEREIRA, 2014, p.154)

Conforme leciona Di Pietro (2013, p. 82), o princípio da eficiência, na realidade, apresenta duas vertentes: um melhor desempenho do agente público no exercício de suas atribuições e conseqüentemente melhoria nos resultados; e em relação a forma de estruturar, disciplinar e organizar a Administração Pública, objetivando a melhoria dos serviços públicos prestados. (MATIAS-PEREIRA, 2018, p.195).

Na ocasião, alerta-se que o princípio da eficiência no serviço público vai muito além da área econômica, já que deverão ser analisados e comparados vários fatores de desempenho e não só os econômicos. Assim, tem como seu escopo precípua a melhoria de resultados ao menor custo possível, utilizando meios e ferramentas disponíveis na administração sem comprometer a atividade administrativa. Busca-se um processo que trate de forma mais racional os recursos (humanos, materiais, financeiros, entre outros) exigindo dos gestores públicos uma visão próxima da iniciativa privada, que seria a entrega ao cliente-cidadão do melhor serviço possível minimizando os desperdícios. (MATIAS-PEREIRA, 2014, p.154).

Para Di Pietro (2006), além do modo de atuar do agente público, voltado para resultados, imposto pelo princípio constitucional, houveram outras inovações no âmbito administrativo, como: as agências autônomas, contrato de gestão e as organizações sociais. (MUNIZ, 2007, p.96).

Depreende-se, então, que após o surgimento do princípio da eficiência, a Administração não terá mais desculpa por não alcançar resultados favoráveis à coletividade, tratando-se de serviço público, argumentando que foram utilizados os meios legais para o exercício da atividade. Será preciso demonstrar não apenas a legalidade dos atos, mas também resultados alcançados de maneira eficiente e os meios adequados para cada situação apresentada. Sendo assim, segundo Alexandre de Moraes, a definição de rentabilidade social é, necessariamente, um resultado no qual estejam a universalização das atividades e serviços prestados com mais qualidade e agilidade. (MUNIZ, 2007, p.96).

Portanto, não obstante toda evolução da administração pública até os dias atuais, percebe-se que o modelo gerencial, mesmo após o advento do princípio da eficiência, não conseguiu suplantar por completo os modelos anteriores (patrimonialista e burocrático). Observa-se que processos administrativos, em algumas áreas, guardam resquícios de morosidade e rigidez da burocracia clássica.

Ademais, gestores públicos ainda, em algumas ocasiões, confundem a *res publica* com *res privada*, levando ao retrocesso de um modelo patrimonial. Mesmo não sendo objeto central desse estudo, vale mencionar a Súmula Vinculante nº 13 de 2008, que veda, ou pelo menos mitiga, o uso do aparelho estatal para fins particulares. Assim, os avanços alcançados na legislação bem como na estrutura organizacional do Estado são inúmeros, porém o sistema gerencial está longe de atingir sua plenitude.

Considerações Finais

O tema tratado neste artigo foi: a Organização Administrativa: A Evolução da Administração Pública e Sua Modernização até Administração Gerencial e o Advento do Princípio da Eficiência. Por conseguinte, o presente tema teve como um de seus objetivos, esclarecer, baseado em autores de renome na área, algumas celeumas que ocorreram no processo de construção da Organização Administrativa brasileira.

O problema central abordado no artigo foi: na realidade o modelo gerencial conseguiu suplantar os modelos anteriores de forma plena? Possibilitando uma análise se realmente a administração gerencial não conserva resquícios de modelos ultrapassados. Diante do problema apresentado, pode-se constatar que a hipótese é de que não houve uma superação completa do modelo patrimonialista e burocrático. Mesmo com inúmeros avanços, nosso sistema administrativo ainda luta contra o patrimonialismo e a burocracia excessiva.

O objetivo geral do artigo foi desenvolver os principais aspectos dos modelos da administração pública brasileira, assim como o impacto do princípio da eficiência na estruturação administrativa do Estado. Os objetivos específicos foram feitas sínteses do modelo patrimonialista; destacou-se os principais tópicos da reforma de Getúlio Vargas; analisou-se a constituição do Decreto-lei nº 200 de 1967 e foram evidenciados os avanços e os retrocessos da nova constituição de 1988; buscou-se compreender como o princípio da eficiência impactou o modelo de administração gerencial.

A pesquisa foi de grande importância para os autores do artigo, na medida em que leva ao aprofundamento de um tema que tem grande relevância na formação do direito administrativo. Para a perspectiva científica, trouxe novas considerações que serão enriquecedoras para futuras discussões acerca do tema. Já socialmente, o artigo apresentou grandes passagens históricas sobre a formação do arcabouço jurídico-administrativo brasileiro.

Este artigo teve como resultado a constatação de que o modelo de administração gerencial nunca foi implementado em sua plenitude, pois não conseguiu suplantar de forma completa seus antecessores. Neste sentido, o artigo apresentou considerações e passagens de renomados autores e estudiosos sobre o tema, os quais, de forma unânime, convergem com entendimento do presente estudo.

Referências

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Da Administração Pública Burocrática à Gerencial. **Revista do Serviço Público**. N.47, p. 1-28, 1996.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Brasil: Um Século de Transformações. **Cia. das Letras**. São Paulo, p. 222-259, 2001.

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. Reforma gerencial do Estado, teoria política e ensino da administração. **Revista gestão e políticas públicas**. N.2, p. 2-6, 2011.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Curso de direito administrativo**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

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.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Concessão de serviços públicos**. São Paulo: Dialética, 1997.

LIMA JUNIOR, Olavo. As reformas administrativas no Brasil: modelos, sucessos e fracassos. **Revista do Serviço Público**. Vol. 49, n.2, p. 5-32, 1998

LUSTOSA DA COSTA, Frederico. Brasil: 200 anos de Estado; 200 anos de administração pública; 200 anos de reformas. **Revista de Administração Pública – RAP**. Rio de Janeiro, n.42, p. 829-874, 2008.

MATIAS-PEREIRA, José. **Manual de gestão pública contemporânea**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MATIAS-PEREIRA, José. Controle de contas e transformação da administração pública. **Este fascículo é parte integrante do Curso Controle Cidadão - Fundação Demócrito Rocha I Universidade Aberta do Nordeste**. N.26, 2014.

MATIAS-PEREIRA, José. **Administração Pública: foco nas instituições e ações governamentais**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2018.

MATOS DRUMOND, Alexandre; RAMOS SILVEIRA, Suely de Fátima; SILVA, Edson Arlindo. Predominância ou coexistência? Modelos de administração pública brasileira na Política Nacional de Habitação. **Revista de Administração Pública - RAP**. Vol. 48, n.1, p. 3-25, 2014.

MUNIZ, Cibele Cristina Baldassa. O princípio da eficiência na administração pública brasileira. **Prisma Jurídico**. São Paulo, n.6, p. 85-100, 2007.

NUNES, E. **A gramática política do Brasil**: clientelismo e insulamento burocrático. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.

PEREZ, Reginaldo Teixeira; FORGIARINI, Giorgio. A administração pública no Brasil moderno: os modelos burocrático e gerencial. **Ensaio FEE**. Porto Alegre, Vol. 37, n.1, p. 283-304, 2016.

SILVA, J. A. da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Súmula Vinculante nº 13. **STF: Supremo Tribunal Federal**. Acesso em: 14/09/2019. Disponível em: <www.stf.jus.br>.

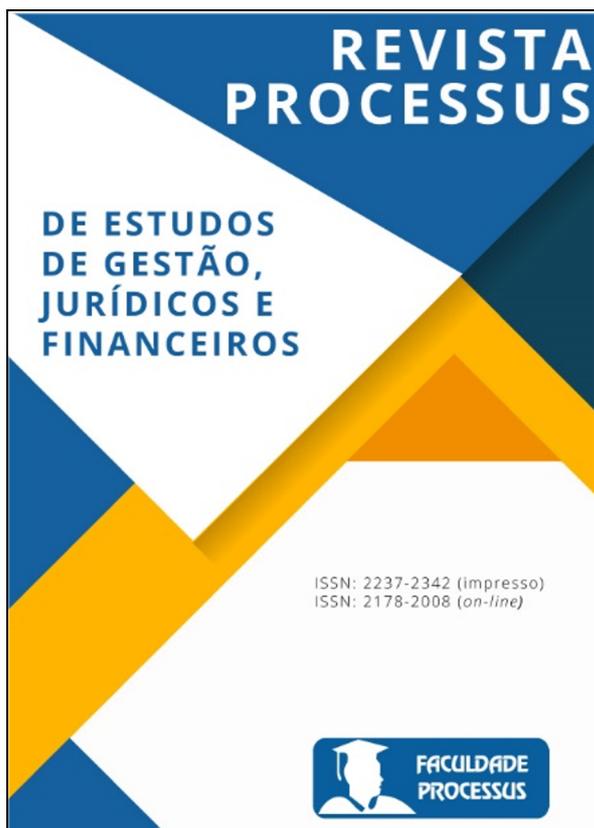
TORRES, Marcelo Douglas de Figueiredo. **Estado, democracia e administração pública no Brasil**. Rio de Janeiro: FGV, 2004.

WAHRLICH, Beatriz M. de Sousa. Reforma administrativa federal brasileira: passado e presente. **Revista de Administração Pública – RAP**. Rio de Janeiro, n.8, p. 27-75, 1974.

WEBER, Max. **Ensaio de sociologia**. Tradução de Waltensir Dutra. 5. ed. Rio de Janeiro: Guanabara, 1982.

WEBER, Max **Economia e sociedade**: fundamentos da sociologia Compreensiva. Brasília: Universidade de Brasília, 1994.

WEBER, Max. **Economia e sociedade**. Brasília: Universidade de Brasília, 1999.



Revista Processus de Estudos de Gestão, Jurídicos e Financeiros

ISSN: 2237-2342 (impresso)

L-ISSN: 2178-2008 (on-line)

Tramitação editorial:

Data de submissão: 20/09/2020

Data de reformulação: 03/10/2020

Data de aceite definitivo: 08/10/2020

DOI: <https://doi.org/10.5281/zenodo.4086376>

Data de publicação: 13-10-2020

A INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL E SEUS REFLEXOS NA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL¹

CONSTITUTIONAL INTERPRETATION AND ITS REFLECTIONS ON CONSTITUTIONAL MUTATION

*Álvaro Osório do Valle Simeão²
Ludimilla Esteves de Oliveira³
Eduardo Jhonny Lustosa Regis⁴*

Resumo

O tema deste artigo é a interpretação constitucional e seus reflexos na realização da mutação constitucional. Investigou o seguinte problema: como a interpretação constitucional pode interferir na mutação constitucional? Cogitou a seguinte hipótese:

¹ © Todos os direitos reservados para a Revista Processus, cujas citações deste artigo são permitidas desde que citada a fonte. Artigo de Revisão de Literatura elaborado como TCC do curso de Direito da Faculdade Processus no ano de 2019, sob orientação metodológica do professor MSc. Jonas Rodrigo Gonçalves.

² Doutorando em Direito pelo Centro Universitário de Brasília - UniCEUB; Mestre em Direito das Relações Internacionais pelo Centro Universitário de Brasília – UniCEUB; Pós-graduado em Direito Processual Civil pela Universidade Cândido Mendes – RJ; Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Piauí. Advogado Geral da União. Escritor (autor de diversos artigos publicados em periódicos). CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1603916573234996>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1693-1139>. E-mail: alvarosorio1@hotmail.com.

³ Graduada em Direito pela Faculdade Processus. CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6084463425807236>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6691-3150>. E-mail: ludimillaeoliveira@gmail.com.

⁴ Graduando em Direito pela Faculdade Processus. CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2402919033910010>. E-mail: eduqjhonny@gmail.com.

a inobservância de limites principiológicos e semióticos na interpretação constitucional impacta diretamente na mutação constitucional. O objetivo geral é analisar quais são os reflexos da interpretação constitucional para a mutação constitucional. Os objetivos específicos são: permitir uma reflexão sobre a arte de interpretar a constituição; demonstrar as dificuldades existentes no exercício interpretativo do texto constitucional; apresentar os impactos gerados pela inobservância de limites na interpretação constitucional. Este trabalho é importante para o operador do Direito porque provoca a reflexão sobre o quanto a interpretação constitucional interfere diretamente na prática profissional. Para a ciência, é relevante porque há a necessidade de manter vivo o debate sobre a interpretação constitucional, bem como propor uma reflexão constante sobre as implicações geradas por interpretações equivocadas e exacerbadas do texto constitucional. Agrega à sociedade, pois a interpretação constitucional deve estar comprometida com a análise de um conjunto de fatores na busca incessante de uma interpretação que seja mais fidedigna à Carta Magna e mais próxima dos anseios do povo. Trata-se de uma pesquisa qualitativa teórica com duração de seis meses.

Palavras-chave: Interpretação. Constitucional. Mutação. Constituição. Estado.

Abstract

The theme of this article is "the constitutional interpretation and its reflections on constitutional mutation". The following problem was investigated: "How can constitutional interpretation interfere with constitutional mutation?". The following hypothesis was considered "the non-observance of principio logical and semiotic limits in constitutional interpretation generates direct impacts on constitutional mutation." The general objective is "to analyze what are the reflexes of constitutional interpretation for constitutional change". The specific objectives are: "to allow a reflection on the art of interpreting the constitution"; "demonstrate the difficulties existing in the interpretative exercise of the constitutional text"; "present the impacts generated by non-compliance with limits on constitutional interpretation." This work is important for an operator of law because it provokes reflection on how much constitutional interpretation directly interferes in professional practice; for science, it is relevant because there is a need to keep alive the debate on constitutional interpretation, as well as to propose a constant reflection on the implications generated by misinterpretations and exacerbated of the constitutional text; adds to society by the fact that constitutional interpretation must be committed to analyzing a set of factors in the incessant search for an interpretation that is more reliable to the Magna Carta and that is closer to the wishes of the people. This is a theoretical qualitative research lasting six months.

Keywords: Interpretation. Constitutional. Mutation. Constitution. State.

Introdução.

O Direito Constitucional é um direito vasto e muito rico de significantes e significados. Sua razão de ser está na mistura da letra da lei com a circunstâncias sociais que lhe dão vida. Por isso, a tarefa de interpretar a Constituição   ao mesmo

tempo árdua e relevante, uma vez que requer muito mais do que apenas dizer o que é direito, é preciso realizá-la com cautela para não ferir sua essência.

A Constituição em face de sua superioridade é considerada o fundamento da ordem jurídica de qualquer Estado, no entanto é necessário que tenha certa estabilidade, pois qualquer alteração sem a mínima sistematização pode acarretar instabilidade político-jurídica (VARGAS, 2014, p. 19).

Este artigo propõe responder ao seguinte problema: como a interpretação constitucional pode interferir na mutação constitucional? A interpretação constitucional tem o dever de explorar o texto e seus múltiplos significados, entretanto qualquer equívoco cometido no processo interpretativo pode impactar negativamente, gerando uma modificação inconstitucional.

Dessa forma, seja no processo de interpretação ou na integração do texto constitucional, o magistrado pode extrapolar em sua atribuição realizando uma mutação inconstitucional, ainda que envolva de falsa legitimação por ter sido processada de acordo com fatos sociais (SIMEÃO E COELHO, 2019, p. 83).

O artigo, a partir do problema em questão levantou a hipótese de que a inobservância de limites principiológicos e semióticos na interpretação constitucional impacta diretamente na realização da mutação constitucional. Ora, se o intérprete não for diligente e não estiver comprometido em respeitar os limites do texto constitucional poderá arrancar-lhe o espírito.

Nesse sentido, a Constituição não pode ser adentrar a relatividade subjetiva. Requer que sua interpretação seja a partir do texto, e não contra ele. Assim, é preciso um esforço hermenêutico, com critérios de razoabilidade, sempre que esse processo ocorrer (SIMEÃO E COELHO, 2019, p. 88).

O Objetivo Geral desse trabalho é analisar quais são os reflexos da interpretação constitucional para a mutação constitucional. O exercício de dar sentido ao tentar extrair do texto constitucional possibilidades, deve ser realizado com extrema cautela, uma vez que as interpretações que alteram o sentido do texto geram decisões e essas, viesadas ou não, impactam toda a sociedade quando são aplicadas.

O exercício do magistrado para compreender e interpretar a lei reivindicará sempre sua posterior aplicabilidade. Nesse sentido, a tarefa interpretativa representa também a concretização da lei na especificidade de cada caso. Sendo assim, a aplicação não é elemento derradeiro no processo de compreensão, mas é fundamental desde o seu início (GADAMER, 1977, p. 51).

Os Objetivos Específicos deste trabalho são permitir uma reflexão sobre a arte de interpretar a constituição; demonstrar as dificuldades existentes no exercício interpretativo do texto constitucional; apresentar os impactos gerados pela inobservância de limites na interpretação constitucional.

Apesar de ser uma obra aberta, a Constituição não pode ser interpretada de maneira livre, pois essa atitude contrariaria a teleologia do próprio Estado. Fato que abarca a dificuldade do intérprete, que mesmo com o amplo domínio da linguagem não pode exorbitar os parâmetros estabelecidos pelo constituinte, para não criar materialidade constitucional e alterar pontos fundamentais na forma de ser do Estado (SIMEÃO E COELHO, 2019, p.84).

A importância dessa pesquisa está em provocar uma reflexão sobre o quanto a interpretação constitucional pode interferir na prática profissional. Além disso, mostra a necessidade de o operador do direito compreender os múltiplos reflexos de uma decisão judicial interpretada equivocadamente.

A relevância dessa pesquisa para a ciência, sobretudo para o mundo jurídico, está na necessidade de manter vivo e constante o debate sobre a interpretação constitucional, bem como fomentar a proposição de limites e critérios a fim de evitar implicações geradas por interpretações equivocadas e exacerbadas do texto constitucional.

Essa pesquisa contribui para a sociedade porque além de enriquecer o debate jurídico demonstra a necessidade de uma interpretação constitucional comprometida em não apenas expor o direito, mas sobretudo em analisar o conjunto de fatores que permeiam o caso concreto, buscando uma interpretação que seja mais fidedigna à Carta Magna e mais próxima dos anseios do povo.

Foi realizada uma pesquisa teórica, bibliográfica, fundamentada tanto em artigos científicos quanto em livros acadêmicos de autores renomados e estudiosos que são referências no tema, bem como na Constituição Federal.

Para a pesquisa foram selecionados três artigos científicos, dois deles extraídos da busca no Google Acadêmico a partir das expressões Mutações Constitucionais e Interpretação Constitucional, e um artigo recebido fisicamente, oriundo do grupo de pesquisa em Direito Constitucional, dois livros acadêmicos, e a Lei Magna.

Foram utilizados como critério de exclusão artigos científicos, trabalhos de autores mestres ou doutores, devidamente publicados em revistas acadêmicas com

ISSN. A revisão de literatura foi realizada em três etapas no período de seis meses. No primeiro mês foi levantado o referencial teórico, nos três meses seguintes houve a revisão de literatura e nos últimos meses foram elaborados os elementos pré-textuais e pós-textuais.

A pesquisa é qualitativa, na qual renomados autores e estudiosos apresentaram os dados obtidos por meio de pesquisas bibliográficas, nas quais destacaram os trechos que consideraram mais relevantes.

A pesquisa bibliográfica é um excelente caminho para a formação científica e conseqüentemente para uma construção teórica de qualidade sobre qualquer estudo. Essa modalidade de pesquisa procura conhecer, analisar e explicar determinado assunto, tema ou problema mediante referências sólidas, como livros, revistas, periódicos e anais de congressos. É considerada uma estratégia muito eficaz para a realização de pesquisa científica.

A Interpretação Constitucional e seus reflexos na Mutação Constitucional.

O fundamento do ordenamento jurídico é a norma e a Constituição é a lei maior responsável por validar todas as outras leis. No entanto, compreendê-la é um exercício árduo, pois são múltiplas as possibilidades de interpretação, não há consenso sobre seu objeto ou conteúdo, e os conceitos sobre ela representam apenas parte de um todo (VARGAS, 2014, p.17).

Segundo Canotilho, o Direito Constitucional é vivo e não é reduzido ao seu aspecto formal de documento escrito e estabelecido. São os costumes, a atividade legislativa e a jurisprudência que dão vida e justificam a existência do texto constitucional, uma vez que são responsáveis por mudanças informais da Carta Política (GOMES CANOTILHO, 2003, p. 1.139).

Ademais, o Estado Constitucional foi desenvolvido para se adaptar às novas realidades, sobretudo diante de uma Constituição rígida e formal. Todavia, vale ressaltar que além da atuação do Legislador, a prática política tem demonstrado que existem outras formas de modificação do texto constitucional, afora o complexo processo legislativo (VARGAS, 2014, p.28).

Diante da realidade cambiante, que é fator preponderante para a manutenção da força normativa da Carta Magna, é relevante o papel de modelar os sentidos do

texto contribuindo para a longevidade do texto constitucional. Essa elasticidade permite que por meio de processos informais de modificação da Constituição, haja a manifestação do poder constituinte difuso. Esse fenômeno é denominado mutação constitucional (LABAND, 1895).

A mutação constitucional é definida como a atividade de interpretar o texto constitucional, dando a ele novo o sentido, sem violar seu texto. É sem dúvida o melhor recurso utilizado para promover a atualização da letra da lei diante das permanentes demandas sociais, pois o processo legislativo além de complexo é extremamente moroso.

No entanto, esse fenômeno requer que sejam estabelecidos limites para que o exercício político de transformar o sentido do texto não incorra no aniquilamento da estabilidade e do carácter imperativo da Constituição, justificado pelo triunfo da facticidade. Reconhecer as necessidades de impor limites é essencial para resguardar a soberania da Lei maior e do regime democrático (SIMEAO E COELHO, 2019, p.77).

Nesse sentido, é imprescindível que a práxis política não destoe, em conteúdo ou forma, de sua base que é o princípio e a razão de sua existência e validade. A função dos órgãos ao materializar normas programáticas e direitos fundamentais e, até mesmo, no controle de constitucionalidade dos atos políticos é preservar a força normativa e sociológica da Carta Política (SIMEAO E COELHO, 2019, p.78).

No Brasil, os juízes diante de casos judiciais concretos são intérpretes objetivos do texto constitucional. Com isso, jurisdicionados em situações idênticas podem ter provimentos antagônicos decorrentes de interpretações opostas da Constituição por diferentes magistrados, mesmo que essas decisões divergentes representem uma afronta para a isonomia material (SIMEAO E COELHO, 2019, p.78).

O Direito é um fenômeno cultural cuja realidade imprime significado ao seu objeto de conhecimento. Não é possível tratá-lo como um estudo por meio do método empírico-indutivo, visto que o descumprimento da lei não resulta necessariamente em disposição em contrário, como ocorre na lei da física que manifesta só o que é. Na lei jurídica, a validade da experiência está naquilo que deve ser, ou seja, a eficácia neste caso não é condição de validade (COELHO, 2011, p. 12).

Ademais, segundo o Professor Inocêncio Mártires Coelho “é somente graças ao trabalho hermenêutico de ajustamento entre normas e fatos, tarefa em que se fundem, necessária e inseparavelmente, a compreensão, a interpretação e a

aplicação dos modelos jurídicos, que se põe em movimento o processo de ordenação jurídico-normativa da vida social, porque é precisamente no ato e no momento da interpretação-aplicação que o juiz desempenha o papel de agente redutor da distância entre a generalidade da norma e a singularidade do caso concreto” (COELHO, 2011, p. 12).

É fundamental que o judiciário procure incansavelmente estreitar o distanciamento entre a norma e o caso concreto. Apesar de ser uma tarefa árdua, o juiz não pode extrapolar os limites impostos no processo hermenêutico, para o exercício do poder constituinte difuso sob a justificativa de fazer justiça.

Hans-Georg Gadamer afirma que o exercício de compreender requer sempre aplicar, alega que a tarefa interpretativa significa concretizar a lei na especificidade de cada caso, ou seja, em sua aplicação. No processo da compreensão, a aplicação não é elemento derradeiro, mas determinante desde o início do processo e essencial para todo o seu conjunto (GADAMER, 1977, p. 51).

Nascimento e Maia exemplificam essa tarefa interpretativa diante da caótica situação política pós-moderna. Para eles, o Estado, como possuidor do monopólio jurisdicional, acaba sendo a única instância que o cidadão pode acessar para exigir e reclamar direitos, bem como melhores condições. Assim, um sistema aparentemente democrático cujas práticas são distorcidas e que valida a desarticulação entre o elemento humano e a garantia dos direitos fundamentais é mantido por conveniência. Nesse aspecto, a impossibilidade de uma frente política forte que resguarde direitos dá lugar a vulnerabilidade de grupos heterogêneos e a dificuldade de representação dessa diversidade fragmentária (NASCIMENTO E MAIA, 2008, p. 2).

Sobrinho e Filho apontam que rotineiramente discursos e ações são propostos nos parlamentos e tribunais em favor da satisfação das necessidades humanas das classes sociais menos abastadas. Entretanto, na prática, viabilizar melhores oportunidades na educação, na saúde, na empregabilidade, e na proteção social parece pouco efetivo, pois na maioria das vezes esses direitos, apesar de garantidos constitucionalmente, precisam do acesso à justiça e do ativismo judicial dos magistrados para a efetivação (SOBRINHO E FILHO, p. 2).

É imprescindível aos operadores do direito compreender os reflexos da atividade hermenêutica e todo seu significado no processo de trabalho. O exercício diário do Direito requer a prática constante de atos para viabilizar e garantir os direitos fundamentais em defesa da justiça. É necessário um conhecimento vasto, para além

da mera aplicabilidade da lei com o objetivo de estreitar o distanciamento amplamente aceito e validado entre as normas e os casos concretos.

Como o regime democrático é o regime da legalidade, caso haja alguma violação de direito ou mesmo que o Poder Executivo pratique alguma ilegalidade, é dever do Poder Judiciário apreciar o direito ferido para garanti-lo (MENDES, 2004, p. 8).

Independentemente das fontes formais que a originam, a Constituição, em sentido material, representa o conjunto de normas existentes para regular a estrutura do Estado e da sociedade. Nesse aspecto, o grande questionamento é se de fato existe direito constitucional material cujas fontes não sejam constitucionais (QUEIROZ, 2009, p. 123).

Na realidade, o conceito material do texto constitucional revela diferentes mecanismos de complementação, desenvolvimento e aperfeiçoamento da Constituição e do próprio direito constitucional, sobretudo no que tange ao processo de interpretação e concretização das normas e dos princípios constitucionais (QUEIROZ, 2009, p. 125).

Segundo Vargas, existe uma dualidade na Carta Magna que está representada de um lado, pela consolidação de um documento solenemente escrito, a constituição formal e, do outro lado, pela constituição material caracterizada pelas normas referentes aos assuntos fundamentais (VARGAS, 2014, p. 27).

Segundo Bastos, o exercício interpretativo representa o “fator de desenvolvimento e atualização das normas”. Portanto, o ordenamento jurídico não é hermético, mas altamente dinâmico, pode ser caracterizado como o retrato do progresso decorrente das transformações da realidade social (BASTOS, 2007, p. 145).

A Constituição se mantém viva pela renovação constante, oriunda das transformações sociais, e tem na mutação constitucional a principal via para a adequação do texto solene às respostas esperadas pelas demandas decorrentes da realidade social. Esse é um processo cíclico que gera vida, dando vitalidade ao texto e alimentando a norma.

No Brasil, como a custódia da Constituição é desempenhada por qualquer magistrado investido de jurisdição, da primeira instância até os Tribunais Superiores, todos os juízes são intérpretes objetivos da Lei Maior e o desempenho da atividade

hermenêutica deve estar comprometido com as alterações sociais, a fim de garantir a efetividade da Constituição (SIMEAO E COELHO, 2019, p.80).

Nesse aspecto, garantir a efetividade no processo de aplicação da Constituição significa dizer que cabe ao intérprete compreendê-la e aplicá-la para aproximá-la da sociedade, mediante linguagem acessível acompanhada de uma explicação razoável, especialmente quando for necessário explicar as razões utilizadas para esse ou aquele sentido (SIMEAO E COELHO, 2019, p.81) .

É importante destacar que a força normativa do texto constitucional ocorre por meio da parametrização constante da norma e da realidade, a norma é representada pelo objeto que quer regular. A relação entre o intérprete e a Constituição é simbiótica, uma vez que a Constituição se permite mudar, porém obedecendo os limites para não incorrer na quebra do paradigma democrático (SIMEAO E COELHO, 2019, p.81).

Segundo os interpretativistas, aqueles que consideram incompatível com a democracia a criatividade judicial que ultrapassa o significado linguisticamente possível, legitimando dessa forma juízes a exercerem a atividade legislativa cujo exercício deve ser restrito aos representantes do povo, interpretar é simplesmente o ato de aplicar a norma com o sentido e o alcance atribuídos pelos representantes legítimos do povo (COELHO, 2011, p. 96).

Sendo assim, para os interpretativistas, já que na democracia representativa a criação de normas é uma atividade política exercida pelos órgãos legitimados, haveria um desequilíbrio na balança, sobretudo no que tange a separação dos poderes. Se aos magistrados fosse dado o poder de criar normas ao invés de simplesmente aplicá-las, haveria incompatibilidade com a ordem jurídico-política delineada pelo constituinte (COELHO, 2011, p. 96).

Diante disso, surgem as críticas ao ativismo judicial, considerado um subproduto indesejável da interpretação constitucional, visto que seus ativistas atribuem como obsoletos alguns paradigmas e ao julgarem mercedores de substituição, justificam a escolha à luz da própria Constituição (COELHO, 2011, p. 97).

Para os interpretativistas, o ativismo judicial é uma aberração, todavia do ponto de vista do direito, clama por justiça se de fato essa atitude do magistrado fere o texto constitucional no que tange a busca por respostas emergenciais sobretudo no âmbito dos direitos fundamentais. Ora, exemplo disso é aquele paciente que espera por um leito de UTI, mas tem seu direito à vida violado por condições objetivas, ou melhor,

pela falta de condições do Estado em prover o referido leito. É importante analisar as situações em suas especificidades e balizar mediante o caos da realidade social se esse ativismo seria de fato nocivo aos preceitos estabelecidos na Carta Magna.

Há os não interpretativistas, para eles o sentido material da Constituição agrega outros valores substantivos, como a justiça, a igualdade e a liberdade, ou seja, não se restringe somente ao valor da democracia. Diante de um texto constitucional constituído por enunciados abertos e indeterminados que se torna realmente efetivo apenas com a intervenção de seu aplicador, é válido concluir que há duas possibilidades, ou concede liberdade ao intérprete para concretizá-los, ou abre mão da pretensão de manter viva a Constituição (COELHO, 2011, p. 97).

Nessa perspectiva, para os que defendem o ativismo judicial, a legitimidade dos magistrados no processo de criação judicial do direito é adquirida no exercício da jurisdição mediante o controle de seu comportamento, diferentemente da legitimidade inerente do Parlamento (COELHO, 2011, p. 102).

O controle é essencial para a legitimação da Lei Maior, uma vez que o próprio ativismo judicial representa muitas vezes a concretização do ideal de justiça tão almejado pelo povo. É na realidade um exemplo da materialização de uma norma até então morta no texto, que quando aplicada ao caso concreto se traduz em direito, atribuindo verdadeiro significado à Constituição.

O significado de Constituição depende do processo hermenêutico responsável por desvendar o conteúdo de seu texto mediante o surgimento de novos paradigmas. A legitimidade constitucional, responsável pela instituição de uma nova sociedade, sobrepõe os conceitos de separação de poderes, soberania popular e maiorias parlamentárias. Há nesse ponto um redimensionamento da atividade jurisdicional e do próprio Poder Judiciário, visto que estão diante de uma Constituição múltipla, no que tange aos direitos individuais, coletivos e sociais, que ao exercer a prática jurídico-judiciária (só) nega a aplicação de tais direitos (STRECK, 2002, p. 27).

Tanto a gênese quanto a evolução dos conceitos de constituição e jurisdição reivindicam algumas variáveis relações jurídicas que transpõem os ditames expressos na Lei. Dessa forma, é compreensível a constante releitura dos direitos fundamentais diante da evolução e do surgimento de novos paradigmas (SOBRINHO E FILHO, p.7).

Quando o Supremo Tribunal Federal interpreta a Constituição restringindo o significado de alguma expressão literal ou colmatando alguma lacuna não quer dizer que declara a ilegitimidade da lei. O que ocorre é apenas um apontamento da

existência ou não de compatibilidade constitucional de uma dada interpretação. Assim, para ser considerada constitucional tanto poderá ser objeto de complementação, caso haja lacuna aberta, ou de restrição, caso haja alguma lacuna oculta de redução teleológica (MENDES, 2004, p. 15).

Um exemplo autêntico de mutação constitucional ocorre pela alteração do sentido sem a expressa modificação do texto. Se de um lado os juristas devem estar em permanente conexão com a realidade cambiante para resguardar o texto constitucional, à Corte suprema cabe além dessa mesma tarefa analisar a constitucionalidade para garantir segurança jurídica.

O Estado Constitucional evolui como um organismo vivo e se adapta às novas realidades. Apesar de sua Constituição ser rígida e formal, sua prática política permite variadas formas para a modificação do texto constitucional diante dos novos significados que surgem, independentemente da atuação do Legislador. A mais difundida é a mutação constitucional, fenômeno isento do complexo processo legislativo (VARGAS, 2014, p.28).

A mutação constitucional é uma mudança material oculta que ocorre paralela ao poder reformador. É um processo informal que altera o sentido, o significado e o alcance do texto constitucional, sem empreender qualquer reforma (VARGAS, 2014, p. 30).

Essas alterações informais se justificam cada vez mais, uma vez que, o direito é fato social e realidade psicológica e social em transformação. Ele regula os fatos da realidade social cambiante, essa realidade é imposta para todos, sejam governantes, sejam governados (VARGAS, 2014, p. 32).

Para Bonavides, a mutação constitucional é uma espécie de segundo poder constituinte originário em potencial, cuja origem é a própria realidade social e suas mais variadas expressões. Dessa forma, essa modificação informal representaria a transformação e o rejuvenescimento do texto constitucional pela facticidade do meio social (BONAVIDES, 2006, p. 187).

Bonavides de fato chegou a melhor definição de mutação constitucional apresentada até o momento, pois reconhece claramente que a modificação informal é a oxigenação necessária para a sobrevivência da Carta Magna. Nestes termos, esse poder constituinte originário em potencial é delimitado pelos aspectos sociais, econômicos e culturais que regem a sociedade.

É interessante refletir a razão da rigidez do texto constitucional. Segundo Bulos, essa rigidez expressa a desconfiança do constituinte originário em relação aos que exercerão o poder. Dessa forma, essa inflexibilidade do texto acaba estimulando os processos informais de mudança da Constituição pela interpretação (BULOS, 1997, p. 5).

Outra reflexão importante trazida por Konrad Hesse (2009, p. 111) é sobre a concepção de Constituição dinâmica, que na prática é a concretização da Constituição. Para o referido autor, a atualização informal, seja decorrente das liberdades negativas, ou pela execução de programas sociais é o modo mais eficaz de alinhar a velocidade da norma e a ocorrência dos fatos. A simbiose existente entre normatividade, efetividade e mutação constitucional é essencial para dar vida para a própria Constituição (SIMEAO E COELHO, 2019, p.83).

É importante compreender que o processo de interpretação consiste na integração do texto constitucional. O magistrado como guardião da Lei Maior deve exercer sua jurisdição diligentemente para não extrapolar os limites e incorrer em uma mutação inconstitucional que aparentemente é considerada legítima por sua aceitação, mas que esconde a consonância e a reciprocidade de fatos sociais (SIMEAO E COELHO, 2019, p.83).

O fato de a Constituição ser uma obra aberta não pressupõe que o intérprete que apresente domínio de sua linguagem a interprete de forma desiderativa e maliciosa, contrariando a teleologia existencial do Estado (SIMEAO E COELHO, 2019, p.83).

O interpretar não é tarefa fácil, pois além de demandar a habilidade na conciliação de diversos elementos requer uma atitude extremamente respeitosa diante do texto para que durante o processo não desvirtue o sentido precípua. Esse cuidado é fundamental para que não haja conflito e afronta à Lei superior.

A especificidade das mutações constitucionais decorre da conjugação entre a própria linguagem constitucional, seu caráter polissêmico e indeterminado, somada aos fatores externos como os econômicos, sociais e culturais. São fatores que ao interagirem com o texto constitucional produzem novas leituras da mensagem deixada pelo constituinte (COELHO, 2011, p. 165).

O jurista chinês Dau-Lin defende que a mutação constitucional representa um estado de incongruência, de um lado normas constitucionais e, de outro, a realidade constitucional. Segundo o autor, essa irregularidade pode ser causada: “a) mediante

uma prática estatal que não viola formalmente a Constituição; b) pela impossibilidade de se exercerem certos direitos estatuidos constitucionalmente; c) por uma prática estatal contraditória com a Constituição; ou, ainda, d) através de interpretação, situação de anormalidade que se normaliza ou se ultrapassa no curso da própria práxis constitucional” (Dau-Lin, 1932).

Por isso, todos os juristas, sejam intérpretes ou aplicadores da Constituição ao analisarem processos informais de criação do direito, pela via da interpretação, precisam ficar atentos ao limiar existente entre a nova leitura, cujos significados são mantidos no texto jurídico e as criações fraudulentas que inventam novos preceitos, fruto de um exercício interpretativo que transpõe o sentido literal dos enunciados jurídicos e transforma intérpretes em legisladores (COELHO, 2011, p. 168).

Essa atividade interpretativa requer o amadurecimento do embate político-jurídico, uma vez que impulsiona tanto a revisão, a mutação, a consolidação dos direitos constitucionais e a cultura política da sociedade moderna (CABRAL, 2009; ROSENKRANZ, 2010; SAMPAIO, 2002).

Analisar a cultura de uma sociedade contribui para a percepção dos costumes e dos posicionamentos que comandam e comandarão a vida dos indivíduos e dos grupos em determinado contexto social como uma espiral evolutiva (SOBRINHO E FILHO, p. 8).

Para Muller há distinção entre aplicação e concretização. Segundo o autor, interpretar o sentido literal é somente uma das etapas para a concretização da norma. Ela é construída pelo operador do direito durante o processo de concretização e não apenas aplicada. Dessa forma, concretizar significa produzir mediante o conflito social, pois requer um desfecho jurídico (MULLER, 2008, p. 55).

Konrad Hesse afirma que toda Constituição, embora tratada como mera construção teórica, tem em sua gênese o aspecto material que expressa sua força vital, seja no tempo, nas circunstâncias, ou em seu caráter nacional e por isso, requer apenas desenvolver-se (HESSE, 1991, p. 12-15).

A mutação constitucional é a principal via de interpretação do sistema político brasileiro. É operada por atores-intérpretes autorizados na Constituição Federal. Entretanto, para que ocorra sem afrontar a gênese da Lei Maior, pensada pelo constituinte, é necessário respeitar alguns limites (SIMEAO E COELHO, 2019, p.84).

O primeiro limite é a teleologia constitucional do Estado, decorre dos princípios e por isso veda a livre criação do intérprete. Pode dar sentido ao texto constitucional

e não criar deliberadamente uma norma constitucional. A criação da Constituição é tarefa privativa do povo, que pode ser realizada pela revolução legítima ou pela instituição de uma Assembleia Nacional Constituinte escolhida democraticamente com liberdade para discutir e deliberar. O intérprete, mesmo diante do plano dos fatos, não pode fabricar normas, pois isso o afastaria do Espírito da Constituição (SIMEAO E COELHO, 2019, p.86).

Existem também os limites normativos ou semióticos da fusão no âmbito histórico (Gadamer, 2002) muito próxima da teoria da semiose limitada (Umberto Eco, 2016) na qual o próprio texto impõe limites aos seus intérpretes. Segundo Umberto Eco, os limites da interpretação ajustam-se aos direitos do texto.

É importante pontuar o efeito radiante provocado pelo ato de interpretar a Constituição. É uma preocupação pertinente dos juristas diante das aberrações interpretativas. Mesmo que essas deformidades não sejam espreiadas por todo o ordenamento jurídico de uma só vez, a questão é que onde alcançam conseguem gerar grandes danos e desordens até saírem completamente de circulação (COELHO, 2011, p. 168).

Certamente essas novas interpretações denotam um mecanismo abreviado de criação do direito pelos reformadores de plantão, visto tentam atingir conteúdos fundamentais do texto constitucional. O constituinte originário, para proteger a Carta Política, para que não perca sua essência e identidade criou as cláusulas pétreas denominadas Garantias de eternidade. O art. 60, § 4º da Constituição Brasileira veda a deliberação e a proposta de emenda que pretenda abolir a forma Federativa do Estado: o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes; e os direitos e garantias individuais (COELHO, 2011, p. 168).

Mesmo consideradas as cláusulas pétreas, esses dispositivos não são independentes da compreensão de seus usuários, sejam cidadãos comuns ou destinatários oficiais como juízes, legisladores, autoridades administrativas que devem fidelidade à Carta Magna a fim de resguardar sua essência, tendo, portanto, o Supremo Tribunal Federal como seu guardião (COELHO, 2011, p. 169).

Além de guardião, o intérprete último da Constituição do Brasil é o Supremo Tribunal Federal. A Suprema Corte integra o sistema social. O processo de análise do STF sobre determinada norma precede a elegibilidade no âmbito normativo de fatos, valores, práticas e costumes que comunicados com o programa normativo da Carta

Magna permite a avaliação, e conseqüentemente a declaração do que é a real Constituição (SIMEAO E COELHO, 2019, p.91).

Não é qualquer ativismo ou oscilação na jurisprudência que resulta em mutação constitucional. É comum ocorrerem várias alterações informais, que mesmo apresentadas como politicamente estáveis contrariam limites e são contrárias ao conteúdo da própria Carta Política e, portanto, configuram-se em crime de responsabilidade (SIMEAO E COELHO, 2019, p.90).

Além da reflexão acerca do fenômeno da Mutação Constitucional e da dificuldade de encontrar limites para sua interpretação é preciso considerar que nosso país, nos últimos vinte anos, foi marcado pela politização da justiça e pela judicialização da política (SIMEAO E COELHO, 2019, p.90).

A problemática em limitar a interpretação constitucional e a obediência aos limites será sempre uma questão debatida no mundo do Direito, pois não é possível manter vivo o texto constitucional sem que haja constantemente sua oxigenação por meio de novas interpretações. Todavia, é a extrapolação dos intérpretes que gera entendimentos nocivos e muitas vezes contrários aos que o constituinte originário construiu como princípio basilar da Carta Magna.

Considerações Finais.

A Constituição é o maior patrimônio de um Estado. A partir dela é estruturada a sociedade. Entretanto, essa é uma relação simbiótica, uma vez que tanto o substrato social, como as transformações cotidianas são propulsores para manter viva a letra da Lei. Nesse contexto, refletir acerca da interpretação constitucional e seus reflexos na realização da mutação constitucional é vital.

A proposta deste artigo é apresentar o seguinte problema: como a interpretação constitucional poderia interferir na realização da mutação constitucional? Parte da hipótese de que a inobservância de limites principiológicos e semióticos na interpretação constitucional impacta na realização da mutação constitucional, sobretudo se o intérprete não for diligente quanto aos limites do texto constitucional.

O Objetivo Geral do trabalho foi analisar quais são os reflexos da interpretação constitucional para a mutação constitucional. Os Objetivos Específicos foram: permitir uma reflexão sobre a arte de interpretar a constituição; demonstrar as dificuldades existentes no exercício interpretativo do texto constitucional; apresentar os impactos gerados pela inobservância de limites na interpretação constitucional. Mesmo

considerada uma obra aberta, é possível observar que não podem ocorrer interpretações sem o mínimo de critério.

A importância dessa pesquisa consiste em provocar uma reflexão sobre o quanto a interpretação constitucional interfere na prática profissional, aponta a necessidade de manter vivo e constante o debate sobre a interpretação constitucional e fomenta a proposição de limites e critérios para impedir interpretações equivocadas do texto constitucional. Por fim, demonstra a necessidade de uma interpretação mais comprometida com a fidedignidade da lei ao mesmo tempo que atenda aos anseios dos indivíduos.

A interpretação constitucional é o caminho necessário diante da rigidez da Constituição Brasileira, representada pela complexidade e morosidade do processo legislativo. Foi possível compreender que o Direito não é uma ciência exata. É preciso analisar constantemente a norma para cada caso concreto.

Nesse compasso, a Mutação Constitucional é a alteração do sentido sem a modificação do texto constitucional, é de grande valia para toda a sociedade, por sua natureza na produção e modificação de valores. E espera prontamente respostas adequadas para as suas mais diversas demandas.

A ausência de definição de limites para a atividade interpretativa da Constituição é altamente prejudicial para toda sociedade, pois quando não há parâmetros para seguir, não se sabe até onde ir.

Por fim, ficou claro que a atividade do hermeneuta é árdua, porém necessária, sobretudo em um país como o Brasil, que cada vez mais politiza a justiça e judicializa a política.

Referências.

BRASIL. Constituição 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil:** promulgada em 5 de outubro de 1988.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Mutação constitucional.** São Paulo: Saraiva, 1997.

CABRAL, Francisco. **Controle de Constitucionalidade.** Salto: Schoba, 2009.

COELHO, Inocêncio Mártires. Interpretação Constitucional. **Série IDP (linha: pesquisa acadêmica).** 2011.

DAU-LIN. Hsü. **Die verfassungswandlung.** Munique e Leipzig: Walter De Gruyter Incorporated, 1932

GADAMER, Hans-Georg. **A razão na época da ciência**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

_____. **Verdad y método**. Salamanca: Sígueme, 1993; Petrópolis: Vozes, 1997.

_____. **Le problème de la conscience historique**. Paris: Seuil, 1996.

_____. **A ideia do bem entre Platão e Aristóteles**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

GIRARD, René. **Evolução e conversão**. São Paulo: É Realizações, 2011.

GOMES CANOTILHO, J.J. Direito Constitucional e teoria da constituição. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003.

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.

LABAND, Paul. **Wandlugen der deustchen Reichverfassung**. Dresden: Zahn & Jaensch, 1895. p.2 (texto disponível em <http://reader.digitalesammlungen.de/de/fs1/object/display/bsb11127249_00005.html>). Acesso em: 17 mar. 2017.

MARTINS, Gilberto de Andrade; THEÓPHILO, Carlos Renato. **Metodologia da Investigação Científica para Ciências Aplicadas**. 2. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2009.

MENDES, Gilmar. O papel do Senado Federal no Controle de Constitucionalidade: Um Caso Clássico de Mutação Constitucional. **Doutrina Brasileira**. 2004, n.04.

NASCIMENTO, Rosa Maria Freitas de; MAIA, Alberto Jonathas. Falência do Estado e Privatização da Justiça: novos parâmetros e desafios da arbitragem no século XXI. **Portal Publica Direito**. 2008. Publica Direito. Disponível em: <http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=bcbe273f4a8b8801>. Acesso em: 14 jul.2015, 2:16.

QUEIROZ, Cristina. Direito Constitucional. As instituições do Estado Democrático e Constitucional. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2009.

ROSENKRANZ, Nicholas Quinn. The subject of the Constitution. **Stanford Law Review**, 2010. Vol. 62, Issue 5. P. 1209. Disponível em:
<http://poseidon01.ssrn.com/delivery.php?ID=334104065093093117020105074126102123039036077022086085028001091070094030120090110026035041039045052104054115125116072008119110102013037042081115064114116030066108034002005090098064079085095087005121121012094092126084085005107005024066024024108099&EXT=pdf&TYPE=2>. Acesso em: 27 jun. 2015.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **A constituição reinventada pela jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. Disponível em:
https://books.google.com.br/books?hl=pt-BR&lr=&id=CVPNyM4iurwC&oi=fnd&pg=PA9&dq=jurisdi%C3%A7%C3%A3o+constitucional&ots=_PIZt8R2_&sig=2zYRml29oNL6ld5tY1jceazTWYQ#v=onepage&q=jurisdi%C3%A7%C3%A3o%20constitucional&f=true. Acesso em: 7 jun. 2015, 1:41.

SIMEÃO, Álvaro Osório do Valle. COELHO, Inocêncio Mártires. Limites da Mutação Constitucional pela via da interpretação: uma proposta de catalogação e definição. **Revista da AGU**. 2019, Vol.18, n. 04.

SOBRINHO, Afonso Soares de Oliveira. FILHO, Clarindo Ferreira Araújo. Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais: Desafios do Acesso à Justiça. **Semidi**. Livro 6. www.lo.unisal.br/direito/semidi/publicacoes/livro6.

VARGAS, Denise Soares. Mutação constitucional via decisões aditivas. **Série IDP (linha: pesquisa acadêmica)**. 2014.



**Revista Processus de Estudos de
Gestão, Jurídicos e Financeiros**

ISSN: 2237-2342 (impresso)

L-ISSN: 2178-2008 (on-line)

Tramitação editorial:

Data de submissão: 17/09/2020

Data de reformulação: 27/09/2020

Data de aceite definitivo: 09/10/2020

DOI: <https://doi.org/10.5281/zenodo.4086571>

Data da publicação: 13-10-2020

CONTRATAÇÃO EMERGENCIAL NO DISTRITO FEDERAL: ANÁLISE DA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 961, DE 6 DE MAIO DE 2020; LEI FEDERAL Nº 13.979, DE 6 DE FEVEREIRO DE 2020, E POSICIONAMENTO DA PROCURADORIA-GERAL DO DISTRITO FEDERAL

*Izaildo Feitosa Feltrini¹
Jonas Rodrigo Gonçalves²
Lúcio Carlos de Pinho Filho³*

¹ Licenciado em Letras, pela Universidade de Brasília e Direito, pela Faculdade Processus. Gestor de Políticas Pública e Gestão Governamental no Distrito Federal. Pós-graduado em Direito Administrativo, Civil e Processos. Autor de vários artigos nas áreas de Licitação e Contratos e Programa de Integridade e Compliance.. CV Lattes: <<http://lattes.cnpq.br/3438253818954960>>. ORCID: <<https://orcid.org/0000-0002-3561-0402>>. E-mail: <izaildof@yahoo.com.br>.

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). CV Lattes: <<http://lattes.cnpq.br/6904924103696696>>. ORCID: <<https://orcid.org/0000-0003-4106-8071>>. E-mail: <jonas.goncalves@institutoprocessus.com.br>

³ Aluno do curso de mestría en Desarrollo Humano da Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales–FLACSO (Argentina) como bolsista da Organização dos Estados Americanos – OEA, com especializações *lato sensu* diversas. Discente na Faculdade Processus, do curso de Bacharelado em Administração Pública. Docente do curso de Bacharelado em Ciências Contábeis da Faculdade Processus. Auditor de Controle Interno, Diretor do Departamento de Controle Interno da Defensoria Pública do Distrito Federal – DPDF/DCI e Presidente do Comitê de Auditoria da Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares – EBSERH. CV: <<http://lattes.cnpq.br/7548673629065244>>. ORCID: <<https://orcid.org/0000-0002-3357-4110>> E-mail: <lucio.filho@institutoprocessus.com.br>.

EMERGENCY CONTRACTING IN THE FEDERAL DISTRICT: ANALYSIS OF PROVISIONAL MEASURE NO. 961, OF MAY 6, 2020; FEDERAL LAW NO. 13,979, OF FEBRUARY 6, 2020, AND POSITIONING OF THE ATTORNEY GENERAL OF THE FEDERAL DISTRICT

Resumo

O surto pandêmico de Covid-19 (SARS-CoV-2) motivou o Brasil a adotar medidas urgentes de enfrentamento. Uma delas é a alteração das normas de Licitações e Contratos Públicos, com o objetivo de proceder com contratações mais céleres e eficazes. As referidas normas e orientações dos órgãos jurídicos não conseguem viabilizar segurança jurídica necessária para proceder com as contratações excepcionais. O presente estudo aponta falhas e omissões referentes aos normativos e orientações editados e proporá sugestão de temas que precisam ser mais bem detalhados pelos legisladores, órgãos consultivos jurídicos e órgãos de controle e fiscalização.

Palavras – Chave: Contratação. Licitação. Covid-19.

Abstract

The pandemic outbreak of Covid-19 (SARS-CoV-2) motivated Brazil to adopt urgent coping measures. One of them is changing rules for Biddings and Public Contracts, with the objective of proceeding with faster and more efficient contracts. The retracted rules and guidelines made from the public legal advicer are unable to provide the correct legal counseling necessary to proceed with exceptional contracts. This present study points out flaws and omissions related to the edited norms and advices and will propose suggestions for topics that need to be better detailed by legislators, public attorney, auditor, judge and prosecutor.

Keywords: Contracts. Biddings. Covid-19.

Resumen

El brote pandémico de Covid-19 (SARS-CoV-2) motivó a Brasil a adoptar medidas urgentes de afrontamiento. Una de ellas es la alteración de las reglas para Licitaciones y Contractos Públicos, con el objetivo de proceder con contratos más rápidos y eficientes. Las normas y directrices mencionadas por los organismos legales no pueden proporcionar la seguridad jurídica necesaria para proceder con contratos excepcionales. El presente estudio señala fallas y omisiones con respecto a las normas y directrices publicadas y propondrá sugerencias sobre temas que deben ser detallados por los legisladores, los organismos de asesoramiento jurídico y los organismos de control e inspección.

Palabras Claves: Contracto. Licitación. Covid-19.

1. Introdução

Em meados de dezembro para início de janeiro, a mídia nacional noticiava surgimento de um novo vírus, chamado coronavírus, que estava

devastando a China, com epicentro na cidade de Wuhan⁴. Tal vírus se alastrou pelos 05 (cinco) continentes, fazendo com que a Organização Mundial da Saúde - OMS declarasse, em 30 de janeiro de 2020, que o surto da doença causada pelo novo coronavírus (Covid-19) constituía uma “Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional” – o mais alto nível de alerta da Organização, conforme previsto no Regulamento Sanitário Internacional. Em 11 de março de 2020, o Covid-19 foi caracterizada pela OMS como uma pandemia.

Segundo dados da Organização Pan-Americana de Saúde - OPAS⁵, foram confirmados no mundo 4.170.424 (quatro milhões, cento e setenta mil, quatrocentos e vinte e quatro) casos de Covid-19 (81.577 – oitenta e um mil, quinhentos e setenta e sete - novos em relação ao dia anterior) e 287.399 (duzentas e oitenta e sete mil, trezentos e noventa e nove) mortes (4.245 – quatro mil, duzentas e quarenta e cinco - novas em relação ao dia anterior) até 13 de maio de 2020.

Com todo esse cenário de crise mundial impactou, no Brasil, em especial no epicentro da pandemia, eixo Rio-São Paulo⁶, de sobre modo, a ponto de estimular uma série de medidas que contribuíssem para o enfrentamento da pandemia na União, Estados, Distrito Federal e municípios.

Neste presente estudo será feita uma análise do impacto da pandemia nas contratações públicas, trazendo informações sobre o modelo adotado atual e as adaptações que surgiram, para fins de trazer celeridade nas contratações de insumos e prestações de serviços que, direta ou indiretamente, contribuíssem para o enfrentamento do Covid-19.

As alterações mais marcantes, no ponto de vista da contratação emergencial, abre a discussão sobre questões que, por décadas, são duramente criticadas no âmbito da gestão pública, referente ao enrijecimento excessivo das normas, que inviabiliza a operacionalização técnica da contratação, ora pela ignorância ou falta de equipe técnica especializada para elaborar projetos ou estudos técnicos; ora pela impossibilidade de executar exigências excessivas quanto à delimitação de procedimentos desnecessários ou perda de tempo nos longínquos prazos para efetivação da firma de um contrato administrativo.

Casos concretos, como acima explicitados, dentre vários outros, serão abordados na medida das análises da normas e orientações que foram publicadas ou divulgadas, partindo das mais recentes, correlacionando-as com as demais vigentes, mostrando posicionamento crítico no tocante à elaboração e espírito da norma⁷; excessos e omissões, assim como exigências consideradas inócuas ou excessivas.

No que tange às normas, será apresentado um paralelo entre as normas de contratação pública vigentes, partindo da análise da Medida Provisória nº 961, de 6 de maio de 2020, que aumenta aos valores tetos da

⁴ Texto jornalístico que informa repercussão do Covid-19 na China e no mundo. Fonte: <https://www.uol.com.br/vivabem/noticias/bbc/2020/01/22/coronavirus-na-china-perguntas-e-respostas-sobre-a-doenca-que-matou-6.htm>, acessado em 1 de maio de 2020.

⁵ Fonte de dados extraídos:

https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6101:Covid19&Itemid=875, acessado em 1 de maio de 2020.

⁶ Fonte de dados extraídos: <https://Covid.saude.gov.br/> acessado em 14 de maio de 2020.

⁷ A expressão “espírito da lei” surgiu com Montesquieu, ao publicar o livro “O espírito das leis” em 1748. No caso em concreto, fará uma análise da metodologia exegética de interpretação da norma, cuja missão metafísica era de decifrar os ideais de aplicabilidade da norma ao caso em concreto.

contratação direta prevista nos incisos I e II do art. 24 da Lei federal nº 8.666 de 21 de junho de 1993 e autorizou a incidência da modalidade Regime Diferenciado de Contratação – RDC, instituído pela Lei nº 12.462 de 4 de agosto de 2011.

No cotejo da análise da contratação direta mencionada na referida Medida Provisória – MP; será evocada a Lei federal nº 13.979 de 06 de fevereiro de 2020 e sua alteração em decorrência da Medida Provisória nº 926, publicada em 20 de março de 2020, e, em especial, no âmbito do Distrito Federal – DF, a orientação dada pela Procuradoria-Geral do Distrito Federal – PGDF, através dos pareceres referenciais nº 1 e nº 2, publicados no ano corrente.

2. Contratações Públicas no Brasil e no Distrito Federal

A contratação pública, em regra, é procedimento administrativo com corolário norteador previsto no inciso XXI e no *caput* do art. 37 da Constituição Federal de 1988 – CF/88, onde define licitação como procedimento base, calcado nos princípios basilares de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

A lei federal nº 8.666/93 é norma de abrangência nacional, onde trata, com minúcias, regras e procedimentos e escolha de fornecedores e de contratação pública. No Distrito Federal, o Decreto nº 36.520 de 28 de maio de 2015 recepciona a lei federal, estabelecendo diretrizes e normas gerais de licitações, contratos e outros ajustes para a Administração Direta e Indireta do Distrito Federal.

Demais normas foram publicadas com a finalidade a atualizar e ampliar a atuação da Lei federal nº 8.666/93, tais como a Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, que prevê a modalidade Pregão às licitações; o Decreto nº 7.892, de 23 de janeiro de 2013, que regula o Sistema de Registro de Preços – SRP, previsto no art. 15 da Lei nº 8.666/93; a Lei 8.987 de 13 de fevereiro de 1995, que dispõe sobre o regime de concessões e permissões de serviços públicos; a Lei 11.079, de 30 de dezembro de 2004, que estabelece regime de parceria público-privado - PPP; e o RDC, instituído pela Lei nº 12.462 de 04 de agosto de 2011, conforme já citado no presente estudo.

No DF, ambas as normas supramencionadas foram recepcionadas e adaptadas à realidade local: o Decreto Distrital nº 23.430, de 16 de dezembro de 2002, recepciona a modalidade pregão; o Decreto Distrital nº 39.103, de 05 de junho de 2018, recepciona o Sistema de Registro de Preços; a Lei nº 3.792 de 02 de fevereiro de 2006 recepciona a Lei de Parcerias Público e Privado; a Resolução TCDF nº 290, de 14 de abril de 2016, orienta normas e procedimentos de contratação por PPP e concessões comuns; e a Lei nº 5.254, de 20 de dezembro de 2013, que recepciona o RDC.

Sem embargo, ainda que haja ferramentas que contribuam para a eficiência e celeridade nas contratações, ainda se vê diversos percalços que inviabilizam contratações públicas céleres e eficazes, ou que sejam alvos de questionamentos e investigações por irregularidades e ilegalidades.

No tocante à análise das ilegalidades nas contratações, Albuquerque cita modalidades de fraudes comuns em procedimentos licitatórios, a saber: acordo prévio entre os participantes, mais conhecido como cartel; dispensas indevidas de licitação e/ou direcionamento à fornecedores específicos, que oferece, ao agente público, percentual do valor contratado; ou superfaturamento de valores a serem contratados, trazendo imensurável prejuízo aos cofres

públicos. O autor, ao final de seu artigo, cita casos como a operação Lava Jato, com exemplos práticos de combinação de diversas ilegalidades que trouxe, a ainda traz forte repercussão Brasil afora.

No que cinge à questão estrutural da Administração Pública, os desafios e dificuldades encontram-se imbricados no mecanismo como um todo. Silva aponta várias dificuldades quanto à realidade do agente público que opera as licitações e contratações, ressaltando, como as principais, a falta de estrutura de trabalho; capacitação e envolvimento dos agentes em promover a célere tramitação dos autos; excesso de trabalho e ausência de equipes (organização interna).

No ponto de vista normativo, Egon Bockmann Moreira⁸, renomado jurista brasileiro, publica, na coluna jurídica da Gazeta do Povo, emblemático artigo intitulado “Não me fale da 8.666!”, reverberado no artigo escrito por Marçal Justen Filho⁹, chamado “Coluna da Gazeta do Povo – Mas temos muito ainda a falar sobre licitação”.

Ainda que, aparentemente ambos divergem o posicionamento sobre o normativo base de licitação no Brasil, eles convergem o entendimento referente a que a Lei nº 8.666/93 está ultrapassada, e que o poder legislativo vem buscando adaptar normas que possam sanar as principais críticas encontradas no normativo: o exagero de prazos e ritos vigentes; obrigatoriedade de aceitar a oferta mais barata, como sendo a mais vantajosa; publicação de projeto básico inalterável; exigência de documentação em demasia, dentre outros.

Cumprido esclarecer, por oportuno, que não é objetivo do presente estudo ressaltar todos os pontos críticos da aplicabilidade das normas de licitações e contratos existentes no Brasil, para isto, a descrição desses em um artigo seria deveras limitado, inviável e utópico. O objetivo central é trazer um panorama geral da realidade vivida, no âmbito interno da Administração Pública e na sociedade em geral, no presente momento de calamidade pública decretado em decorrência da pandemia por Covid-19.

Em suma, atualmente, há uma sobreposição de várias normas, que “tenta” dar agilidade aos procedimentos licitatórios, aliada a máquina pública gerida por agentes públicos que possuem diversas dificuldades para operacionalizar, com eficiência e celeridade, os procedimentos de licitação e contrato.

Observa-se, também, o destaque para os órgãos de controle interno e externo, o Ministério Público e Polícias Cíveis locais e federais, que vem atuando no sentido de investigar e coibir as práticas delitivas, assim como o Poder Legislativo, que está analisando, no âmbito das casas do Congresso Nacional – CN, a efetividade da Lei federal nº 8.666/93, onde já estuda e elabora a implementação de uma nova lei de Licitação e Contratos, que venha a suprir as principais dificuldades de operacionalidade das normas aos casos em concreto.

⁸ Fonte/; <https://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-e-direito/colunistas/egon-bockmann-moreira/nao-me-fale-da-8666-9nfwqt8ulixd3iuju366rjxgu/>, acessado em 14 de maio de 2020.

⁹ Fonte: <http://justenfilho.com.br/tags/lei-8666/>, acessado em 14 de maio de 2020.

3. Adaptações normativas em virtude da pandemia por Covid-19 no Distrito Federal

O DF, em 14 de março de 2020, três dias após a OMS declarar estado de pandemia em virtude do Covid-19, instituiu o Decreto nº 40.520, suspendendo eventos e atividades coletivas. Em 17 de março de 2020 publica o Decreto nº 40.525, instituindo Grupo Econômico para acompanhamento e apresentação de propostas de ações, face às medidas temporárias de prevenção ao contágio pelo novo Coronavírus (COVID 19), considerando a classificação de pandemia pela OMS.

Em relação à contratação pública, foi publicado, em 04 de março de 2020, o Decreto nº 40.486, que determina a realização de ações de controle sobre as contratações realizadas em caráter emergencial por dispensa de licitação e as despesas realizadas sem cobertura contratual pelos órgãos e entidades do Governo do Distrito Federal - GDF pela Controladoria-Geral do Distrito Federal – CGDF.

Foi publicado, também, o Decreto nº 40.584, de 1º de abril de 2020, que institui medidas de transparência e prioridade aos processos relativos à atual emergência em saúde pública e pandemia declarada pela Organização Mundial de Saúde (OMS), em decorrência do novo coronavírus (COVID-19).

O Decreto nº 40.626, de 15 de abril de 2020, acrescentou o inciso IV do §1º do art. 64 do Decreto nº 32.598/10, dando a oportunidade de autorizar, mediante aditivo motivado e prestação de garantia pelo contratado, a realização de pagamentos antecipados referentes a contratos celebrados com cooperativas, suspensos ou afetados por epidemia oficialmente reconhecida.

Observa-se, por oportuno, que não houve quaisquer leis ou decretos, no âmbito do Distrito Federal, que oportunizasse a facilitação dos procedimentos de licitação, a despeito dos publicados pela União. Os decretos acima mencionados foram editados com a exclusiva intenção de enfatizar a necessidade de fiscalização aos órgãos de controle interno e a facilitar a exequibilidade dos contratos vigentes, em especial atenção às cooperativas contratadas afetadas pela álea externa (Covid-19).

Nesta toada, o DF usa os parâmetros normativos federais de abrangência nacional: as medidas provisórias nº 926/2020 e 961/2020, assim como a Lei federal nº 13.979/2020, para aplicar às contratações emergenciais internas.

4. Medida Provisória nº 961/2020

A Medida Provisória nº 961/2020 surge como autorizativo legal para dar celeridade e praticidade aos procedimentos de licitação e de dispensa, a depender do valor da contratação, com a finalidade base em enfrentamento ao coronavírus (Covid-19), conforme dispõe o Decreto Legislativo nº 06 de 2020, que reconhece a ocorrência do estado de calamidade pública nacional.

Cumprе esclarecer, por oportuno, que a validade de aplicabilidade dos preceitos normativos da Medida Provisória – MP é de 60 (sessenta) dias, a contar da publicação em diário oficial, conforme o § 3º do art. 62 da CF/88. Tempo esse que o Poder Legislativo avalia a possibilidade de emitir norma que ofereça temporalidade estendida à temática desenvolvida pelo Poder Executivo emissor da MP.

No que tange às inovações, a MP nº 961/2020 prevê, a todos os entes federativos, a possibilidade de dispensar licitações de que tratam os incisos I e II do caput do art. 24 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, com acréscimos aos limites de até R\$ 100.000,00 (cem mil reais), para obras e serviços de engenharia e de até R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) para alienações de demais serviços e compras.

O art. 1º também assevera, nas alíneas “a” e “b” do inciso I, a vedação expressa ao fracionamento de despesas, que é a inviabilidade de contratação de um mesmo objeto duas ou mais vezes no mesmo exercício financeiro¹⁰, quando impõe que a contratação deve ser realizada de uma só vez; e, no tocante às construções, que sejam realizadas em conjunto e concomitantemente.

Uma outra importante inovação cinge na possibilidade de proceder com pagamento antecipado de valores contratados, desde que represente condição indispensável para obter o bem ou assegurar a prestação do serviço ou propicie significativa economia de recursos. Para estes casos é necessária a previsão da antecipação de pagamento em edital ou em instrumento formal de adjudicação direta e exigir a devolução integral do valor antecipado na hipótese de inexecução do objeto.

Observa-se, por oportuno, a inteligência do parágrafo 3º do art. 1º da MP nº 961/2020, que restringe a possibilidade do pagamento antecipado pela Administração Pública, na hipótese de prestação de serviços com regime de dedicação exclusiva de mão de obra.

Um ponto curioso foi a aplicação do Regime Diferenciado de Contratação – RDC para licitações e contratações de quaisquer obras, serviços, compras, alienações e locações, conforme o inciso III do artigo em análise, o que se supõe o afastamento das modalidades do convite, concurso e da tomada de preços da Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993, assim como o do Pregão, definido pela Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002:

*III - a aplicação do Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC, de que trata a Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011, **para licitações e contratações** de quaisquer obras, serviços, compras, alienações e locações **(GN)**.*

O legislador, nesta oportunidade, garantiu oportunidade de estender o objetivo, o que, no âmbito do Distrito Federal, a Lei nº 5.254, de 20 de dezembro de 2013 sofrerá adaptação, no período de vigência da MP federal, visto que no art. 3º a aplicação do RDC é exclusiva para as licitações e contratos que tenham por objeto elaboração de projetos, obras ou serviços de engenharia.

Na vigência da MP nº 961/2020, o gestor público necessitará ter especial atenção às cautelas definidas nos incisos I a V do §2º do art. 1º, que surgiram para evitar risco de inadimplemento contratual:

¹⁰ “Em resumo, se a Administração optar por realizar várias licitações ao longo do exercício financeiro, para um mesmo objeto ou finalidade, deverá preservar sempre a modalidade de licitação pertinente ao todo que deveria ser contratado.” (...) Não raras vezes, ocorre fracionamento da despesa pela ausência de planejamento da Administração. **O planejamento do exercício deve observar o princípio da anualidade do orçamento. Logo, não pode o agente público justificar o fracionamento da despesa com várias aquisições ou contratações no mesmo exercício, sob modalidade de licitação inferior àquela exigida para o total da despesa no ano, quando decorrente da falta de planejamento**” (“Licitações e Contratos – Orientações do TCU”, 4ª ed., 2010, p. 105, versão digital in <http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2057620.PDF>) **(GN)**

- I - a comprovação da execução de parte ou de etapa inicial do objeto pelo contratado, para a antecipação do valor remanescente;*
- II - a prestação de garantia nas modalidades de que trata o art. 56 da Lei nº 8.666, de 1993, de até trinta por cento do valor do objeto;*
- III - a emissão de título de crédito pelo contratado;*
- IV - o acompanhamento da mercadoria, em qualquer momento do transporte, por representante da Administração; e*
- V - a exigência de certificação do produto ou do fornecedor.*

É interessante destacar, no inciso I, que exige, para antecipação de valores remanescentes, a execução de parte ou inicial do objeto contratado. Para tanto, não cabe antecipação de valores para aquisição de bens ou prestações de serviços imediatos.

Um ponto interessante é a exigência da prestação de garantia no valor de até trinta por cento, que dá segurança à Administração Pública de reaver valores nos casos de inadimplemento ou prejuízos causados pela contratada; e a exigência da emissão de título de crédito pelo contratado.

Tal dúvida surge, em primeiro plano, da natureza jurídica da exigência: dupla garantia? Segundo Fábio Ulhôa Coelho, títulos de crédito são documentos representativos de obrigações pecuniárias. Com a natureza do título de crédito é a cartularidade, competirá, ao contratado, o envio de documento que garanta a execução contratual plena. Infere-se, portanto, e de o valor a ser exigido equivale ao montante integral do valor do contrato. A referida exigência, em análise prática, pode ser considerada abusiva e ferir com o princípio da competitividade e isonomia.

Outra dúvida insurge, sob a perspectiva da técnica formal de elaboração de normas legislativas, e que a exigência do parágrafo 2º atinge, em tese, a todos os incisos incursos no artigo base, que no caso em concreto é o 1º da MP nº 961/2020. Nesta toada, as regras supracitadas também afetarão às contratações diretas de pequeno valor.

O inciso IV do parágrafo em análise reporta a exigência de acompanhamento da mercadoria, em qualquer momento do transporte, ser precedida por representante da Administração.

Em termos práticos, nos se consegue operacionalizar o dispêndio financeiro e logístico de um agente público, em época de pandemia por Covid-19, de ter que acompanhar o transporte de mercadoria. Em termos hipotéticos: se for a importação de respiradores da China ao Brasil? A Administração Pública terá que pagar para um servidor acompanhar as mercadorias, desde o epicentro da pandemia, ao almoxarifado da unidade de Saúde?

Essa exigência é deveras inoportuna e impraticável, se o objetivo da norma é trazer celeridade, eficiência e traz insegurança para os agentes públicos que, nesta época, são orientados pela Organização Mundial da Saúde e pelo Ministério da Saúde do Brasil a permanecer isolados e trabalhando no âmbito de seus lares.

Outro ponto, que a MP nº 961/2020 poderia ter inovado, e não o fez em momento oportuno, era de dar tratamento híbrido para as contratações diretas com regras preeminentes definidas do RDC, como, por exemplo a utilização do modelo integrado, visto que um dos pontos mais sensíveis, para a Administração Pública, é a elaboração de Projeto Básico e/ou Executivos, em face da ausência de servidores qualificados em delimitar especificações de objetos ou proceder com complexa pesquisa de preços e elaboração de planilhas, podendo proceder

com a execução de obras e serviços de engenharia, a montagem, a realização de testes, a pré-operação e todas as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto.

No ponto de vista econômico das contratações, as orientações do Tribunal de Contas da União – TCU, colidem com a legislação vigente nas contratações para o enfrentamento do Covid-19. O TCU assevera que a Administração deve demonstrar, em termos monetários, que os gastos totais a serem realizados com a implantação do empreendimento serão inferiores se comparados aos obtidos com os demais regimes de execução.

A Medida Provisória nº 926, de 2020 – MP nº 926/2020, em contrapartida, previu contratações com valores superiores ao praticado no mercado, desde que se comprove oscilação de preços conforme previsto na Lei federal nº 13.979 de 06 de fevereiro de 2020:

Art. 4º-E Nas contratações para aquisição de bens, serviços e insumos necessários ao enfrentamento da emergência que trata esta Lei, será admitida a apresentação de termo de referência simplificado ou de projeto básico simplificado. (Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020)

(...)

VI - estimativas dos preços obtidos por meio de, no mínimo, um dos seguintes parâmetros: (Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020)

(...)

§ 3º Os preços obtidos a partir da estimativa de que trata o inciso VI do caput não impedem a contratação pelo Poder Público por valores superiores decorrentes de oscilações ocasionadas pela variação de preços, hipótese em que deverá haver justificativa nos autos. (Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020)

Tal excepcionalidade não foi tema de análise na MP nº 961/2020, o que se observa de ambas medidas provisórias devem ser observadas para as contratações públicas cuja finalidade seja o enfrentamento do Covid-19.

A MP nº 961/2020 é encerrada informando a vigência aplicada às normas supramencionadas ao término do estado de calamidade definido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020 e que os contratos firmados neste interim poderão ser conclusos ou prorrogados em prazos posteriores.

A limitação temporal definida no art. 24, inciso IV da Lei nº 8.666/93, que prevê contratações para o período máximo de 180 (cento e oitenta), para situações de contratações por emergência ou calamidade pública, é afastada tanto pela MP nº 961/2020 quanto pela MP nº 926/2020, conforme art. 4º-H, *in verbis*:

“Art. 4º-H Os contratos regidos por esta Lei terão prazo de duração de até seis meses e poderão ser prorrogados por períodos sucessivos, enquanto perdurar a necessidade de enfrentamento dos efeitos da situação de emergência de saúde pública.

5. Medida Provisória nº 926/2020 e Lei Federal nº 13.979/2020

No que cinge à Contratação Direta, as orientações da MP nº 961/2020 não afasta a vigência da MP nº 926/2020, que também dispõe sobre contratação em época de pandemia da Covid-19. Neste interim, há que se basear para proceder com contratação direta, o teor da Lei federal nº 13.979/2020, que dispõe sobre a temática nos seguintes termos:

Art. 4º É dispensável a licitação para aquisição de bens, serviços, inclusive de engenharia, e insumos destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus de que trata esta Lei. (Redação dada pela Medida Provisória nº 926, de 2020)

§ 1º A dispensa de licitação a que se refere o caput deste artigo é temporária e aplica-se apenas enquanto perdurar a emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus.

§ 2º Todas as contratações ou aquisições realizadas com fulcro nesta Lei serão imediatamente disponibilizadas em sítio oficial específico na rede mundial de computadores (internet), contendo, no que couber, além das informações previstas no § 3º do art. 8º da Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, o nome do contratado, o número de sua inscrição na Receita Federal do Brasil, o prazo contratual, o valor e o respectivo processo de contratação ou aquisição.

§ 3º Excepcionalmente, será possível a contratação de fornecedora de bens, serviços e insumos de empresas que estejam com inidoneidade declarada ou com o direito de participar de licitação ou contratar com o Poder Público suspenso, quando se tratar, comprovadamente, de única fornecedora do bem ou serviço a ser adquirido. (Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020)

§ 4º Na hipótese de dispensa de licitação de que trata o caput, quando se tratar de compra ou contratação por mais de um órgão ou entidade, o sistema de registro de preços, de que trata o inciso II do caput do art. 15 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, poderá ser utilizado. (Incluído pela Medida Provisória nº 951, de 2020)

§ 5º Na hipótese de inexistência de regulamento específico, o ente federativo poderá aplicar o regulamento federal sobre registro de preços. (Incluído pela Medida Provisória nº 951, de 2020)

§ 6º O órgão ou entidade gerenciador da compra estabelecerá prazo, contado da data de divulgação da intenção de registro de preço, entre dois e quatro dias úteis, para que outros órgãos e entidades manifestem interesse em participar do sistema de registro de preços nos termos do disposto no § 4º e no § 5º. (Incluído pela Medida Provisória nº 951, de 2020)

Art. 4º-A A aquisição de bens e a contratação de serviços a que se refere o caput do art. 4º não se restringe a equipamentos novos, desde que o fornecedor se responsabilize pelas plenas condições de uso e funcionamento do bem adquirido. (Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020)

Art. 4º-B Nas dispensas de licitação decorrentes do disposto nesta Lei, presumem-se atendidas as condições de: (Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020)

I - ocorrência de situação de emergência; (Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020)

II - necessidade de pronto atendimento da situação de emergência; (Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020)

III - existência de risco a segurança de pessoas, obras, prestação de serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares; e (Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020)

IV - limitação da contratação à parcela necessária ao atendimento da situação de emergência. (Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020)

Art. 4º-C Para as contratações de bens, serviços e insumos necessários ao enfrentamento da emergência de que trata esta Lei, não será exigida a elaboração de estudos preliminares quando se tratar de bens e serviços comuns. (Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020)

Art. 4º-D O Gerenciamento de Riscos da contratação somente será exigível durante a gestão do contrato. (Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020)

Art. 4º-E Nas contratações para aquisição de bens, serviços e insumos necessários ao enfrentamento da emergência que trata esta Lei, será admitida a apresentação de termo de referência simplificado ou de projeto básico simplificado. (Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020)

§ 1º O termo de referência simplificado ou o projeto básico simplificado a que se refere o caput conterà: (Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020)

I - declaração do objeto; (Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020)

II - fundamentação simplificada da contratação; (Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020)

III - descrição resumida da solução apresentada; (Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020)

IV - requisitos da contratação; (Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020)

V - critérios de medição e pagamento; (Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020)

VI - estimativas dos preços obtidos por meio de, no mínimo, um dos seguintes parâmetros: (Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020)

a) Portal de Compras do Governo Federal; (Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020)

b) pesquisa publicada em mídia especializada; (Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020)

c) sítios eletrônicos especializados ou de domínio amplo; (Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020)

d) contratações similares de outros entes públicos; ou (Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020)

e) pesquisa realizada com os potenciais fornecedores; e (Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020)

VII - adequação orçamentária. (Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020)

§ 2º Excepcionalmente, mediante justificativa da autoridade competente, será dispensada a estimativa de preços de que trata o inciso VI do caput. (Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020)

§ 3º Os preços obtidos a partir da estimativa de que trata o inciso VI do caput não impedem a contratação pelo Poder Público por valores superiores decorrentes de oscilações ocasionadas pela variação de preços, hipótese em que deverá haver justificativa nos autos. (Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020)

Art. 4º-F Na hipótese de haver restrição de fornecedores ou prestadores de serviço, a autoridade competente, excepcionalmente e mediante justificativa, poderá dispensar a apresentação de documentação relativa à regularidade fiscal e trabalhista ou, ainda, o cumprimento de um ou mais requisitos de habilitação, ressalvados a exigência de apresentação de prova de regularidade relativa à Seguridade Social e o cumprimento do disposto no inciso XXXIII do caput do art. 7º da Constituição. (Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020)

Art. 4º-G Nos casos de licitação na modalidade pregão, eletrônico ou presencial, cujo objeto seja a aquisição de bens, serviços e insumos necessários ao enfrentamento da emergência de que trata esta Lei, os prazos dos procedimentos licitatórios serão reduzidos pela metade. (Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020)

§ 1º Quando o prazo original de que trata o caput for número ímpar, este será arredondado para o número inteiro antecedente. (Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020)

§ 2º Os recursos dos procedimentos licitatórios somente terão efeito devolutivo. (Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020)

§ 3º Fica dispensada a realização de audiência pública a que se refere o art. 39 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, para as licitações de que trata o caput. (Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020)

§ 4º As licitações de que trata o caput realizadas por meio de sistema de registro de preços serão consideradas compras nacionais, nos termos do disposto no regulamento federal, observado o prazo estabelecido no § 6º do art. 4º. (Incluído pela Medida Provisória nº 951, de 2020)

Art. 4º-H Os contratos regidos por esta Lei terão prazo de duração de até seis meses e poderão ser prorrogados por períodos sucessivos, enquanto perdurar a necessidade de enfrentamento dos efeitos da situação de emergência de saúde pública. (Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020)

Art. 4º-I Para os contratos decorrentes dos procedimentos previstos nesta Lei, a administração pública poderá prever que os contratados fiquem obrigados a aceitar, nas mesmas condições contratuais, acréscimos ou supressões ao objeto contratado, em até cinquenta por cento do valor inicial atualizado do contrato. (Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020)

A vigência da lei federal supracitada, criada em decorrência da MP nº 923/2020, estimulou a Procuradoria – Geral do Distrito Federal - PGDF a emitir opinativos que adaptaram a norma federal ao contexto do Distrito Federal.

É importante esclarecer que o Parecer Referencial nº 01 foi emitido em 20 de março de 2020, para dissertar sobre a incidência do art. 4º da Lei federal nº 13.979/2020 às contratações no âmbito do Distrito Federal.

A MP nº 926/2020 trouxe alterações substanciais à Lei federal nº 13.979/2020, que obrigou à PGDF emitir o Parecer Referencial nº 02, em 22 de março de 2020. O objetivo geral de ambos os pareceres é de busca desonerar os órgãos da Administração Direta ou Indireta dependentes do envio dos autos para análise jurídica do órgão consultivo jurídico do Distrito Federal, dando, aos órgãos consulentes, orientações de instrução processual através de um parecer referencial de observância obrigatória.

Ambos os pareceres referenciais partem da mesma justificativa, que é o avanço significativo do Covid-19 no Brasil, e descrevem a evolução das medidas adotadas para fins de enfrentamento à pandemia.

O Parecer Referencial nº 02/2020 enumera conclusões bases referente à Lei federal nº 13.979/2020, pontuando-as em sequência alfabético. Passa-se a resumir ponto a ponto, na ordem proposta pela casa jurídica consultiva.

- a) Dispensa de licitação fundamentada exclusivamente “ao enfrentamento da emergência de saúde pública decorrente do coronavírus”;
- b) Eficácia temporária da Lei federal: “uma vez cessada a emergência de saúde, inviável se tornará a realização de dispensa de licitação por tal fundamento”. Ressalva importante do art. 8º da Lei federal nº 13.979/2020 – enquanto perdurar os efeitos da situação de saúde pública (Art. 4º - H);

- c) As aquisições realizadas com base no dispositivo deverão ser imediatamente disponibilizadas em sítio oficial específico na rede mundial de computadores, contendo as seguintes informações: o nome do contratado, o número de sua inscrição na Receita Federal do Brasil, o prazo contratual, o valor e o respectivo processo de contratação ou aquisição;
- d) “Excepcionalmente, quando houver demonstração inequívoca da existência de um único fornecedor para determinado bem ou serviço, será admissível a contratação de empresa que esteja com inidoneidade declarada ou com o direito de participar de licitação ou contratar com o Poder Público suspenso”;
- e) “Admite-se a aquisição de bens e contratação de serviços, que envolvam equipamentos usados, desde que o fornecedor se responsabilize pelas plenas condições de uso e funcionamento do bem adquirido”
- f) Não é necessário comprovar situação de emergência; necessidade de pronto atendimento da situação de emergência; existência de risco a segurança de pessoas, obras, prestação de serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares; e limitação da contratação à parcela necessária ao atendimento da situação de emergência;
- g) Para bens e serviços comuns, fica dispensada a elaboração de estudos técnicos preliminares tratados no art. 24 da Instrução Normativa nº 05/2017, elaborada pela Secretaria de Gestão do então Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão;
- h) “O gerenciamento de riscos a que aludem os arts. 25 a 27 da Instrução Normativa nº 05/2017, somente será exigível durante a fase de gestão do contrato (terceira fase da contratação, nos termos do art. 19 da referida Instrução Normativa)”.
- i) Elaboração de Termo de Referência ou Projeto Básico simplificados, conforme art. 4º - E da Lei federal nº 13.979/2020;
- j) “Excepcionalmente, e mediante justificativa expressa da autoridade competente, será dispensada a estimativa de preços a que alude o art. 4º-E, VI da Lei nº 13.979/2020”;
- k) “Mediante justificativa nos autos, poderá o Poder Público contratar os bens e serviços objeto da Lei por valores superiores à esmava realizada, em razão de oscilações ocasionadas pela variação de preços”
- l) “Havendo restrição de fornecedores ou prestadores de serviço, pode a autoridade competente, excepcionalmente e mediante justificativa, dispensar a apresentação de documentação relativa à regularidade fiscal e trabalhista ou, ainda, o cumprimento de um ou mais requisitos de habilitação, ressalvados a exigência de apresentação de prova de regularidade relativa à Seguridade Social e o cumprimento do disposto no inciso XXXIII do caput do art. 7º da Constituição”;
- m) “A duração dos contratos regidos pela Lei n. 13.979/2020 limita-se a 6 meses, podendo ser o período de vigência prorrogado por períodos sucessivos, enquanto perdurar a necessidade de

enfrentamento dos efeitos da situação de emergência de saúde pública”;

- n) “Para os contratos regidos pela referida Lei, pode a administração pública prever que os contratados fiquem obrigados a aceitar, nas mesmas condições contratuais, acréscimos ou supressões ao objeto contratado, em até cinquenta por cento do valor inicial atualizado do contrato”.

Os pontos que passam a ser explanados referem-se aos pontos mais polêmicos, ou que merecem maiores esclarecimentos ou análises de cada tópico elencado.

TÓPICOS “A” e “F”:

O ponto essencial do tópico “a” é a fundamentação da contratação exclusiva “ao enfrentamento da emergência de saúde pública decorrente do coronavírus”.

O tópico “f” ressalta a não necessidade de fundamentar necessidade de pronto atendimento da situação de emergência; existência de risco a segurança de pessoas, obras, prestação de serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares; e limitação da contratação à parcela necessária ao atendimento da situação de emergência.

Um dos pontos salutar de análise comparativas entre os pareceres referenciais cinge na mudança de entendimento quanto à aplicabilidade da Decisão Normativa nº 3.500/99 do Tribunal de Contas do Distrito Federal – TCDF, que versa sobre as fundamentações e justificativas bases para uma contratação emergencial, confrontado com a Lei federal nº 13.979/2020. Aquela apresenta orientações específicas quanto à contratação emergencial para a Administração Direta e Indireta do Distrito Federal, nos seguintes termos:

II) informar ao ilustre consulente que, sem prejuízo do cumprimento das formalidades previstas no art. 26 da Lei nº 8.666/93, é possível a contratação direta de obras, serviços (continuados ou não) e bens, com fulcro no art. 24, IV, da referida norma legal, se estiverem presentes, simultaneamente, os seguintes requisitos, devidamente demonstrados em processo administrativo próprio:

a) a licitação tenha se iniciado em tempo hábil, considerando, com folga, os prazos previstos no Estatuto Fundamental das Contratações para abertura do procedimento licitatório e interposição de recursos administrativos, bem assim aqueles necessários à elaboração do instrumento convocatório, análise dos documentos de habilitação (se for o caso) e das propostas, adjudicação do objeto e homologação do certame;

b) o atraso porventura ocorrido na conclusão do procedimento licitatório não tenha sido resultante de falta de planejamento, desídia administrativa ou má gestão dos recursos disponíveis, ou seja, que tal fato não possa, em hipótese alguma, ser atribuído à culpa ou dolo do(s) agente(s) público(s) envolvido(s);

c) a situação exija da Administração a adoção de medidas urgentes e imediatas, sob pena de ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares;

d) a contratação direta pretendida seja o meio mais adequado, efetivo e eficiente de afastar o risco iminente detectado;

e) o objeto da contratação se limite, em termos qualitativos e quantitativos, ao que for estritamente indispensável para o equacionamento da situação emergencial;

f) a duração do contrato, em se tratando de obras e serviços, não ultrapasse o prazo de 180 dias, contados a partir da data de ocorrência do fato tido como emergencial;

g) a compra, no caso de aquisição de bens, seja para entrega imediata; (GN)

O Parecer Referencial nº 02/2020 ressalta a vigência do art. 4-B da Lei federal nº 13.979/2020, em especial quando presume atendida automaticamente as alíneas “c” a “g” da Decisão Normativa nº 3.500/99 – TCDF. A presunção do dispositivo legal é de:

- condição da situação de emergência;
- necessidade de pronto atendimento da situação de emergência;
- existência de risco a segurança de pessoas, obras, prestação de serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares;
- limitação da contratação à parcela necessária ao atendimento da situação de emergência.

Outro ponto importante, ainda no cotejo de análise da Decisão Normativa nº 3.500/99 – TCDF, é no sentido em definir a não aplicabilidade das alíneas “a”; “b”; “f” e “g” ao caso concreto. Assim que, em síntese, os únicos itens aplicáveis à dispensa prevista nas contratações emergências no Distrito Federal são o “c”; “d” e “e”, e todos foram atendidos em atenção ao art. 4-B da Lei federal nº 13.979/2020.

Tal explanação orientativa da PGDF é de suma importância e traz segurança jurídico aos gestores públicos no ato da elaboração da justificativa nos Projetos Básicos e Termos de Referência.

TÓPICOS “B” e “M”:

Trata-se da análise da eficácia temporal da Lei federal nº 13.979/2020, que, conforme já foi explicitado, extrapola o interstício de 180 (cento e oitenta) do inciso IV do art. 24 da Lei nº 8.666/93, que trata de contratação direta por contratação emergencial.

O parecer referencial ressaltou a exceção prevista no art. 4º - H, que afirma a possibilidade de renovações sucessivas do contrato, enquanto estiver decretado situação de emergência, que, no Distrito Federal, se deu com o Decreto nº 40.475 em 28 de fevereiro de 2020, ou quando perdurar os efeitos da situação de saúde pública.

Um ponto omissos no Parecer Referencial é a possibilidade de extensão de contratos já vigentes, que tiveram aditivos realizados na época da pandemia, com alterações significantes justificado pela álea, se estes efeitos estão adstritos ao período da pandemia, ou podem se estender até o limite fim do contrato celebrado.

A resposta para esta indagação é depende do caso em concreto. Se a alteração influenciou o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, é necessário que faça uma previsão de nova análise assim que a álea externa se extinga. No tocante às alterações qualitativas e quantitativas, é necessário que se avalie periodicamente, se a necessidade de alteração persiste com o tempo, podendo, inclusive, extrapolar ao período de 180 (cento e oitenta) dias previsto em lei e autorizado pela Lei federal nº 13.979/2020.

Em suma, é importante que o gestor público esteja avaliando periodicamente a execução contratual e as evoluções e alterações constantes que ocorrem naturalmente em estado de calamidade e emergência.

TÓPICO “C”

O parágrafo 2º do art. 4º da Lei federal nº 13.979/2020 impõe as aquisições realizadas deverão ser imediatamente disponibilizadas em sítio oficial específico na rede mundial de computadores.

Tal exigência é inoportuna e burocrática: afeta o princípio básico da celeridade e eficiência dos atos, visto que atos como a publicação da ratificação de dispensa ou inexigibilidade de contratação, ou o extrato de adjudicação de licitação ou o extrato de contrato, que não foram afastados com o novel normativo, é condição eficaz de publicidade dos atos administrativos.

O gestor público, desafortunadamente, necessitará dispor de tempo para, além das publicações clássicas previstas na Lei federal nº 8.666/93, que se proceda com a elaboração de informe a ser disponibilizado em sítio oficial específico na rede mundial de computadores (internet), contendo, no que couber, além das informações previstas no § 3º do art. 8º da Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, o nome do contratado, o número de sua inscrição na Receita Federal do Brasil, o prazo contratual, o valor e o respectivo processo de contratação ou aquisição.

TÓPICO “D”

A permissão normativa de, excepcionalmente, quando houver demonstração inequívoca da existência de um único fornecedor para determinado bem ou serviço, admitir a contratação de empresa que esteja com inidoneidade declarada ou com o direito de participar de licitação ou contratar com o Poder Público suspenso ressalta o interesse direto de contratação de empresas que ofereçam produtos específicos e indispensável ao interesse público urgente, fornecidos por empresas que tradicionalmente encontram-se em pendências ou com penalidades impostas pela Administração Pública.

Tal permissivo deve ser aplicado na via de exceção e em curto tempo, deixando registrado que a Administração Pública deve coibir práticas irregulares praticadas pelas contratadas, através da Decretação de Inidoneidade e suspensão de contratação com esses fornecedores.

TÓPICO “E”

A admissão de aquisição de bens usados e contratação de serviços com equipamentos usados é possível, desde o fornecedor ateste as plenas condições de uso e funcionamento do bem adquirido é uma novidade nas contratações públicas.

É importante que a Administração Pública proceda com a correta escolha dos bens usados que serão contratados, acompanhado de justificativa que responda à inviabilidade de contratação de bens novos.

TÓPICO “G”

A dispensa da elaboração de estudos técnicos preliminares tratados no art. 24 da Instrução Normativa nº 05/2017, elaborada pela Secretaria de Gestão do então Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, para bens e serviços comuns facilita a celeridade e eficiência das contratações emergenciais.

Observa-se, por oportuno, que o estudo técnico contratual, onde desenvolve o objeto e demais especificidades, muitas vezes balizam o Projeto Básico e Executivo, Plano de Trabalho e de Fiscalização; nesta premissa torna-se inviável a sua dispensa para uma correta contratação de bem e serviços.

O interessante é que se faça um alinhamento próprio dos estudos técnicos ao Projeto Básico Simplificado, para evitar erros na contratação final do objeto pleiteado.

TÓPICO “H”

O gerenciamento de riscos a que aludem os arts. 25 a 27 da Instrução Normativa nº 05/2017, para contratações serviços sob o regime de execução indireta, foi recepcionado no DF pelo Decreto nº 38.934, de 15 de março de 2018 e é tratado com as seguintes ponderações:

Art. 25. O Gerenciamento de Riscos é um processo que consiste nas seguintes atividades:

I - identificação dos principais riscos que possam comprometer a efetividade do Planejamento da Contratação, da Seleção do Fornecedor e da Gestão Contratual ou que impeçam o alcance dos resultados que atendam às necessidades da contratação;

II - avaliação dos riscos identificados, consistindo da mensuração da probabilidade de ocorrência e do impacto de cada risco;

III - tratamento dos riscos considerados inaceitáveis por meio da definição das ações para reduzir a probabilidade de ocorrência dos eventos ou suas consequências;

IV - para os riscos que persistirem inaceitáveis após o tratamento, definição das ações de contingência para o caso de os eventos correspondentes aos riscos se concretizarem; e

V - definição dos responsáveis pelas ações de tratamento dos riscos e das ações de contingência.

Parágrafo único. A responsabilidade pelo Gerenciamento de Riscos compete à equipe de Planejamento da Contratação devendo abranger as fases do procedimento da contratação previstas no art. 19.

Art. 26. O Gerenciamento de Riscos materializa-se no documento Mapa de Riscos. § 1º O Mapa de Riscos deve ser atualizado e juntado aos autos do processo de contratação, pelo menos:

I - ao final da elaboração dos Estudos Preliminares;

II - ao final da elaboração do Termo de Referência ou Projeto Básico;

III - após a fase de Seleção do Fornecedor; e

IV - após eventos relevantes, durante a gestão do contrato pelos servidores responsáveis pela fiscalização.

§ 2º Para elaboração do Mapa de Riscos poderá ser observado o modelo constante do Anexo IV.

Art. 27. Concluídas as etapas relativas aos Estudos Preliminares e ao Gerenciamento de Riscos, os setores requisitantes deverão encaminhá-los, juntamente com o documento que formaliza a demanda, à autoridade competente do setor de licitações, que estabelecerá o prazo máximo para o envio do Projeto Básico ou Termo de Referência, conforme alínea “c” do inciso I, do art. 21.

Parágrafo único. A Secretaria de Gestão do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão poderá estabelecer regras e procedimentos para elaboração do Plano Anual de Contratações do órgão ou entidade, que será registrado em sistema informatizado.

A Lei federal nº 13.979/2020 flexibilizou os referidos artigos, oportunizando a aplicação do Gerenciamento de Riscos na fase de execução do contrato.

A principal crítica ao disposto no *caput* do art. 4-D da referida lei é a aplicação de um Gerenciamento de Riscos que não é previamente elaborado. Observa-se que o Projeto Básico ou Termo de Referência Simplificado previsto no art. 4º-E não oportunizam análise de risco em seus incisos e parágrafos, de

modo que, na fase de execução contratual não se dará parâmetro, aos fiscais de contrato, a gerenciar os riscos, visto que estes não foram previamente delimitados.

Igual que dissertado no tópico “g”, o gestor administrativo deve ater-se aos riscos básicos da contratação, e informá-los no Projeto Básico ou Termo de Referência simplificado, para evitar erros ou irregularidades na fase de execução contratual.

TÓPICOS “I”, “J” e “L”

O tópico “i” do Parecer Referencial nº 02 ressalta a elaboração de Projeto Básico ou Termo de Referência simplificado. No tópico “j” disserta sobre estimativa de preços e no tópico “l” documentações necessárias do fornecedor para contratar com a Administração Pública. Ambas exigências devem estar contidas no Projeto Básico ou Termo de Referência simplificado.

No que concerne ao Projeto Básico ou Termo de Referência simplificado do art. 4º-E é que há a necessidade de ater-se a um *script* básico, que não inovou muito ao previsto no inciso IX do art. 6º da Lei federal nº 8.666/93 ou o art. 8º do Decreto nº 3.555/2000 ou o art. 9º do Decreto nº 5.504/2005:

I - declaração do objeto

II - fundamentação simplificada da contratação

III - descrição resumida da solução apresentada

IV - requisitos da contratação

V - critérios de medição e pagamento

VI - estimativas dos preços obtidos por meio de, no mínimo, um dos seguintes parâmetros

No tocante à pesquisa de preço, a Lei federal nº 13.979/2020 exigiu a pesquisa pautada nos parâmetros adotados nas alíneas “a” a “e” do inciso VI do art. 4º - E. A inovação normativa é a possibilidade de escolher qualquer um dos parâmetros de pesquisas, a saber:

- Portal de Compras do Governo Federal;
- pesquisa publicada em mídia especializada;
- sítios eletrônicos especializados ou de domínio amplo;
- contratações similares de outros entes públicos;
- pesquisa realizada com os potenciais fornecedores.

A contra senso da inteligência adotada na esfera federal, a douta PGDF, na orientação de ambos os pareceres referenciais, entendeu que se deva cumprir, na totalidade, os artigos art. 4º ao 11 do Decreto Distrital nº 39.453/2018:

CAPÍTULO II

DA PESQUISA DE PREÇOS

Art. 4º A pesquisa de preços será realizada mediante a utilização dos seguintes parâmetros:

I - relatório de pesquisa de preços de produtos com base nas informações da Nota Fiscal eletrônica - NFe;

II - preços públicos referentes a aquisições ou contratações similares realizadas pelo Distrito Federal e demais entes públicos;

III - pesquisa junto a fornecedores;

IV - pesquisa publicada em mídias ou sítios especializados ou de domínio amplo.

Parágrafo único. A opção pela utilização de outro parâmetro de pesquisa ou método para obtenção do valor de referência deverá ser descrita e justificada nos autos pelo gestor responsável.

Art. 5º A pesquisa de preços será realizada da forma mais ampla possível e deverá ser composta de, no mínimo, 03 valores válidos, além de contemplar todas as características do objeto, incluindo referência à marca e especificações exclusivas,

quando cabível, nas hipóteses do art. 7º, § 5º da Lei federal nº 8.666, 21 de junho de 1993.

CAPÍTULO III

DA PLANILHA COMPARATIVA E VALOR DE REFERÊNCIA

Art. 6º Deverá ser juntada aos autos Planilha Comparativa de Preços composta de, no mínimo, 03 valores válidos, obedecendo aos parâmetros estabelecidos no art. 4º, observadas as especificações ou descrições do objeto e os fatores intervenientes no preço, os quais serão definidos em norma complementar.

§ 1º É obrigatória a apresentação de pelo menos um preço de cada parâmetro constante nos incisos I e II do art. 4º.

§ 2º O gestor responsável deverá comprovar e justificar nos autos a impossibilidade de atendimento ao disposto no § 1º.

§ 3º Quanto aos preços obtidos por meio do Painel de Mapa de Preços de NFe, o valor a ser utilizado na composição da Planilha Comparativa de Preços corresponderá apenas ao valor médio encontrado para cada item pesquisado.

Art. 7º A Planilha Comparativa de Preços poderá ser composta por preços públicos com prazo de validade superior ao previsto em norma complementar desde que comprovada nos autos a inexistência de preços públicos vigentes.

Parágrafo único. Os preços públicos a que se refere o caput deverão ser atualizados na forma definida em norma complementar.

Art. 8º O valor de referência de cada item será o menor preço ou o maior percentual de desconto obtido após o cálculo da média final e mediana final dos valores válidos contidos na pesquisa de preços, conforme o critério de julgamento estabelecido em edital.

*Art. 9º O gestor responsável pela pesquisa de preços deverá apontar na Planilha:
I - os critérios utilizados para identificar os valores exorbitantes ou inexequíveis;
II - a memória de cálculo e a metodologia aplicada para a obtenção dos valores de referência.*

Parágrafo único. A decisão para desconsiderar os valores definidos no inciso I deste artigo deverá ser fundamentada e descrita no processo administrativo.

Art. 10. Poderá ser admitido como valor de referência apenas o menor dos valores ou o maior percentual de desconto obtido na pesquisa, desde que justificado nos autos.

Art. 11. Excepcionalmente, mediante justificativa do gestor responsável e desde que comprovado nos autos, será admitida a pesquisa com menos de 03 preços válidos.

Tal entendimento merece críticas, visto que, em analogia, a douta PGDF poderia haver optado em dar, ao gestor administrativo, a opção em escolher um dos parâmetros de pesquisa de preço a ser adotado no art. 4º do Decreto nº 39.453/2018: relatório de pesquisa de preços de produtos com base nas informações da Nota Fiscal eletrônica - NFe; preços públicos referentes a aquisições ou contratações similares realizadas pelo Distrito Federal e demais entes públicos; pesquisa junto a fornecedores ou pesquisa publicada em mídias ou sítios especializados ou de domínio amplo. O posicionamento adotado é conservador e prejudica o espírito da norma federal, que é dar eficiência e celeridade ao procedimento administrativo de contratação.

A Casa Civil do Distrito Federal – CACI/DF, em 07 de abril de 2020, acertadamente publicou a Portaria nº 21, estabelecendo procedimento de pesquisa de preço para realização de licitações e contratações necessárias à execução de medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do novo coronavírus.

O inciso VI do artigo 4º elenca, em suas alíneas, 05 (cinco) parâmetros clássicos de pesquisa de preços, autorizando ao gestor público escolher, no mínimo, um deles, *in verbis*:

VI - estimativas dos preços obtidos por meio de, no mínimo, um dos seguintes parâmetros:

- a) Portal e-Compras do Distrito Federal;
- b) pesquisa publicada em mídia especializada;
- c) sítios eletrônicos especializados ou de domínio amplo;
- d) contratações similares de outros entes públicos;
- e) pesquisa realizada com os potenciais fornecedores;

Esse é o entendimento mais coerente defendido no presente estudo. Não obstante, se os demais órgãos públicos não tiverem um permissivo normativo semelhante ao CACI/DF, é aconselhável que siga aos ditames previstos pelo Parecer Referencial nº 02 - PGDF.

Nesta perspectiva, o gestor administrativo do Distrito Federal, em atenção ao entendimento do órgão consultivo do DF, deverá proceder com a pesquisa de preço utilizando os quatro parâmetros exigidos no art. 4º do Decreto nº 39.453/2018; consolidar as informações em Planilha Comparativa de Preços, com cálculo de média e mediana, devendo apontar os critérios utilizados para identificar os valores exorbitantes ou inexequíveis e memória de cálculo e a metodologia aplicada para a obtenção dos valores de referência, devendo, inclusive, justificar, no processo administrativo, a decisão por desconsiderar os valores definidos como exorbitantes ou inexequíveis.

É importante informar a necessidade de obediências aos art. 10 e 11 do Decreto nº 39.453/2018, que exige o uso, como valor de referência na pesquisa de preço, apenas o menor dos valores ou o maior percentual de desconto obtido na pesquisa, desde que justificado nos autos a inviabilidade. E, por fim, por via de excepcionalidade, mediante justificativa do gestor responsável e desde que comprovado nos autos, a possibilidade de admitir a pesquisa com menos de 3 (três) preços válidos.

Vale destacar que, em ambos os pareceres referenciais destacam duas regras especiais presentes na Lei nº 13.979/2020 que destoam das regras gerais previstas na Lei nº 8.666/93. Uma delas diz respeito à possibilidade excepcional, mediante justificativa da autoridade competente, de dispensa da apresentação da estimativa de preços de que trata o inciso VI do mencionado dispositivo. A segunda regra, prevista no art. 4º-E, § 3º da Lei nº 13.979/2020, diz respeito à possibilidade de contratação pelo Poder Público por valores superiores ao encontrado na estimativa de preços, já percorrido.

A PGDF deu clara ênfase na condição excepcionalíssima da dispensa da apresentação da estimativa de preços, dando os seguintes parâmetros de análise:

1. Aquisição urgente
2. Risco do perecimento do bem jurídico que se visa proteger com a contratação
3. Demonstração inequívoca de que a aferição de preços em mercado revela-se manifestamente impossível.

No tocante ao tópico “I”, é interessante ressaltar também a dispensa de regularidade nas documentações relativas à regularidade fiscal e trabalhista ou, ainda, o cumprimento de um ou mais requisitos de habilitação, deixando como única ressalva à exigência de apresentação de prova de regularidade relativa à Seguridade Social e o cumprimento do disposto no inciso XXXIII do caput do art. 7º da CF/88.

Vale destacar que a medida é excepcional e devidamente justificada pela autoridade competente. Tal inteligência é semelhante à adotada para admitir contratação de bens usados ou contratação de bem inidôneas.

O Parecer Referencial, ao cuidar de listar normas a serem seguidas nas contratações, a serem citadas no Projeto Básico ou Termo de Referência simplificado, orientou para que os gestores públicos observassem as normas distritais que instituem vedações de contratação, em especial o Decreto nº 32.751/2011 (art. 3º, §2º), que veda o nepotismo, e o Decreto nº 39.860/2019, que dispõe sobre a proibição de participação, direta ou indiretamente, de licitação, contratação, execução de obra ou serviço e do fornecimento de bens a eles necessários agentes públicos de órgãos ou entidades da Administração Pública Direta ou Indireta do Poder Executivo do Distrito Federal contratante ou responsável pela licitação.

Acredita-se que na listagem apresentada pela PGDF esta tenha afastado os demais decretos que, tradicionalmente, são citados nos projetos básicos ou nos contratos, tais como Decreto nº 34.031/2012, que trata sobre a inserção de fraseologia anticorrupção em editais de licitação, contratos e instrumentos congêneres da Administração Pública Direta e Indireta do Distrito Federal; o Decreto nº 37.296/2016, que disciplina, no âmbito da Administração Pública do Distrito Federal, a aplicação da Lei nº 12.846/2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e a Lei nº 5.448/2015, que dispõe sobre a obrigatoriedade da inclusão de cláusula de proibição de conteúdo discriminatório contra a mulher nos contratos de aquisição de bens e serviços pelo Distrito Federal.

Em suma, ainda que haja a omissão, por parte da PGDF, em formalmente afastar a lei e os decretos retromencionados, é de suma importância o gestor administrativo não deixar de observar os normativos, visto que estes encontram-se vigentes.

TÓPICO “K” e “N”

Em referência à valores, é importante avaliar o posicionamento apresentado no Parecer Referencial nº 02 – PGDF, no sentido em possibilitar a contratação de bens e serviços por valores superiores à estimativa realizada, em razão de oscilações ocasionadas pela variação de preços.

A explicação dada pelo órgão consultivo é excelente e foi desenvolvida nos seguintes termos:

Mostra-se razoável a regra, tendo em vista que a pandemia do COVID-19 repercutiu abruptamente nas diversas cadeias de produção dos bens e serviços, desequilibrando, assim, os mercados. Com efeito, a intensa procura por alguns bens, serviços e insumos, tem o potencial para deslocar os preços do mercado para patamar superior àquele observado em cenário anterior à crise, sendo, nesses casos, inviável a comparação.

De qualquer maneira, para a contratação em valores acima do estimado, imprescindível que o gestor público apresente robusta justificativa acerca da elevação abrupta dos preços, declinando as razões que acarretaram tal quadro.

Observa-se, por oportuno, que compete ao gestor público a apresentação de justificativa robusta. O grande desafio é saber quantificar se a justificativa elaborada atende ao pleito do Parecer Referencial nº 02/2020 – PGDF.

Um outro ponto que atinge ao valor estabelecido no contrato é a possibilidade de a Administração pública prever que os contratados fiquem obrigados a aceitar, nas mesmas condições contratuais, acréscimos ou supressões ao objeto contratado, em até cinquenta por cento do valor inicial atualizado do contrato.

No tocante ao acréscimo do valor contratual, não há dúvidas que tanto a Administração Pública quanto o particular se beneficiam do autorizativo. O problema é atribuir a cláusula exorbitante de redução de 50% (cinquenta por cento) nos contratos. Pode-se haver afastamento de interessados em participar das contratações.

6. Principais omissões apresentadas no Parecer Referencial nº 02/2020 – PGDF

6.1 Ausência de elaboração de Termo Padrão de Contrato Emergencial

Um dos pontos mais gritantes, no que cinge às omissões, foi a oportunidade de que a PGDF deixou de elaborar Termo Padrão de contratação emergencial, à modelo dos definidos no Decreto Distrito nº 23.287, de 17 de outubro de 2002.

Em vias práticas, o Parecer Referencial possui o papel de desburocratizar o procedimento administrativo de encaminhamento, à PGDF, de processos referentes à contratação para enfrentamento do Covid-19.

A atividade específica da PGDF, ao receber um processo de contratação, é de verificar se as exigências normativas constam na instrução realizada pelo demandante, dentre elas, análise de Projeto Básico ou Termo de Referência; edital de contratação e minuta contratual e a regularidade do procedimento licitatório na fase externa.

Os assuntos constantes no Parecer Referencial nº 02/2020, que foram exaustivamente tratados no presente estudo, careceu de maior complementação de informações e orientações, inclusive às que foram mencionadas no parágrafo anterior, o que, repercute diretamente na necessidade de encaminhamento dos autos à PGDF, causando a morosidade desnecessária para o período.

Sugere-se encaminhamento de modelo próprio de minuta contratual, ou, ao menos, orientações para elaboração, à exemplo do Parecer Referencial nº 11/2020/CONJUR-MS/GU/AGU, da Advocacia-Geral da União – AGU, que, à luz da Lei federal nº 13.979/20, definiu parâmetro para elaboração dos contratos no âmbito federal:

MINUTA DE CONTRATO

81. Quanto a Minuta do Instrumento de Contrato (id SEI/MS nº 0013728163), tecemos as seguintes recomendações:

- No preâmbulo do instrumento:
 1. onde está escrito "...em observância às disposições da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993...", escreva-se "...em observância às disposições da Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020 e da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, aplicável por força da previsão contida no seu art. 116..."
 2. onde está escrito "...em conformidade com o inciso IV do artigo 24 da supracitada Lei e mediante as cláusulas e condições a seguir enunciadas.", escreva-se "...em conformidade com o art. 4º, da Lei nº 13.979 de 6 de fevereiro de 2020, e mediante as cláusulas e condições a seguir enunciadas."
- Na Cláusula Segunda, recomendamos que o prazo de vigência seja limitado à duração da situação de emergência de saúde pública, prazo esse que deverá ser

determinado por Ato do Ministro de Estado da Saúde, consoante redação do § 2º do art. 1º c/c §1º do art. 4º, ambos da Lei nº 13.979/2020. Vale mencionar que quando a situação envolver entrega imediata dos bens e insumos de saúde, recomenda-se que a área técnica insira um tempo hábil para finalização do atos do Contrato (pagamento, liquidação, etc.).

- Na cláusula quarta - Dotação Orçamentária, recomendamos a exclusão do item 4.2, já que a presente manifestação se trata de aquisição de bens e insumos de saúde, não abrangendo serviços;
- Na cláusula que se refere ao pagamento, sugere-se a área avaliar a permissão de cotação em moeda estrangeira, já que não se trata de uma concorrência internacional, e ainda, como será permitida a participação tanto de empresas brasileiras como estrangeiras, a cotação em moedas diversas poderá causar insegurança jurídica e não alcançar a obtenção da proposta mais vantajosa para à Administração. Isso porque a flutuação cambial para cima poderá ocasionar a aquisição por preço superior aquele inicialmente obtido no momento da apresentação das propostas, por isso, recomenda-se que seja analisada a conveniência dessa previsão.
- Na cláusula sétima - Recomenda-se a exclusão da expressão "ou aceite do instrumento equivalente" nos itens 7.1 e 7.2.
- Quanto a Cláusula Décima Primeira - Sanções Administrativas, recomendamos a renumeração das subcláusulas ali estabelecidas, inclusive contemplando os mesmos subníveis especificados no item 6 do Termo de Referência, a fim de não suscitar dúvidas ou questionamentos posteriores.
- Na cláusula décima Segunda - Rescisão: Sugere-se a inserção da cláusula 12.1.3, com a seguinte redação: "Quando findar a emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus, consoante disposto no art. 4º, §1º, da Lei nº 13.979/2020".
- Na Cláusula Décima Quinta, recomendamos a seguinte redação:
15.1. Os casos omissos serão decididos pela CONTRATANTE, segundo as disposições contidas na Lei nº 13.979, de 2020, na Lei nº 8.666, de 1993 e demais normas federais aplicáveis.
- Quanto à publicação prevista na Cláusula Décima Sexta, recomendamos a observância da Orientação Normativa nº 33, de 13 de dezembro de 2011 da Advocacia-Geral da União, que entende desnecessária a publicação do extrato contratual, uma vez que o Ato Administrativo que autoriza a contratação direta deve obrigatoriamente ser publicado, suprimindo a publicidade estabelecida pela Lei nº 8.666, de 1993:

ORIENTAÇÃO NORMATIVA Nº 33, DE 13 DE DEZEMBRO DE 2011
(*) "O ATO ADMINISTRATIVO QUE AUTORIZA A CONTRATAÇÃO DIRETA (ART. 17, §§ 2º E 4º, ART. 24, INC. III E SEQUENTES, E ART. 25 DA LEI Nº 8.666, DE 1993) DEVE SER PUBLICADO NA IMPRENSA OFICIAL, SENDO DESNECESSÁRIA A PUBLICAÇÃO DO EXTRATO CONTRATUAL." INDEXAÇÃO: ATO ADMINISTRATIVO, AUTORIZAÇÃO, CONTRATAÇÃO DIRETA, DISPOSIÇÃO, LEGISLAÇÃO FEDERAL, PUBLICAÇÃO, IMPRENSA OFICIAL, DESNECESSIDADE, DIVULGAÇÃO, DEMONSTRATIVO, CONTRATO. REFERÊNCIA: Art. 26 e parágrafo único do art. 61 da Lei nº 8.666, de 1993. PROCESSO Nº 00400.010939/2010-50 LUÍS INÁCIO LUCENA ADAMS

(*) Editada pela PORTARIA AGU Nº 572, DE 13.12.2011 - publicada no DOU I 14.12.2011

Repita-se que toda e qualquer contratação fundamentada no art. 4º da Lei nº 13.979 de 2020 deverá ser disponibilizada na internet, contendo, no que couber, além das informações previstas no § 3º do art. 8º da Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, o nome do contratado, o número de sua inscrição na Receita Federal do Brasil, o prazo contratual, o valor e o respectivo processo de contratação ou aquisição, conforme determina a lei.

- Na cláusula décima nona - Foro: Recomenda-se a seguinte redação: "É eleito o Foro da para dirimir os litígios que decorrerem da execução deste Termo de Contrato que não possam ser compostos pela conciliação, conforme art. 55, §2º da Lei nº 8.666/93".

- Ao final da minuta de Contrato, deverão ser incluídas a identificação e assinatura de duas testemunhas, a fim de atender o disposto do art. 784, III, do CPC. Sugere-se a seguinte redação: Para firmeza e validade do pactuado, o presente Termo de Contrato foi lavrado em duas (duas) vias de igual teor, que, depois de lido e achado em ordem, vai assinado pelos contraentes.

Em suma, acredita-se que a PGDF, em algum momento da fase de calamidade, e observando a necessidade apontada neste estudo, se inclinará a elaborar documento semelhante ao da AGU ou modelo à exemplo do Decreto Distrito nº 23.287, de 17 de outubro de 2002.

6.2 Contrato de objeto na área de Tecnologia de Informação - TI

A contratação de bens e serviços de Tecnologia da Informação é orientada, no DF, pelo Decreto nº 37.667, de 29 de setembro de 2016 que recepciona o Decreto Federal nº 7.174, de 12 de maio de 2010, na Instrução Normativa MP/SLTI nº 04, de 11 de setembro de 2014, e na Instrução Normativa MP/SLTI nº 02, de 12 de janeiro de 2015, ambas da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão.

Não foi observado nos Pareceres Referenciais da esfera federal ou distrital informações referentes à contratação de objetos na área de TI, no tocante à afastamento de exigências prevista na Instrução Normativa nº 04, de 11 de setembro de 2014 e na Instrução Normativa MP/SLTI nº 02, de 12 de janeiro de 2015.

No que cinge à análise de Instrução Normativa – IN que orientam as contratações pública, a Lei federal nº 13.979/2020 se resumiu em tecer os seguintes comentários:

Art. 4º-C Para as contratações de bens, serviços e insumos necessários ao enfrentamento da emergência de que trata esta Lei, não será exigida a elaboração de estudos preliminares quando se tratar de bens e serviços comuns. (Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020)

Art. 4º-D O Gerenciamento de Riscos da contratação somente será exigível durante a gestão do contrato. (Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020)

O gerenciamento de riscos tratado no artigo 4º - D é o aludido aos arts. 25 a 27 da IN nº 05/2017, tema este que já foi dissertado no tópico “H” do presente estudo.

A elaboração de estudos preliminares definidos no art. 4º - C, para contratação de bens e serviços comuns, não ficou claramente definido se faz referência às normas definidas na IN nº 04/2014, tais como:

- Publicação de Equipe Técnica de Planejamento de Contratação: art. 11, §2º, III, IN/SLTI 04/2014;
- Modelo de Gestão: arts. 2º, XX e 19 da IN/SLTI 04/2014;
- Estudo Técnico Preliminar de Contratação, incluindo acordo de nível de serviço: arts. 2º XIII e 12 da IN/SLTI 04/2014;
- Plano de Fiscalização: arts. 2º, XVII, e 20 da IN/SLTI 04/2014;
- Plano de Inserção: arts. 2º, XVI, e 32 da IN/SLTI 04/2014;

Dentre as exigências supramencionadas, nenhuma delas estaria plenamente afastadas, em uma míope análise comparativa, visto que, para a contratação de TI, por ser objeto passível de legislação específica, para ser formalmente afastada, faz-se necessário citação, no Parecer Referencial da PGDF ou da AGU, de especial atenção às normas especiais.

Outro ponto salutar é a contratação de bens e serviços não definidos no Plano Diretor de Tecnologia de Informação e Comunicação – PDTIC, exigido por força do Decreto Distrital nº 40.015, de 14 de agosto de 2019 como autorizativo para contratação de bens e serviços na área de TI.

Em primeiro lugar, observa-se que a não citação de afastabilidade do PDTIC, como condição preponderante e prévia de contratação de bens e serviços na área de TI inviabiliza a aquisição.

Em segundo, caso o órgão se veja obrigado a proceder com contratação na área de TI, de bens que não foi previamente citado no PDTIC, obriga, por força legal, a convocação de comitê, para proceder com análise e acréscimo do item ao Plano.

Observa-se, portanto, que a omissão, por parte da PGDF, de análise do afastamento ou não do PDTIC, assim como dos demais itens analisados neste capítulo, para as contratações com fins de enfrentamento do Covid-19, repercute diretamente na morosidade da prática dos atos administrativos e prejudica a eficácia e celeridade das contratação, promovendo, assim, a abertura de questionamentos futuros, por parte dos órgãos de controle e demais órgãos fiscalizatórios, podendo apontar a falta de correta instrução processual, por parte dos gestores público, e, por consequência, aplicação de penalidades.

A sugestão ofertada pelo presente estudo é a obediência sistemática da IN nº 04, de 11 de setembro de 2014 e da IN MP/SLTI nº 02, de 12 de janeiro de 2015. Para fins de facilitar a sistematização dos procedimentos administrativos dos gestores públicos, em especial os lotados no Distrito Federal, é disponibilizado, em anexo, *check list* com as principais exigências apresentadas nas aquisições de bens e serviços na área de TI.

É importante esclarecer que o referido *check list* foi pensado para aplicação no âmbito da Administração Direta e que os procedimentos adotados, ou a ordem de execução processual, podem diferir, a depender da realidade de cada órgão público.

6.3 Ausência de disposição sobre suspensão ou rescisão do Contrato Administrativo

O Parecer Referencial nº 02/2020 – PGDF não dissertou sobre a temática das contratações terceirizadas, em especial quanto às atividades presenciais dos colaboradores; a alteração quantitativa ou qualitativa; redução da jornada de trabalho, com compensação de jornada; redução da jornada de trabalho, sem compensação de jornada; concessão de férias individuais ou coletivas; fixação de regime de jornada de trabalho em turnos alternados de revezamento; execução de trabalho remoto ou de teletrabalho para as atividades compatíveis; suspensão da prestação de serviços; supressão ou acréscimo contratual, conforme o caso, e rescisão contratual.

Tal situação é extremamente complexa e carece de análise constante de caso a caso para assim chegar à confiável tomada de decisão. Não obstante, com a falta de precedentes ou de legislação que dê norte aos atos de gestão ocasiona, por consequência, brecha para questionamento futuro pelo Ministério Público, controle externo dos Poderes Legislativo ou Judiciário.

Uma das ações necessárias que o Poder Público deva tomar é a recepção da Medida Provisória nº 936, que institui o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda e dispõe sobre medidas trabalhistas

complementares para o enfrentamento do estado de calamidade pública ou a edição de normativo que trate sobre a temática, no âmbito do DF.

Domingues¹¹, ao dissertar sobre a temática, no Fórum de Debates Online, promovido pela Editora Fórum, entende que, com compete à alta administração decidir sobre a forma de execução dos contratos terceirizados, listando expedientes administrativos que orientam a temática:

- *Circular nº 893, de 24 de março de 2020 – Dispõe sobre a suspensão da exigibilidade do recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) referente às competências março, abril e maio de 2020, diferimento dos respectivos valores sem incidência de multa e encargos, regularidade do empregador junto ao FGTS e dá outras providências.*
- *Instrução Normativa nº 1.932, de 3 de abril de 2020 – Prorroga o prazo da apresentação da Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais (DCTF) e da Escrituração Fiscal Digital da Contribuição para o PIS/Pasep, da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins) e da Contribuição Previdenciária sobre a Receita (EFD-Contribuições).*
- *Portaria Conjunta nº 555, de 23 de março de 2020 – Dispõe sobre a prorrogação do prazo de validade das Certidões Negativas de Débitos relativos a Créditos Tributários Federais e à Dívida Ativa da União (CND) e Certidões Positivas com Efeitos de Negativas de Débitos relativos a Créditos Tributários Federais e à Dívida Ativa da União (CPEND), em decorrência da pandemia relacionada ao coronavírus (COVID-19).*

A Advocacia-Geral da União (AGU) vem trabalhando na orientação dos órgãos e entidades da Administração Pública federal, a exemplo do Parecer Referencial nº 00018/2020/CONJUR-MS/ CGU/AGU, que aborda a suspensão de contratos administrativos em decorrência do estado de calamidade pública – pandemia de Covid-19; e Parecer nº 26/2020/DECOR/CGU/AGU, que analisa os efeitos da pandemia causada pelo novo coronavírus sobre os contratos de prestação de serviços terceirizados com dedicação exclusiva de mão de obra.

Entendemos que a suspensão contratual pode se dar através de três formas: a) unilateralmente pela Administração b) unilateralmente pelo contratado c) consensualmente

SUSPENSÃO PELO PARTICULAR:

Noutro diapasão, embora o inciso XIV faça remissão a uma prerrogativa administrativa de suspensão unilateral da execução contratual, pela Administração, admite também a possibilidade de suspensão unilateral por opção do contratado (que pode alternativamente exigir a rescisão judicial do contrato), quando a suspensão unilateral pela Administração ocorrer por prazo superior a 120 (cento e vinte) dias. Este direito de opção do contratado é possível, inclusive, quando repetidas suspensões com prazos menores totalizarem período superior aos 120 (cento e vinte) dias.

Contudo, nos termos do dispositivo, não existirá esse direito do particular contratado de optar unilateralmente pela suspensão de suas obrigações ou buscar a rescisão judicial, quando a suspensão contratual por ordem da Administração decorrer de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra.

No mesmo prumo, nos termos do inciso XV, o particular possui o direito de suspender unilateralmente o contrato (ou buscar a rescisão judicial), quando a Administração atrasar os pagamentos devidos por prazo superior a 90 (noventa) dias.

Aqui também, o legislador definiu que não existirá esse direito do particular contratado de optar unilateralmente pela suspensão de suas obrigações ou buscar

¹¹ Atividade desenvolvida sob coordenação de Tatiana Camarão, em Debate de Perguntas e Resposta realizados pela Editora Fórum.

a rescisão judicial, quando o inadimplemento por mais de 90 (noventa) dias ocorrer em período de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra. Bom registrar, o particular apenas detém a prerrogativa de suspensão unilateral quando diante dos inadimplementos contratuais indicados pelos incisos XIV e XV, e mesmo assim, apenas se tais fatos jurídicos não forem caracterizados em período de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra.

Nesta feita, em período como o atual, de calamidade pública decorrente do combate à pandemia do COVID-19, inexistente direito à suspensão unilateral por parte do particular contratado, com base nos dois dispositivos acima citados.

Outrossim, convém firmar, a suspensão unilateral, sem justa causa e prévia comunicação à Administração, é, inclusive, fato jurídico que legitima a rescisão unilateral pela Administração, nos termos do inciso V do mesmo artigo 78, sem prejuízo da aplicação das demais sanções cabíveis.

SUSPENSÃO CONSENSUAL

Por fim, há a possibilidade de suspensão contratual consensual. Ela também se encontra implícita no parágrafo único do artigo 8º da Lei nº 8.666/93.

Outrossim, a suspensão contratual é admitida implicitamente pela natureza contratual da relação jurídica firmada e também pela previsão legal que admite a alteração consensual do contrato administrativo.

Pragmaticamente, a suspensão consensual da execução contratual nada mais é do que a alteração das regras inicialmente estabelecidas para o regime de execução contratual, o que legitima a adoção da hipótese de alteração consensual prevista no artigo 65, inciso II, alínea da Lei nº 8.666/93.

As hipóteses de alteração consensual previstas pelo inciso II do artigo 65 da Lei nº 8.666/93 devem ser compreendidas como exemplificativas. O elenco apresentado pela Lei não significa que as possibilidades de alteração por acordo entre as partes limitar-se-iam a tais hipóteses descritas neste inciso. Ao revés, a intenção deste elenco é impor que as alterações previstas nessas situações devam ser objeto de trato consensual, não cabendo imposição unilateral por parte da Administração. Sobre o tema trata Jessé Torres Pereira Júnior (2003. P. 657):

“O que o preceito visa a assegurar é o contrário – as quatro situações de mutabilidade referidas nas alíneas somente podem resultar do consenso, vedada a sua imposição unilateral da Administração Não significa dizer que as alterações consensuais se reduzem a essas situações definidas no inciso II; as partes estarão sempre livres para introduzirem no contrato qualquer alteração que resulte de consenso, observados os limites legais.”

Quando pactuam mudanças no Instrumento de Medição de Resultados (IMR), nas rotinas contratadas ou mesmo negociam uma redução do aumento que a empresa teria direito por eventual reajuste, as partes estão realizando alterações contratuais consensuais, embora estas não estejam explicitamente previstas no texto legal. Da mesma forma ocorrerá quando for pactuado, consensualmente, a suspensão da execução contratual, em função do período de crise vivenciado com a epidemia do Coronavírus.

Diante de situações de crise, a recomposição contratual consensual ou renegociação de seus termos é algo natural ao acordo de vontades, afinal, o regime jurídico do contrato administrativo é, em si mesmo, compatível com o direito contratual comum.

Diante do impacto das medidas restritivas, nas ações de combate ao coronavírus, prejudiciais ou impeditivas à continuidade da execução contratual, as partes podem, legitimamente, acordar a suspensão da execução contratual.

Em diversas pretensões contratuais, a suspensão contratual pode se apresentar como a melhor saída para conciliar os interesses das partes contratantes com o interesse coletivos de assimilação e obediência às medidas impostas pelo poder público para redução do contágio da pandemia. A situação atualmente vivenciada no país e no mundo indica uma quebra de paradigma na condução de tratamentos médicos e ações de enfrentamento a epidemias, o que exige flexibilidade nas soluções contratuais.

Bom observar, a suspensão consensual pode apresentar-se como a forma mais propícia ao enfrentamento da situação atualmente vivenciada. Isso porque ela

permite uma avaliação sobre a conveniência e oportunidade da continuidade da execução do contrato. Por certo, algumas contratações podem e deverão persistir em sua execução, mesmo que com ajustes, até para auxiliar o Poder Público no combate ao COVID-19. Noutra diapasão, há execuções contratuais que não apenas podem ser suspensas, como devem ser, a fim de colaborar com as medidas de redução da incidência de contágio.

Em suma, é possível a suspensão do contrato administrativo de forma consensual, mediante a avaliação de conveniência e oportunidade pela autoridade competente pela gestão contratual e aceite da empresa contratada.

Da análise jurídica da minuta de suspensão consensual

não há expressos requisitos definidos pelo legislador. 82. Dessa maneira, não há óbice à confecção de uma minuta de conteúdo simples. 83. Em relação à cláusula primeira, que define o objeto, parece-nos importante que seja desde já indicado o momento de suspensão da execução contratual, que pode coincidir com a data da assinatura do termo ou não. 84. Na hipótese em que a suspensão da execução ocorreu de fato do príncipe, em data anterior ao da assinatura do termo, esta data pode ser indicada como termo inicial da suspensão, com reconhecimento retroativo pelo termo aditivo. Nesse caso, contudo, deverá haver justificativa técnica nos autos, comprovando o impedimento, paralisação ou sustação do contrato, decorrente de fato impeditivo legitimador da prorrogação. 85. Na hipótese de inexistência desta comprovação, o termo inicial da suspensão será o da assinatura do termo aditivo. 86. Em relação à cláusula segunda, dos valores, na hipótese de opção pela suspensão, não haverá, em princípio, alteração dos valores, embora o período de sustação contratual possa, em tese, gerar impactos econômicos, quando do retorno da execução contratual. 87. A cláusula terceira (fundamentação legal) indica o seguinte teor: "A suspensão do contrato por acordo entre a CONTRATANTE e a CONTRATADA tem seu fundamento no art. 57, § 1º e no art. 78, inciso XIV, da Lei nº 8.666/93." 88. Esta fundamentação é válida, mas deve ser adotada quando optar-se pela suspensão unilateral, "por ordem da Administração". 89. Na hipótese de suspensão consensual, sugerimos o seguinte texto: A suspensão do contrato por acordo entre a CONTRATANTE e a CONTRATADA tem seu fundamento no parágrafo único do artigo 8º; art. 57, § 1º; inciso II, do artigo 65 e §5º do artigo 79, todos da Lei nº 8.666/93. 90. Identificamos que há erro de numeração nas cláusulas quarta e quinta (que estão como quinta e sexta). Sugerimos a correção da numeração, mas não identificamos óbices em seu conteúdo propriamente dito.

UNILATERAL:

A Lei nº 8.666/93, que expressamente prevê como prerrogativa extraordinária a alteração unilateral e a rescisão unilateral do contrato, implicitamente, permite à Administração Pública contratante a suspensão do contrato, mesmo que unilateralmente.

Bom registrar, o particular apenas detém a prerrogativa de suspensão unilateral quando diante dos inadimplementos contratuais indicados pelos incisos XIV e XV, e mesmo assim, apenas se tais fatos jurídicos não forem caracterizados em período de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra.

Nesta feita, em período como o atual, de calamidade pública decorrente do combate à pandemia do COVID-19, inexistente direito à suspensão unilateral por parte do particular contratado, com base nos dois dispositivos acima citados.

CONSENSUAL:

Por fim, há a possibilidade de suspensão contratual consensual. Ela também se encontra implícita no parágrafo único do artigo 8º da Lei nº 8.666/93.

Bom observar, a suspensão consensual pode apresentar-se como a forma mais propícia ao enfrentamento da situação atualmente vivenciada. Isso porque ela permite uma avaliação sobre a conveniência e oportunidade da continuidade da execução do contrato. Por certo, algumas contratações podem e deverão persistir em sua execução, mesmo que com ajustes, até para auxiliar o Poder Público no combate ao COVID-19. Noutra diapasão, há execuções contratuais que não apenas

podem ser suspensas, como devem ser, a fim de colaborar com as medidas de redução da incidência de contágio. 67. Em suma, é possível a suspensão do contrato administrativo de forma consensual, mediante a avaliação de conveniência e oportunidade pela autoridade competente pela gestão contratual e aceite da empresa contratada.

É recomendável a elaboração de minutas padrão de documentos administrativos, treinamentos com os gestores e pareceres com orientações “in abstracto”, a fim de subsidiar a prática de atos relacionados a projetos ou políticas públicas que envolvam manifestações repetitivas ou de baixa complexidade jurídica. (Enunciado nº 34 do Manual de Boas Práticas da Advocacia-Geral da União).

As contribuições ofertadas pela AGU, no que tange às rescisões contratuais e demais temáticas é de suma importância e oferta segurança jurídica aos atos tomados pelos gestores públicos federais. É necessário que os órgãos competentes do DF façam normativos similares, buscando, ao máximo, esclarecer os apontamentos acima apontados.

No tocante à lista de omissões destacadas no parágrafo inaugural deste capítulo, com a falta de legislação porque

CONCLUSÕES:

A temática da contratação pública é deveras extensa e inviabiliza que um único documento, ou lei, ou compêndio de normas possam tratar sem, ao menos, deixar de tratar de certos assuntos. Nesta toada une-se os deslizes pretéritos ocasionados pelos legisladores, consultores jurídicos ou doutrinadores e a este estudo, que desde já se solidariza e se desculpa pelas omissões existentes.

O momento vivido é extremamente delicado e exige ações rápidas e assertivas. As maiores preocupações surgem em oferecer oportunidade para que, no âmbito das contratações públicas, os atos sejam céleres e eficazes e, ao mesmo tempo, regulares e legais.

Essa última preocupação é o algoz dos gestores públicos, que, diante de tanta urgência para adquirir bens e serviços, e acrescida da ausência de normas e parâmetros, acabam assumindo riscos de executar ações e tomar decisões que serão questionadas em momento futuro, pelos órgãos de controle externo dos Poderes Legislativos e Judiciários.

Nessa perspectiva, em outra análise, não se vê ações preventivas dos demais poderes que possam oferecer segurança para os atos dos gestores públicos. Em suma, apontar erros e aplicar penalidades é concretizar olhar injusto perante as dificuldades vivenciadas no período da pandemia.

Acredita-se, sob a visão principiológica da razoabilidade, que as análises e julgamentos dos órgãos competentes separarão o excesso do plenamente viável de se realizar em época de celebração de contratações emergenciais.

A perspectiva do presente estudo é viabilizar informações para que os gestores públicos possam nortear suas orientações para contratações que atendam aos princípios da legalidade, razoabilidade e celeridade, que é o objetivo mais buscando neste período de calamidade.

Ao mesmo tempo, é objetivo também do presente estudo alertar aos órgãos consultivo jurídico para as necessidades de trazer, através de seus pareceres referenciais ou demais manifestações, segurança jurídica, no

momento em que orientam, aos gestores públicos, como fazer ou praticar atos e decisões.

E, numa perspectiva futura, é de trazer, aos órgãos de controle e fiscalização, toda o panorama de desafios e dificuldades que, tanto os órgãos consultivos jurídicos quanto os gestores públicos (tanto os que elaboram quanto os que executam) estão passando para estabelecer normativos que contribuam para contratações mais céleres e eficazes.

À exemplos dos normativos disponibilizados na época da Copa do Mundo e na Olimpíadas celebrados no Brasil, que exigia contratações de grande vulto em tempo exíguo, vários foram os questionamentos, e, inclusive, aplicação de penalidades administrativas e penais por parte dos órgãos de controle e fiscalização.

Nesse contexto, em hipótese nenhuma será estimulada a prática de ilícitos. Para tanto, as normas vigentes tecem especial advertência aos mal intencionados, tanto gestores públicos quanto terceiros interessados, que buscam ou buscarão meios de beneficiar-se do momento extraordinário.

O especial pedido é munir de informações diretas e precisas de orientação geral, em especial as apontadas no presente estudo. Esse é também papel dos órgãos de controle e fiscalização, e aguarda-se veementemente que se publiquem e informem orientações e normativos a contento.

A busca de medidas de enfrentamento à pandemia da Covid-19 é a meta final, e trará resultado direto à sociedade, que necessita de apoio direto e urgente dos agentes públicos do Estado. Seu papel, na atividade meio, é primordial para munir os setores de ponta de aquisições e insumos com eficiência e agilidade. Todos os órgãos, de todas as esferas de poder, possuem dever moral em contribuir e participar neste momento sensível que se passa, de modo conjunto, para evitar prejuízos ao erário e a terceiros.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Rodrigo Passos de. O desvirtuamento das licitações e as consequências jurídicas. **Conteúdo Jurídico**, Brasília-DF: 16 maio 2020. Disponível em: <<https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/47870/o-desvirtuamento-das-licitacoes-e-as-consequencias-juridicas>>._Acesso em: 16 maio 2020.

BRASIL. Lei 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. **Diário Oficial** (da República Federativa do Brasil), de 22 jun. 1993.

_____. 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. **Diário Oficial** (da República Federativa do Brasil), de 30 dez. 2004.

_____. Lei 12.462, de 4 de agosto de 2011. BRASIL. Lei 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. **Diário Oficial** (da República Federativa do Brasil), de 22 jun. 1993. **Diário Oficial** (da República Federativa do Brasil), de 5 ago. 2011.

_____ Lei 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. **Diário Oficial** (da República Federativa do Brasil), de 7 fev. 2020.

_____ Medida Provisória 961, de 6 de maio de 2020. Autoriza pagamentos antecipados nas licitações e nos contratos, adequa os limites de dispensa de licitação e amplia o uso do Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC durante o estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020. **Diário Oficial** (da República Federativa do Brasil), de 7 maio 2020.

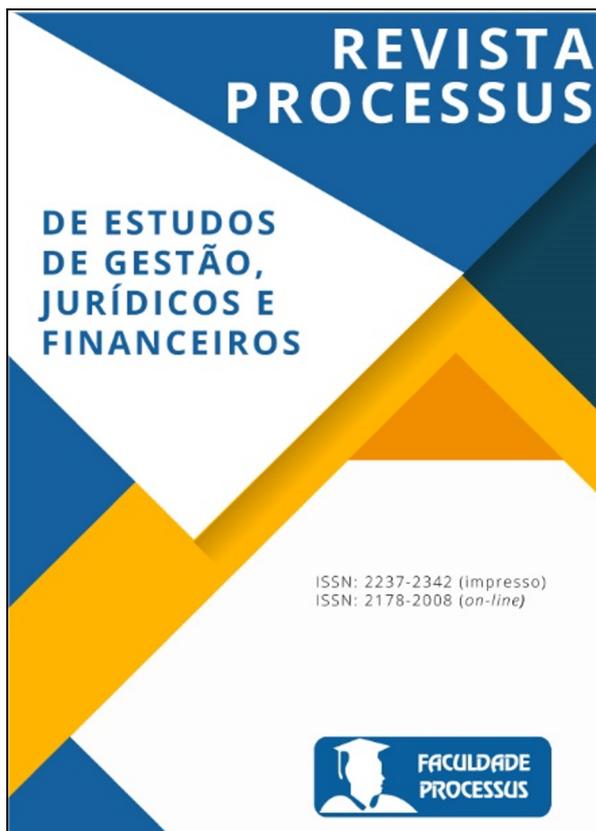
12.462

COELHO, Fábio Ulhôa. **Manual de direito comercial**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2015 (pg. 271).

PROCURADORIA-GERAL DO DISTRITO FEDERAL. Parecer Referencial n. 1 de 20 mar. 2020. Aquisição de bens, serviços e insumos de saúde. Enfrentamento da pandemia da doença do coronavírus (Covid-19). Contratação direta. Dispensa de licitação. Lei federal n. 13.979/2020. Decretos distritais nos. 40.475/2020 e 40.512/2020. **PGDF**, disponível em: <http://www.pg.df.gov.br/wp-content/uploads/2020/03/PARECER_REFERENCIAL_1.pdf>.

_____ Parecer Referencial n. 2 de 22 mar. 2020. Aquisição de bens, serviços e insumos de saúde. Enfrentamento da pandemia da doença do coronavírus (Covid-19). Contratação direta. Dispensa de licitação. Lei federal n. 13.979/2020. Medida provisória n. 961/2020. Decretos distritais nos. 40.475/2020 e 40.512/2020. **PGDF**, disponível em: <http://www.pg.df.gov.br/wp-content/uploads/2020/03/PARECER_REFERENCIAL_2.pdf>.

SILVA, Aruane C. A. Duarte da. **A triste realidade do agente público I**, publicado em 27/08/2013. Blog Zênite. <https://www.zenite.blog.br/a-triste-realidade-do-agente-publico-i/>, acessado em 14 de maio de 2020.



Revista Processus de Estudos de Gestão, Jurídicos e Financeiros

ISSN: 2237-2342 (impresso)

L-ISSN: 2178-2008 (on-line)

Ano XI, Vol. XI, n.40, jan./jun., 2020.

Tramitação editorial:

Data de submissão: 19/08/2020

Data de reformulação: 15/09/2020

Data de aceite definitivo: 20/10/2020

Data de publicação: 23/10/2020.

DOI: <https://doi.org/10.5281/zenodo.4124357>

OS IMPACTOS DA REFORMA TRABALHISTA¹

THE IMPACTS OF LABOR REFORM

*Diego Caldeira Mourão²
Jonas Rodrigo Gonçalves³*

Resumo

O objetivo deste artigo é estudar os impactos da reforma trabalhista de 2017 nas relações de trabalho, no desemprego e na economia. Investigou-se o seguinte problema: “Impactos causados pela reforma trabalhista no Brasil.” Cogitou-se a hipótese de que a reforma não atingiu as promessas e objetivos anteriormente traçados. O objetivo geral é a análise das mudanças trazidas pela Reforma Trabalhista, que culminaram em impactos negativos nas relações de trabalho, na economia, no desemprego e nos processos judiciais. Os objetivos específicos são a avaliação da eficácia de cada tema alterado pela reforma trabalhista, comparando as

¹ Este artigo contou com a revisão linguística de Marília Carolina Tomaz da Silva.

² Graduando em Direito pela Faculdade Processus. CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4188625338911825>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6138-3779>. E-mail: diegocaldeiram@gmail.com.

³ Doutorando em Psicologia; Mestre em Ciência Política (Direitos Humanos e Políticas Públicas); Licenciado em Filosofia e Letras (Português e Inglês); Especialista em Direito Constitucional e Processo Constitucional, em Direito Administrativo, em Direito do Trabalho e Processo Trabalhista, entre outras especializações. Professor das faculdades Processus (DF), Unip (SP), Facesa (GO), CNA (DF). Escritor (autor de 61 livros didáticos/acadêmicos). Revisor. Editor. CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6904924103696696>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4106-8071>. E-mail: jonas.goncalves@institutoprocessus.com.br. <aluno(a) pode colocar o nome de outro professor com sua respectiva formação, desde que seja mestre ou doutor e tenha colaborado diretamente com a elaboração deste artigo.

promessas com a realidade, e análise dos impactos causados por cada uma das alterações e as respostas que tivemos frente às mudanças trazidas por ela. Tal pesquisa é de grande importância para minha especialização no assunto trabalhista e para um conhecimento mais amplo dos impactos que a reforma trouxe consigo. É de grande valia para a ciência, pois é um assunto pouco estudado e que precisa ser mais aprofundado pelas universidades para o aumento do conhecimento de seus destinatários. Sendo, também, importante para a sociedade, pois traz consigo um debate necessários de tais impactos, levando o conhecimento pouco abordado aos cidadãos de nosso país. Trata-se de uma pesquisa qualitativa teórica com duração de seis meses.

Palavras-chave: Reforma Trabalhista. Impactos da Reforma Trabalhista. Período pós-reforma. Alterações nas leis trabalhistas. Impactos nas relações de trabalho.

Abstract

The objective of this article is to study the impact of 2017 Labor Reform on the labor relationship, unemployment and the economy. The following problem was investigated: "Impacts caused by labor reform in Brazil." A reform hypothesis was not considered, as promises and objectives previously outlined. The general objective is to analyze the changes brought about by the Labor Reform, which culminate in impacts on labor relations, the economy, unemployment and lawsuits. The specific objectives are to evaluate the effectiveness of each area changed by the labor reform, comparing the promises with the reality, and to analyze the impacts caused by each one of the changes plus the responses brought with it. This research is of great importance for my specialization and for a wider knowledge of the impacts that the reform brought with it. It has a great value for science itself, as it is a subject less studied than others and that needs to be further investigated by universities, in order to increase the knowledge of its recipients. It is also important for society, as it brings a necessary debate on such impacts, gathering knowledge that is not much addressed to the citizens of our country. This is a qualitative theoretical research, lasting six months.

Keywords: Labor Reform. Impacts of Labor Reform. Post-retirement period. Changes in labor laws. Impacts on labor relations.

Introdução

O objeto de estudo deste artigo de revisão de literatura é o impacto causado pela reforma trabalhista nas relações de trabalho, na geração de empregos, na economia e no judiciário. Outros aspectos importantes que vamos abordar serão as novas modalidades de trabalho advindas da reforma e o crescimento ou não da informalidade trabalhista nos anos que a sucedem.

Após praticamente 24 meses da validação da reforma trabalhista, verificou-se que ela não cumpriu com a promessa de aumento da formalização do trabalho e no aumento de empregos: os índices de desemprego têm sofrido baixas mudanças (tanto a baixa taxa de emprego e a incorreta utilização da força de trabalho), e os índices de emprego têm diminuído progressivamente. Dificilmente podemos justificar o aumento da empregabilidade, 1 ano e 7 meses após a validação da reforma, com a criação das novas modalidades contratuais, pois não se enquadram na legislação vigente, tão pouco nas mudanças previstas. É possível notar que a reforma trabalhista tem corroborado para o aumento de empregos informais no país. Outro argumento que

deve ser considerado é o fato das peculiaridades da nossa economia e da conjuntura internacional apontam que a diminuição dos direitos e do pagamento de proventos, não ajudaram na ampliação da empregabilidade. (FILGUEIRAS, 2019, p. 16)

Este artigo se propõe a responder aos seguintes problemas “Os impactos causados após a efetivação da Lei 13.467/17 foram positivos ou negativos?”. Portanto, foi observado que os impactos causados após a efetivação da reforma trabalhista foram positivos e negativos, porém, conforme artigos estudados, foram mais negativos do que positivos.

Este artigo mostra que já são evidentes os impactos causados pela reforma trabalhista no mercado de trabalho e contribuem na reflexão sobre as regras predominantes referente ao trabalho. Foram identificados impactos considerados intensos, outros que se direcionam para uma intensificação, mas que advém de vários fatores. Contudo, tais impactos caminham para a diminuição de custos e mudanças de recursos aos contratantes. (KREIN; OLIVEIRA; FILGUEIRAS, 2019, p. 12)

A hipótese levantada frente ao problema em questão foi que os impactos causados, apesar da promessa de uma melhora nas relações de trabalho e no aumento da empregabilidade, não seriam suficientemente positivos. Portanto, não alcançariam os objetivos estabelecidos. Ou seja, deve ser observado no decorrer deste artigo que as mudanças trouxeram, em sua maior parte, impactos negativos nas relações de trabalho, na economia e no desemprego.

Com o intuito de averiguar os efeitos da reforma trabalhista na economia, tal estudo está baseado em torno dos assuntos que marcaram a discursão da conjuntura da reforma. O objetivo é apresentar, por meio de dados estudados, a baixa efetividade das formas para a obtenção de um ambiente propício ao retorno da atividade empregatícia e da economia. (TEIXEIRA, 2019, p. 57)

O Objetivo Geral deste trabalho é apresentar os impactos causados pela validação da Reforma Trabalhista, de 2017, analisando os aspectos positivos e negativos a ela advindas. De forma que foi analisado o contexto econômico que vivemos em nosso país, e quais as expectativas futuras no que diz respeito à empregabilidade, as relações de trabalho, as novas modalidades de emprego e o avanço tecnológico.

Os Objetivos Específicos deste trabalho são a avaliação da eficácia de cada tema alterado pela reforma trabalhista, comparando-os às promessas com a realidade, e analisar os impactos causados por cada uma das alterações e as respostas que tivemos frente às mudanças trazidas por ela.

É possível notar que as medidas adotadas pela reforma trabalhista contradizem e confirmam os direcionamentos de articulação e precarização do mercado trabalhista. Há indícios claros que a Lei 13.467/17 amplia as maneiras mais frágeis de contratação, principalmente com advento da terceirização, da subutilização do trabalho, do trabalho autônomo como impulso ao trabalho informal. Tais hipóteses, também, direcionam o nosso estudo sobre a reforma. (KREIN; OLIVEIRA, 2019, p. 83)

A importância desta pesquisa para mim é que pude conhecer, com mais detalhes, os impactos da reforma trabalhista, sendo uma área em que me interessa bastante, pois trata-se de um assunto pouco estudado por mim durante o período em que estive na universidade. Tal assunto é de grande valia para minha aprimoração nos estudos das leis trabalhistas e me orientará para seguir o caminho correto dos estudos sobre este tema e uma visão mais ampla das consequências trazidas pela reforma.

A importância desta pesquisa para ciência é de grande importância, pois é um assunto pouco estudado e pouco debatido, devendo ser do entendimento de todos os

impactos causados pela reforma, para que os interessados, de certa forma, reivindicuem ou até mesmo apoiem os impactos causados. Com um maior estudo sobre o assunto, maior o debate e conseqüentemente é possível identificar melhorias e soluções para o assunto e para os impactos negativos.

A metodologia utilizada na confecção foi a pesquisa teórica, através de 5 artigos científicos abstraídos de uma revista acadêmica, extraída do Google Acadêmico. Pesquisados através das seguintes palavras-chave: Reforma Trabalhista, impactos da Reforma Trabalhista, período pós-reforma, alterações nas leis trabalhistas e impactos nas relações de trabalho.

Para alcançar uma resposta mais exata é necessário utilizar diversas ferramentas de pesquisa. Para se obter o melhor resultado é preciso escolher a ferramenta correta, que deverá ser feita pelo pesquisador. (GONÇALVES, 2020, p. 46)

Os autores pesquisados possuem no mínimo a especialidade de mestrado e a revista acadêmica utilizada, cujo nome é “Reforma Trabalhista no Brasil: promessas e realidade”, possui ISSN. Tal pesquisa é qualitativa e quantitativa, onde os autores se utilizam de dados pesquisados e de pesquisa bibliográfica.

Os impactos da Reforma Trabalhista

No período inicial dos anos 90, na intenção de diminuir os desempregos, começam a surgir inúmeras pesquisas acadêmicas e institucionais apoiando às reformas trabalhistas, as chamadas de Jobs Study, da OECD, de 1994, podendo ser considerada um dos documentos mais influentes e conhecidos. Houve, naquela época e no Brasil, várias tentativas de realizar reformas na Consolidação das Leis do Trabalho, tal iniciativa foi tratada como consentida por muitos, debatendo-se a necessidade da redução de direitos dos trabalhadores de forma explícita ou a adoção de uma suposta flexibilização das normas. (AMADEO, 1994). De acordo com as peculiaridades do mercado de trabalho do Brasil, o combate ao desemprego geralmente vem associado a um prometimento de normatização. Por mais de 25 anos, conforme apresentada esta retórica, as empresas defendem tais mudanças nas leis do trabalho. Porém, as leis trabalhistas não sofreram grandes alterações no período de 1990 a 2000, sendo mantidas as condições reguladoras do trabalho. Desde então, realizar a reforma da CLT é um propósito que se mantém nas expectativas empresariais. (FILGUEIRAS, 2019, p. 18)

Como consequência da crise de 2008, é possível observar internacionalmente uma ânsia na promessa da diminuição do desemprego através de alterações na legislação trabalhista, crescendo, assim, a quantidade de reformas trabalhistas em muitos países (ADASCALITEI; MORANO, 2015). Tempos depois, após se estabelecer a crise no Brasil, esforços empresariais alcançaram as mudanças desejadas que foi divulgada, naquele tempo, pelo então Presidente da República, como uma forma para manter a empregabilidade. (FILGUEIRAS, 2019, p. 18)

No cenário político que vivíamos no início do século XXI, as mudanças das normas legais foram consideradas incoerentes quando, concomitantemente, foram inseridas regras que aumentaram a proteção social (como exemplo a política de melhora do salário mínimo, o Projeto de Emenda Constitucional para as empregadas domésticas, dentre outras) e quando houve um favorecimento da maleabilidade das relações trabalhistas (tendo como exemplo a lei de falência, as mudanças no seguro desemprego e no abono salarial). As alterações foram consideradas específicas devido a maleabilidade das relações trabalhistas (com intuito de diminuir direitos favoráveis à redução do desemprego e dos trabalhos informais) devido não obter

sustentação na economia e na política daquela época. A alegação das alterações das leis do trabalhista consideradas condicionantes da recuperação do emprego, que entre 2015 e 2016 foram contrárias a manifestação da crise na economia e na política e o aumento do desemprego e do trabalho informal, foi fortalecida, até a validação, em 2017, da Reforma Trabalhista. Após dois anos de sua implantação e acompanhando a instabilidade político-econômica, não há condições de diferenciar, precisamente, o motivo do prosseguimento e piora dos desgastados indicadores do mercado de trabalho, em relação aos efeitos da crise comparadas as alterações que acompanham a reforma. Porém, é plausível e viável debater o quanto a Reforma Trabalhista não tem conseguido cumprir suas promessas aos trabalhadores e aos brasileiros. É nessa linha de entendimento que continuaremos a refletir. (KREIN; OLIVEIRA, 2019, p. 87)

Entende-se, portanto, que a crise estendeu desde os anos de 1990, pois seria necessário que houvessem mudanças nas relações trabalhistas, cujo intuito seria de resolver problemas na economia e, conseqüentemente, na diminuição do desemprego. Mesmo após um longo período de tentativas e mesmo o objetivo ter sido alcançado, foi observado que as alterações realizadas pela reforma não conseguiram solucionar ou, então, amenizar os problemas trabalhistas no Brasil.

Embora predominasse a narrativa macroeconômica agregada pelos setores empresariais e pelo governo que obtinha foco no excesso de comparecimento do Estado na economia e a desconformidade fiscal era visualizado como efeito do desequilíbrio das regras de austeridade e por parte dos funcionários públicos restaurariam uma parcela do equilíbrio fiscal. Em conformidade se espalha uma narrativa ajustada a coerência de diminuição dos gastos trabalhistas e que a tribulação pode ser considerada problemática em relação a oferta entre seus funcionários da esfera econômica, tendo que focar os esforços na reestruturação da rentabilidade e da disputa econômica retornar ao crescimento. Portanto, é iniciada uma corrente de reparos na estrutura que alcançariam a validação da Emenda Constitucional 954 em 2016, a validação da reforma trabalhista e da Lei de terceirização em 2017 e, no ano de 2019, a reforma da previdência alcança o procedimento interno no Congresso Nacional. Foi criado para combater a crise um acordo entre os segmentos do governo e das empresas de que as regras de aumento dos gastos públicos eram considerados um travamento ao equilíbrio fiscal, tendo que ser defendida através de soluções de austeridade. Outras interpretações e elucidações para a crise foram ignoradas e não executadas, por exemplo a que segue para o sentido da insuficiência de pedidos, a ser combatida através de regras monetárias e de fiscalização expansionista, através do aumento dos gastos públicos e dos pedidos efetivos para a manutenção dos graus de renda e emprego. O que se foi interpretado aqui, guiou a política econômica cometida pelo governo no período de 2004 a 2014 (TEIXEIRA, 2019, p. 57)

A Lei nº 13.457 de 2017 incluída em uma fase política de necessária transformação no que tange ao mecanismo de regulamentação pública trabalhista (que contém a atuação da auditoria-fiscal trabalhista, da Justiça do Trabalho e do Ministério Público do Trabalho), estabeleceu um grande processo de mudança das regras das relações trabalhistas, no tocante as normas que regem as negociações coletivas e, também, dos contratos. A conjuntura política a qual se inclui a Lei nº 13.457/17 foi importante para a reanálise da estrutura constitucional de anteparo trabalhista, formada pela junção dos artigos 21, XXVI, 114 e 127, caput, e 129, II, III, e I, da Constituição Federal, que se encadeiam inicialmente do propósito da efetivação da dignidade da pessoa humana. (DUTRA, 2019, p. 159)

Para isso, a reforma trabalhista alega visar a conduta dos empregadores, para que possam realizar mais contratações. Como podemos observar mundialmente, tal declaração poderia ocorrer através de uma “flexibilização” das leis vigentes. Porém, tal procedimento é constituído apenas de redução de direitos, devido: 1- as leis do trabalho são sempre flexíveis “para cima”, como a própria história nos dá a garantia de direitos mínimos, porém é possível a negociação de melhores condições; ou seja, o aumento desse procedimento de flexibilizar as leis significa diminuir direitos; 2- foram cancelados os direitos, da CLT, considerados flexíveis, ocorridos em condições específicas (como o adimplemento de horas in itinere). O pensamento, em suma, é que a redução de gastos (direitos) trabalhistas ativa ou definem o aumento de contratos de trabalhadores por empresas. (FILGUEIRAS, 2019, p. 19)

Com isso, nota-se que para o governo, a ideia de mudança eficaz na legislação trabalhista só ocorreria caso tivesse uma redução nos gastos trabalhistas e essa redução só poderia ocorrer com uma diminuição de direitos, a qual ocorreu principalmente para os trabalhadores. Tal entendimento, nos leva a crer que existiria apenas uma solução para os problemas que vivíamos e ainda vivemos, porém, outras interpretações foram ignoradas, como exemplificadas pelo autor, porém tais ideias trariam gastos públicos, o que iam de encontro com as regras acordadas pelo governo.

Tendo como informação que alguns artigos da legislação trabalhista sofreram mais de uma alteração, as leis trabalhistas tiveram mais de cem mudanças com a reforma de 2017, juntando as características da relação empregatícia. É possível observar uma grande coerência na diminuição de gastos para o empregador, seja reduzindo o equilíbrio das rendas do trabalhador, retirando a garantia mínima do salário, reduzindo parcelas variáveis, valores embolsados nas demissões, ou freando a validação dos direitos restantes. Unidades que foram obrigados a se tornarem cortáveis, itens considerados articuláveis foram cancelados. No período pós-reforma, a economia de ganhos pelos empregadores podia ter sido descomunal e agora possui a tendência de crescimento. Uma das maiores e mais claras formas de se obter ganhos pelos empregadores adquiridas pela reforma, está da delimitação do acesso à Justiça por parte do trabalhador. Com o advento da cobrança de custas processuais aos trabalhadores, as Varas do Trabalho tramitaram 1.744.644 novos processos em 2018, uma diminuição de 34% em relação ao ano anterior, o qual foram processados 2.642.879 pedidos. Uma outra alteração que trouxe impacto que puderam ser medidos é o denominado demissão por acordo mútuo, o qual pode permitir uma redução de 20% da multa do pagamento do FGTS e a redução pela metade do aviso prévio indenizado. O pagamento de proventos aos funcionários contratados após a reforma, equiparado aos proventos médios mensais com o provento de contratação do mesmo período em 2017 tem sofrido um reflexo negativo conforme os meses vão passando. Após o ano de 2017, mesmo que o desemprego tenha reduzido fortemente e o emprego formal aumentado, não é possível ligar esse fato às mudanças legais sem provar uma relação de causa e efeito. Porém, não foi possível identificar algum resultado, inclusive diversas grandes empresas confirmaram tal afirmação. (FILGUEIRAS, 2019, p.p. 31 e 32)

Nos quatros meses anteriores, a validação da reforma trabalhista finalizado no décimo mês de 2017, o desemprego atingia 12,740 milhões de brasileiros, ou 12,2% dos cidadãos considerados empregáveis, contra 12,984 milhões no trimestre terminado no quinto mês do mesmo ano. Foi possível computar 26,554 milhões de desempregos no décimo mês de 2017, contra 28,524 milhões em maio, número mais alto, desde então, da série histórica da PNAD. (FILGUEIRAS, 2019, p. 35)

Bem como a antevisão do Ministro da Economia, da ampliação do mercado de trabalho, com a Reforma, também não ocorreu o prometido pelo então Ministro do Trabalho, Ronaldo Nogueira, de que as novas categorias trabalhistas criadas, como o trabalho home office, intermitente e por tempo parcial, conseguiriam desenvolver, no próximo biênio, prováveis novos dois milhões de empregos formais. Analisando cada modalidade nova, foi possível observar que o trabalho intermitente, não conseguiu alcançar o prometido e gerou, apenas, 137.105 empregos (0,55% dos contratados gerais), conforme análise do CAGED. Porém, levando em consideração o número total contabilizado no mesmo período (contratados menos demitidos), foi possível observar um maior destaque do trabalho intermitente, representando 19,8% (90.054 funcionários intermitentes numa soma considerada baixa, de 454.680, conseqüente de uma alta rotatividade). Observa-se, portanto, que as admissões de trabalhadores intermitentes não configuram garantia econômica e de estabilidade, e que um mesmo funcionário poderia ter assinado mais de um contrato, números esses que podem representar um falso crescimento. Se observássemos apenas os números, é possível identificar um insuficiente cumprimento das promessas trazidas com a reforma trabalhista. Entretanto, apesar de não cumprir a promessa trazida de se admitir que a reforma traz consigo uma melhor qualidade de emprego com essa nova espécie de trabalho. (KREIN; OLIVEIRA, 2019, p. 89)

Podemos observar que dentre as várias mudanças ocorridas com a Reforma Trabalhista, sendo elas nas relações de trabalho e na criação de novas modalidades de contratação, a sua maioria é mais benéfica aos empregadores. A flexibilização tão estimulada pelos idealistas da reforma foram consideradas para cima, ou seja, para os que estão em destaque. Mesmo com todas as mudanças, que apesar de possuir o objetivo de aumentar a empregabilidade, não foi possível alcançar tal êxito. Conforme os dados expostos anteriormente, o índice de desemprego são maiores que os anteriores a homologação da reforma e a tendência é o crescimento.

Uma outra modalidade de contratação que, apesar de já existir, foi modificada pela reforma trabalhista foi a terceirização. Tal modalidade ocorre quando uma empresa principal realiza um contrato com outra empresa, considerada subordinada no que diz respeito de como confeccionar um serviço bom. Como mostram Filgueiras e Cavalcante (2015), a modalidade apresentada é constituída de um método gerencial da força de trabalho pelo capital que visa a diminuição de custos trabalhistas, a articulação de uma organização e a divisão de riscos negociais com demais operadores da economia a ele subordinado. Como mostram Biavaschi e Teixeira (2015) em seus diversos incentivos é observado que a escolha pela terceirização torna-se cada vez mais comum em um ambiente em que o capitalismo financeiro é prevaído e que a concorrência empresarial é cada vez mais evidenciada devido a não regulamentação econômica e ao pequeno aumento do produto. (KREIN; OLIVEIRA, 2019, p. 104)

Os entendimentos que tentam alcançar uma maior estimativa de modalidade descrita no parágrafo anterior, se iniciam da observância de atividades consideradas terceirizáveis, como por exemplo, a vigilância, propaganda, serviços contábeis, assessoria jurídica e a limpeza. Nota-se que não há alternativas disponíveis mais precisa e diretamente para se realizar uma estimativa, já que as análises realizadas não abrangem questões mais específicas focadas para tal assunto e, tão pouco, que estejam ligadas nas diversas formas de exposições. Soma-se a isso a circunstância de que a legislação que trata da reforma e da terceirização, as quais foram implementadas em 2017, ao permitir a terceirização de forma ilimitada, até mesmo para atividades-fim, dificultaram mais tal desafio. (KREIN; OLIVEIRA, 2019, p. 105)

Além da terceirização, outras duas importantes novidades da reforma para as modalidades empregatícias foram o aumento do trabalho parcial e a validação do trabalho intermitente, já mencionado anteriormente. No parecer da reforma, foi afirmado pelo relator que o trabalho intermitente geraria por volta de 14 milhões de empregos formais num período de 12 anos. Apenas no setor de comércio, estima-se o desenvolvimento de mais de 3 milhões de postos de trabalho. (PARECER DA REFORMA, 2017, p.50). Entretanto, o número de trabalhadores intermitentes (79 mil), após 1 ano e 7 meses da reforma, não conseguiu alcançar nem 5% do desejado para o período de um ano. (FILGUEIRAS, 2019, p. 38)

Outros objetivos trazidos pela reforma foram a de melhorar as condições dos contratos de terceirização e a criação de novas modalidades de trabalho. Ambos possuem o mesmo objetivo: aumentar a empregabilidade e a formalidade. Porém é possível entender que a simples criação destas novas espécies contratuais não foram suficientes para gerar os empregos estipulados, portanto será necessário um maior tempo e a realização de uma melhor estimativa para que possamos mensurar os verdadeiros impactos causados por essas mudanças. Vale ressaltar que tais mudanças, ainda não alcançaram nem 5% do prometido.

É importante destacar que os direcionamentos do mercado de trabalho depois de validada a reforma trabalhista mostram inexpressivas alterações em relação aos anos anteriores até os primeiros meses do ano de 2019, quando a crise na economia gerou um descaminho substantivo, principalmente com o aumento expressivo do desemprego, o aumento de sub-ocupações de trabalho, trabalhista devido a informalidade e de sua própria conta. Nota-se que é uma situação que contradiz ao período anterior, que se iniciou em 2000, mas com uma maior veemência no período de 2004 a 2014. (KREIN; OLIVEIRA, 2019, p. 84)

Com base numa pesquisa realizada pelo CAGED, foi observado que o salário real dos admitidos após a reforma, calculado a partir de uma média móvel interanual, evidenciou uma diminuição da estimativa dos proventos recebidos pelos trabalhadores após a reforma, até mesmo uma desvalorização nos meses de abril, maio e junho de 2019. É provável que tal fato tenha ocorrido devido as empresas, com o advento da reforma, obtiveram uma maior liberdade no ajuste de remunerações trabalhistas conforme os ciclos econômicos, tendendo a diminuição dos proventos devido a estendida crise, como atualmente. Observa-se que essa mesma média calculada provavelmente poderia ser reduzida caso, em parte dos anos, não prosseguisse vigorada a regra de valorização dos proventos mínimos, garantindo, assim, a retomada do piso salarial com valores menores, acrescidos da valorização da moeda. Resumindo, ao enfraquecer os sindicatos e as formas protecionistas do trabalhador, a reforma torna as condições mais desvantajosas ao trabalhador comparada ao poder das empresas na disposição dos proventos, ajustados aos supracitados ciclos em que os funcionários se inserem. (KREIN; OLIVEIRA, 2019, p.p. 132 e 133)

Outros aspectos que impactaram negativamente aos trabalhadores e ocorridos após a reforma trabalhista foram: o aumento no índice de desemprego e a redução da estimativa do salário pago aos empregados. Ambos são consequências da crise econômica de nosso país, mas poderiam ser amenizados pela Reforma Trabalhista, o que não ocorreu. Portanto entende-se que a Reforma Trabalhista seria o refúgio do país frente a uma crise na economia, mas que não foi eficaz em seus objetivos, trazendo mais incertezas aos cidadãos.

Pôde observar que a reforma trabalhista ajustou no mínimo uns dezesseis critérios de regulação da jornada de trabalho, na tentativa de articular as condições

do período trabalhado favorecendo as empresas, de certa forma, a contribuir num possível pagamento de horas e minutos realmente trabalhados. Vários critérios alterados pela reforma não foram possíveis averiguar através de pesquisas. Alguns direcionamentos foram observados, destacando-se as seguintes: 1) a efetivação da validação do período trabalhado como uma das mais importantes disputas nas negociações coletivas; 2) o término da gradual diminuição da jornada média de trabalho, juntamente da quantidade de admitidos inclusos da jornada padrão, direcionamentos sempre impostos desde o início do século XXI; 3) o gradual aumento dos polos das jornadas de trabalho, através do crescente número de cidadãos que trabalham até catorze horas por semana e os que trabalham no período maior que 48 horas, principalmente nos empregos que obtiveram maior crescimento no mesmo período atual; 4) o acréscimo da não padronização da jornada oficial, com a implantação de novos arranjos, incluindo a abertura de jornadas mais articuláveis e diferenciadas, através de setores da economia; 5) há sinais da retirada do pagamento da jornada *in itinere*. (KREIN; OLIVEIRA, 2019, p. 138)

Desde os primórdios dos anos 90, o Brasil se direciona (apesar da variação da intensidade e da cadência) para as tendências internacionais da inserção de espécies contratuais trabalhistas a termo através da ideia de regular o mercado de trabalho à atual conjuntura econômica gerada pela globalização financeira. Por meio dessas circunstâncias, podemos dizer que as admissões a termo, ou espécies de trabalho não típicas, não se tornam uma escolha para períodos e tarefas excepcionais – que necessitam de uma confirmação especial – e se tornam livres aos empregadores como uma alternativa nova de admissão. No país, tal procedimento ocorre com a implantação do contrato por tempo determinado (Lei 9.601/98), parcial (MP 1709/98 e 2164/01) e da terceirização de atividade meio no particular (Súmula 331/93). Nota-se que as primeiras espécies contratuais acompanharam o mesmo direcionamento das admissões atípicas validadas precedentemente (por safra, temporários e por obra) e obtiveram pouca ocorrência no saldo anual dos trabalhos mensuradas pela RAIS, com ressalva da terceirização. Existem dois fatos essenciais para a menor efetivação dessas novas modalidades de contrato (apesar de se entender que após a sua validação ocorreu um aumento na empregabilidade): 1) o fato de existir uma estrutura válida que gera uma autonomia das empresas de demitir sem justificativa, podendo também realizar a demissão do funcionário em período de experiência. 2) consecutiva a ideia anteposta, as novas espécies contratuais não retratam como os privilégios administrativos e da economia. Por esse motivo, pensadores afirmam que descumprir normas legais no nosso país é compensatório, pois é pequeno o risco de ser auditado ou processado. (KREIN; OLIVEIRA, 2019, p. 88)

Outro importante aspecto que podemos observar no período pós-reforma são os impactos na jornada média de trabalho, que apresentam, entre diversos ciclos econômicos e de ocupação, alternâncias positivas e negativas no tempo normalmente trabalhado. Entre o período de 2018 a 2019, nota-se um aumento de 0,2% (porém, reverteu uma inclinação negativa de 2,7% ocorridas no período de 2012 a 2017) no número de empregados privatizados e formais. Porém, para os funcionários informais foram constatada a mesma diferença na variação de queda de 5,5% revertida em nula, no mesmo período supracitado. No que se refere aos trabalhadores informais foi observado um crescimento de 1,4% no biênio 2018 e 2019, frente a uma diminuição de 8,1% no período precedente – o que provavelmente se associa as técnicas elaboradas de administração trabalhista e das autoridades públicas em consonância de regras de austeridade fiscal. Para os funcionários públicos e militares, também foram observadas um aumento de 0,3% na jornada média normalmente trabalhada

entre os anos de 2018 a 2019. Porém, no período precedente, já havia ocorrido um aumento de 0,8%. No que tange aos trabalhadores domésticos são observadas uma diminuição de 0,6% para os informais, frente a uma elevação de 4%, talvez relacionadas as complicações de descobrir emprego durante a crise -, já os trabalhadores domésticos formais obtiveram um aumento de 0,3%, idêntico ao período precedente. Os trabalhadores autônomos, entretanto permanecem sofrendo uma diminuição na jornada de trabalho semanal normalmente trabalhada de 0,3%, contudo em um nível abaixo comparado ao período anterior, que obtinha uma queda de 4,6%. (KREIN; OLIVEIRA, 2019, p.139)

O mercado de trabalho sofreu diversas alterações em seus aspectos, um deles, que não poderíamos deixar de mencionar é a jornada de trabalho. As mudanças ocorridas fizeram com que a jornada média habitualmente trabalhada aumentasse e tal jornada fosse paga pelos seus contratantes, pelo valor das horas e minutos realmente trabalhados, ou seja, mais uma vez conseguimos enxergar que as mudanças desenvolvidas pela reforma e a tal flexibilização almejada causaram impactos mais benéficos às empresas.

O mercado de trabalho é o reflexo da conduta econômica de um formato mais habitual e regular. O decréscimo do dinamismo da economia, embalado por setores de serviços e da comercialização traçaram uma característica do emprego gerado no primeiro momento após a reforma. A mensuração de trabalhadores ocupantes em relação a seus proventos também nos apresenta um modelo de deficiência do mercado de trabalho vigente em nosso país, a qual sempre concentrou seus esforços em empregos de baixa eficácia e baixos proventos, que se alternavam entre 1 e 2 salários mínimos: sendo eles correspondentes a 72,6% de homens negros, 82% de mulheres negras, 50,5% de homens brancos e 63,4% de mulheres brancas no final de 2018. (TEIXEIRA, 2019, p. 62)

Da forma que é exposta, a reforma trabalhista é uma norma pública que foca na sobrevivência da maior parte dos cidadãos, que necessita de um salário para sobreviver. Para isso, devido não possuírem uma reserva financeira, nem podendo optar pelo trabalho autônomo, procuram as empresas para ofertar sua força de trabalho. Porém, é necessário que essas pessoas encontrem e sejam contratadas para exercer seu trabalho, ou seja, precisam de um contratante para isso. Para tanto, a reforma se coloca como um método de elevação de compra e uma melhoria nas condições trabalhistas através da formalização, entretanto, foca na promoção de uma dignidade para os funcionários e seus dependentes. Com isso, nota-se que a reforma alega priorizar o comportamento dos contratantes, para que possam empregar mais. Contudo, isso só seria possível através de uma flexibilização das leis trabalhistas, a qual já foi melhor explicada anteriormente. (FILGUEIRAS, 2019, p. 19)

Desde 2016, é possível observar que a crise na economia do nosso país tem se direcionado cada vez mais para uma piora, através de efeitos impactantes sobre os patamares da informalidade e de formação de empregos. Foi construído uma narrativa predominante com base na reforma, gerando pelos níveis empresariais, liberais e governamentais, de que a articulação das relações trabalhistas configurariam em autonomia na economia e impulsionaria o retorno de investimentos externos e internos. Após 1 ano e 6 meses de sua validação é observado uma piora da crise, com altos índices de desemprego, uma economia que não sai do lugar e um aumento na confiabilidade de investidores de outros países. Com isso, é identificado um embate entre diversificadas perspectivas sobre as ferramentas com maior eficácia para uma melhora econômica e até uma retomada da normalidade financeira do país. Pesquisadores e estudantes alertaram sobre os deslizamentos da reforma e a seu verídico

propósito, que é de debilitar as condições contratuais e uso da mão de obra humana, regulando-se através da dinâmica dos contratantes conforme a lógica de seus empreendimentos. Isso torna mais claro na medida que são avaliados os resultados sobre as relações trabalhistas e o mercado de trabalho. (TEIXEIRA, 2019, p. 76)

Nota-se que além dos impactos negativos aos trabalhadores abordados anteriormente, a desvalorização do trabalho é mais um aspecto que também foi causado pela crise, mas que não pôde ser freado pela reforma. É possível perceber ainda que a maioria dos trabalhadores que ocupam posições inferiores e com remunerações baixas são negros. A valorização da força do trabalho depende de um contratante, pois o cidadão que procura um emprego, precisa ser contratado por alguém. Portanto, a reforma busca avaliar o comportamento dos empregadores, para que eles possam aumentar o número de contratos, o que ainda não foi possível observar.

Por um outro lado, devemos identificar um outro aspecto importante que sofreu alterações após a reforma: a rentabilidade. Enquanto ela cresceu, o custo de capital e os juros reduziram; porém, não impactaram nos investimentos, conforme análise do Centro de Estudos do Mercado de Capitais. O regresso financeiro para algumas empresas pulou de 7,2% para 12,4% de setembro de 2017 a setembro do ano seguinte. O custo capital próprio retroagiu de 16,5% no ano de 2014 para 13,1% quatro anos depois, a qual foram verificadas 240 empresas. Contudo, as taxas de investimentos de empresas em funcionamento continuam na nível mínimo de anos antecedentes e não seguiu a reabilitação da taxa de retorno do capital próprio. As taxas de investimento reduziram em 0,45% do PIB comparado a 2017. (TEIXEIRA, 2019, p. 71)

A redução de ganhos pelas empresas é entendida por parte dos estudantes de economia como a principal culpada pela diminuição de taxas de investimentos. Tal diminuição tendeu a piora por volta de 2011 (MARQUETTI, 2018). O desaceleramento do índice de crescimento, iniciado no ano de 2014, impactou nas dissimetrias da economia de uma forma mais abrangente. A junção de alguns elementos culminaram na redução de 14,1% nos investimentos em 2015. Porém, o quinhão de lucros e de sua taxa, em 2015, provocou um crescimento sem resultados subsequentes na economia, já esperado, pois três anos depois foi possível verificar que a rentabilidade aumentou, contudo não gera mais empregos e, tão pouco, investimentos. Ou seja, a atividade de produção é precedida de acúmulo de lucros. Contudo, as reformas ajudaram no aumento da rentabilidade, na diminuição de gastos, na recomposição de limites de lucro sem consequências sobre a produção. Com isso, é um antagonismo aguardar que a reforma que articula direitos e causa fragilidade pelas várias maneiras de contratar possa impulsionar a economia, de modo que o consumismo equivalente a 64% do PIB, será atingido pelo resultado de postos de trabalhos mais instáveis e deficientes com efeito sobre a demanda agregada. Frente a conjuntura de inconsistência, as resoluções serão postergadas e inviabilizadas. (TEIXEIRA, 2019, p. 71)

O direcionamento do mercado de trabalho recentemente, corroborada pelas novas leis trabalhistas, inclina-se a causar consequências quanto ao assunto da seguridade social. De um lado, é possível notar que existe uma dificuldade cada vez maior de uma divisão importante de empregados alcançarem o preenchimento de padrões mínimos necessários para conquistarem o benefício, como a regra do tempo mínimo de contribuição para a aposentadoria e da empregabilidade de, no mínimo, 1 ano e 6 meses para o exercer o direito de solicitação do seguro desemprego, dentre outros. Olhando por outros aspectos, ao inserir novas espécies contratuais, a reforma

causa efeito negativo aos fundos públicos e sua aptidão de acumular recursos, quanto mais a contratação de serviços pessoais, a troca do pagamento por serviços e bens e o pagamento remunerável variável avançam. Do mesmo modo nota-se um aumento de empregos mais precários. (KREIN; OLIVEIRA, 2019, p. 146)

Conforme abordado anteriormente, a economia sofreu e vem sofrendo muitos reflexos nos últimos anos, causando impactos na rentabilidade das empresas e, conseqüentemente nas taxas de investimentos. Porém, mesmo com o advento das reformas é difícil esperar que tais alterações impactem positivamente na economia, ou seja, a reforma trabalhista juntamente com as demais não possui uma perspectiva positiva para o futuro. Portanto, dificilmente trará melhorias nos outros aspectos já abordados e para a economia.

No que diz respeito aos processos trabalhistas, é possível observar que no âmbito federal, mais precisamente do Supremo Tribunal Federal, foram propostas mais 30 ações de controle de constitucionalidade referentes a reforma trabalhista, entre elas as ações declaratórias de constitucionalidade e as ações diretas de inconstitucionalidade. Tal número de pedidos contrários à Lei nº 13.467/2017 expressão não somente a sua extensão devida às mudanças causadas nas normas trabalhistas, mas também na insegurança jurídica que tal reforma desencadeou. (DUTRA, 2019, p. 160)

É de suma importância salientar o protagonismo do Supremo Tribunal Federal frente a enfraquecida jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho acometida anteriormente à reforma, tendo aquela realizado, antecipadamente, entendimentos trazidos pela reforma trabalhista, notoriamente no que se diz respeito ao predomínio do negociado sobre o legislado. (DUTRA, 2019, p. 162)

É importante destacar, ainda, que a conjuntura de enfraquecimento da proteção legal e o medo em decorrência de sentenças com decisões judiciais contrárias às partes mais frágeis, diante a nova possibilidade de pagamento de custas processuais e honorários advocatícios, resultam, juntamente com outras questões, na redução de reivindicações – ao aumento de um distinto procedimento de enfraquecimento de normatização pública cometido pela justiça trabalhista: as conciliações entre as partes. Tal procedimento, com todos os efeitos que podem ser causados aos trabalhadores, é estimulado, devido a junção da posição desfavorável em que empregado se encontra e ao receio de uma sentença desfavorável, causando prejuízos financeiros para ele. (DUTRA, 2019, p. 172)

Causados pela hipossuficiência do trabalhador e pela possibilidade do empregado ser obrigado a pagar custas processuais. O número de processos trabalhistas após a Reforma Trabalhista sofreram uma queda, ou seja, até neste ponto podemos notar que a reforma trabalhista foi mais favorável às empresas, pois os funcionários com o medo de prejuízos processuais deixaram de reivindicar seus direitos, o que enfraqueceu mais ainda a posição do empregado, que na maioria das vezes possui baixa qualidade de vida.

A cada dia que se passa, observamos o avanço do baixo padrão de gestão do trabalho, que além de causar mortes com desastres, como exemplo o ocorrida na Vale, não tem apoiado uma melhoria tecnológica, fazendo com que fiquemos mais distantes ainda da margem da inovação. Nota-se que a cada dia mais há uma competição fundamentada na assolação dos trabalhadores, que tendem a lucrar mais, porém sem ajudar na ampliação e na junção produtiva, aumento dos investimentos e dos contratos. Os favorecidos de uma posição melhor e de maior renda no país geram o consumo aparente e priorizar o rentismo e o financismo, ao contrário de concentrar

e direcionar recursos para o desenvolvimento econômico do país. É nesse contexto que a reforma trabalhista tem auxiliado para extremar. (FILGUEIRAS, 2019, p. 46)

É possível entender que a Reforma Trabalhista impactou em praticamente todos os aspectos referentes às relações de trabalho, ao nível de desemprego, a justiça e a economia. Para isso foi identificado como tais aspectos responderam às mudanças trazidas pela Lei nº 13.457/17 e confirmado que a então flexibilização prometida pelos seus idealistas se tornaram uma redução de direitos aos trabalhadores, favorecendo ainda mais às empresas e seus empregadores. Apesar da crise financeira ter contribuído bastante com alguns impactos negativos é possível notar que a reforma também trouxe influências negativas em seus diversos aspectos.

Considerações Finais

O assunto que estudei neste artigo foi os impactos causados pela reforma trabalhista na relação de trabalho, na economia, nas novas modalidades de trabalho, na empregabilidade e no possível aumento da informalidade. Observei, ainda, se tais impactos são positivos ou negativos na conjuntura econômica que vivemos em nosso país.

Depois de quase 2 anos de efetivação da reforma trabalhista, foi possível identificar os impactos causados por ela? Podemos dizer que sim, portanto, tais impactos se tornaram, devido aos vários aspectos que analisei, mais negativos do que positivos. Notei que a reforma não alcançou, ainda, os volumes desejados propalados por aqueles que defendem a reforma trabalhista, tão pouco os prometidos para os primeiros anos após as mudanças.

É possível afirmar que alcancei os objetivos gerais e objetivos específicos estipulados de apresentar os impactos causados pela validação da Reforma Trabalhista, de 2017, analisando os aspectos positivos e negativos a ela advindas. Realizei a análise do contexto econômico que vivemos em nosso país, e quais as expectativas futuras no que diz respeito à empregabilidade, as relações de trabalho, as novas modalidades de emprego e o avanço tecnológico. Bem como, avaliei a eficácia de cada tema alterado pela reforma trabalhista, comparando-os às promessas com a realidade, e analisei os impactos causados por cada uma das alterações e as respostas que tivemos frente às mudanças trazidas por ela.

Tal pesquisa é de grande importância para minha especialização no assunto trabalhista e para um conhecimento mais amplo dos impactos que a reforma trouxe consigo. É de grande valia para a ciência, pois é um assunto pouco estudado e que precisa ser mais aprofundado pelas universidades para o aumento do conhecimento de seus destinatários. Sendo, também, importante para a sociedade, pois traz consigo um debate necessário de tais impactos, levando o conhecimento pouco abordado aos cidadãos de nosso país.

Contudo, verifiquei, por meio de todos os assuntos abordados, que a reforma trabalhista ainda está longe de alcançar seus objetivos e promessas e que devido a conjuntura econômica que vivemos em nosso país é necessário buscar mais alternativas para elevar o índice de empregabilidade, melhorar as relações de trabalho, diminuir a informalidade e melhorar as condições de trabalho para todos os cidadãos. Conseqüentemente a isso, notei que tais melhorias trarão consigo impactos positivos na economia do país e posteriormente uma melhor qualidade de vida para os brasileiros.

Referências

ADASCALITEI, Dragos; MORANO, Clemente P. (2015). Labour market reforms since the crisis: drivers and consequences. Geneve: OIT. (Research Department Working Paper, nº 5).

AMADEO, Edward. (1994). O consenso sobre encargos trabalhistas. Folha de S. Paulo, Caderno Dinheiro. São Paulo, 04/06/1994.

BIAVASCHI, Magda B.; TEIXEIRA, Marilane O. (2015). A terceirização e seu dinâmico processo de regulamentação no Brasil: limites e possibilidades. Revista da ABET, v. 14, p. 37-61. Disponível em: <http://periodicos.ufpb.br/index.php/abet/article/view/25700/13876>.

CARDOSO, Adalberto M.; LAGE, Telma. (2007). As normas e os fatos: desenho e efetividade das instituições de regulação do mercado de trabalho no Brasil. Rio de Janeiro: FGV Editora.

DUTRA, Renata Queiróz. A regulação pública do trabalho e a Reforma Trabalhista: impactos e reações do Poder Judiciário à Lei nº 13.467/2017. Reforma Trabalhista no Brasil: promessas e realidade. Campinas, SP: Curt Nimuendajú, 2019.

FIGUEIRAS, Vítor Araújo. As promessas da Reforma Trabalhista: combate ao desemprego e redução da informalidade. Reforma Trabalhista no Brasil: promessas e realidade. Campinas, SP: Curt Nimuendajú, 2019.

GONÇALVES, Jonas Rodrigo. Manual de Artigo de Revisão de Literatura. Brasília: Editora Processus, 2020.

KREIN, J. Dari; GIMENEZ, Denis M.; SANTOS, Anselmo L. (2018). Dimensões críticas da reforma trabalhista. Campinas: Ed. Curt Nimuendajú.

KREIN, José Dari; OLIVEIRA, Roberto Vêras de; Para além dos discursos: impactos efetivos da Reforma nas formas de contratação. Reforma Trabalhista no Brasil: promessas e realidade. Campinas, SP: Curt Nimuendajú, 2019.

KREIN, José Dari; OLIVEIRA, Roberto Vêras de. Os impactos da Reforma nas condições de trabalho. Reforma Trabalhista no Brasil: promessas e realidade. Campinas, SP: Curt Nimuendajú, 2019.

TEIXEIRA, Marilane Oliveira Teixeira. Os efeitos econômicos da Reforma Trabalhista. Reforma Trabalhista no Brasil: promessas e realidade. Campinas, SP: Curt Nimuendajú, 2019.



Revista Processus de Estudos de Gestão, Jurídicos e Financeiros

ISSN: 2237-2342 (impresso)

L-ISSN: 2178-2008 (on-line)

Tramitação editorial:

Data de submissão: 22/07/2020

Data de reformulação: 11/08/2020

Data de aceite definitivo: 24/09/2020

DOI: <https://doi.org/10.5281/zenodo.4124408>

Data de publicação: 23/10/2020.

DIREITOS HUMANOS NO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO: TEORIA E PRÁTICA

HUMAN RIGHTS IN THE BRAZILIAN PENITENTIARY SYSTEM: THEORY AND PRACTICE

*Valquiria de Jesus Nascimento¹
Cinthia da Silva Barros²*

Resumo

O presente estudo visa explanar acerca dos Direitos Humanos no sistema penitenciário do Brasil no concernente aos vieses que perpassam a sua teoria e prática. Para este fim, o presente trabalho tem por objetivo analisar a aplicabilidade dos Direitos Humanos no sistema penitenciário brasileiro. Este artigo trata-se de uma revisão de literatura de abordagem qualitativa, através das bases de dados

¹ Mestranda em fundamentos e efetividade do Direito pelo Programa de Pós Graduação Stricto Sensu em Direito da UniFG. Bacharel em Psicologia pela Faculdade Guanambi. Pós-graduada em Psicologia Forense e Jurídica pela Faculdade Unyleya. Pós-graduada em Psicologia Hospitalar pela Faculdade Unyleya. Psicóloga clínica. Docente e preceptora de estágios da UNIFG. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5199787044763600>. E-mail: valquiria.nascimento@live.com. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-5705-9551>

² Advogada OAB/BA. Mestranda em Fundamentos e Efetividade do Direito do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito do Centro Universitário FG (PPGD/UNIFG). Bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES). Pesquisadora do ANDIRA, DAC, METAMORFOSE JURÍDICA, NEDEI e do ALFAJUS. Foi aluna especial do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Universidade de Caxias do Sul (PPGDIR/UCS). Foi aluna especial do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba (PPGCJ/UFPB). Aluna Especial do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense (PPGDC/UFF). Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7819022715720836>. E-mail: cinthiabarros.advogada@gmail.com. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-0673-9047>

SciELO, LilacsPePsic e BVS. Inicialmente este artigo preocupou-se em apresentar as leis e acordos brasileiros a respeito dos direitos humanos, desde as leis mais generalistas até aquelas voltadas para as situações que dizem respeito às penitenciárias brasileiras enquanto instituições prisionais, realizando um percurso histórico de conquistas em direitos adquiridos. Em seguida, foi traçada uma discussão a respeito da ideologia que fundamenta o processo de segurança pública e o sistema penitenciário, perpassando o campo do invento e tudo aquilo que sustenta as prisões atualmente. Por fim, foi apresentada e discutida a realidade, no que tange à efetividade dos direitos adquiridos legalmente, em que vivem as pessoas presas no país. Destarte foi possível averiguar a inaplicabilidade de diversos Direitos Humanos no âmbito do sistema penitenciário brasileiro e a distância entre as garantias legais e a sua prática, compreendendo também a genealogia deste sistema.

Palavras-chave: Direitos Humanos; Efetividade; Sistema Penitenciário.

Abstract

This study seeks to explain about Human Rights in penitentiary system of Brazil in relation to biases that pervades his theory and practice. To this end, the present study aims to analyze the applicability of Human Rights in the Brazilian penitentiary system. This article is a review of the literature of a qualitative approach, through the SciELO, Lilacs, PePsic and BVS. Initially this article was concerned to present the Brazilian laws and agreements to respect for human rights, since the laws more generalist until those facing situations that relate to the Brazilian prison while prison institutions, conducting a history of achievements in acquired rights. Then, it was traced a discussion of the ideology that underlies the process of public security and the penitentiary system, covering the field of invention and everything that sustains the prisons today. Finally, was presented and discussed the reality, regarding the effectiveness of legally acquired rights, in which people live trapped in the country. Thus it was possible to ascertain the inapplicability of various Human Rights in the context of the Brazilian penitentiary system and the distance between the legal guarantees and its practice, including also the genealogy of this system.

Keywords: Effectiveness; Human Rights; The prison system.

1. INTRODUÇÃO

A Organização das Nações Unidas (ONU) adota e proclama a Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948. Tal Declaração buscava garantir, de forma integral, os direitos humanos de todos os povos e nações, de tal forma que reduzissem as torturas e violências praticadas em distintas partes do mundo, afetando incisivamente a dignidade humana.

De forma mais incisiva com relação às práticas ditas delituosas, mas primando pela consonância com as preconizações da DUDH, em 1984, o Brasil promulga a Lei de Execução Penal (LEP) que, como o próprio nome sugere, trata as nuances relativas ao processo de Execução Penal da pessoa presa, condenada ou em situação de julgamento. Esta Lei aponta deveres, mas também direitos, como por exemplo, tratamento médico, assistência social, jurídica, religiosa, alimentação e higiene de qualidade compatível com a sobrevivência humana digna.

Não obstante, em 1984 é criado o Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), um órgão executivo responsável por acompanhar e controlar a aplicação da LEP e das diretrizes da Política Penitenciária Nacional do Brasil. Este departamento tem como objetivos primários o “isolamento das lideranças do crime organizado, cumprimento rigoroso da Lei de Execução Penal e custódia de determinados presos”. A Missão do DEPEN é “Induzir, apoiar e atuar na execução penal brasileira, promovendo a dignidade humana, com profissionalismo e transparência, com vistas a uma sociedade justa e democrática”.

Apesar do objetivo, missão e responsabilidade de órgãos como o DEPEN, estabelecimentos de Leis, tal qual a Lei de Execução Penal ou ainda o acordo ofertado pela Organização das Nações Unidas (ONU), o montante de denúncias de maus tratos, violências, abuso de poder ou condições sub-humanas às quais estão submetidas as pessoas presas é assustador.

Percebe-se que há uma contradição, quando depois de diversos avanços teóricos, criação de Leis, de Departamentos que fiscalizem estas Leis, acordos mundiais, entre outros, há ainda críticas e denúncias quanto à execução dos diversos direitos adquiridos. Emerge aí um lócus de dúvida quanto a efetividade e funcionalidade prática dos avanços teóricos adquiridos. Portanto, este trabalho visa estudar os Direitos Humanos no sistema penitenciário brasileiro, no que concerne à sua teoria e prática. Trata-se de um estudo comparativo entre o que há pautado na teoria e o que, de fato, é efetivado.

A fim de englobar as questões supracitadas e fundamentar o que, de fato, ocorre quanto às distâncias da teoria e prática, tornou-se necessário a formulação de um problema de pesquisa capaz de contemplar a temática escolhida e responder estes embates práticos e ideológicos, e, por isto, desenhou-se o seguinte problema: como se dão as garantias dos direitos humanos no sistema penitenciário brasileiro?

Considerando a existência de Direitos Humanos que sustentam as Leis brasileiras e considerando também as críticas levantadas a respeito da efetividade dos mesmos, este estudo assenta sua importância na averiguação e apresentação das possíveis falhas cometidas pelo Brasil enquanto estrutura penal que desinveste nas garantias dos Direitos Humanos enquanto investe em um sistema penitenciário pautado na punição como forma de combate à criminalidade e violência. Outrossim, este trabalho pretende provocar a discussão de possíveis reformulações do sistema penitenciário no país, atentando-se às garantias práticas dos Direitos Humanos e às medidas realmente necessárias para o combate à violência e à criminalidade, do país como um todo, sem negligenciar qualquer pessoa, por distinção de classe, raça ou cor, por exemplo.

Destarte, o presente trabalho apresenta com o objetivo primeiro o de analisar a aplicabilidade dos Direitos Humanos no sistema penitenciário brasileiro. E para isto, foi necessário realizar um percurso mais específico quanto ao conhecimento das questões legais, ideológicas e práticas envolvidas. Portanto, traçaram-se três objetivos específicos a fim de auxiliar na concretização do objetivo primário: estudar os dispositivos legais que garantem os Direitos Humanos no sistema penitenciário do Brasil; estudar a fundamentação ideológica do processo de segurança pública do sistema penitenciário no país; e, por fim, averiguar a qualidade de vida dos presos no Brasil.

Esta pesquisa trata-se de uma revisão de literatura, na qual foram avaliadas publicações referentes aos Direitos humanos no sistema penitenciário brasileiro, no tangente às suas teorias e práticas. A pesquisa se desenvolveu numa abordagem qualitativa, e conforme aponta Terence e Escrivão Filho (2006) houve priorização do

aprofundamento dos assuntos estudados, buscando ser o mais fiel e abrangente possível. Quanto ao tipo de publicação, foram considerados periódicos, artigos, dissertações, teses, livros e capítulos de livros, identificados através da base de dados Scielo, Lilacs e Periódicos Eletrônicos, Psicologia (PePsic) e Biblioteca Virtual em Saúde (BVS). Para identificar as publicações indexadas nestas bases de dados foram utilizadas as seguintes palavras chaves: “Direitos Humanos no sistema penitenciário no Brasil”, “Presídios no Brasil”, “Os presos no Brasil”, “Efetividade dos direitos humanos nos presídios brasileiro”, “Direitos Humanos, teoria e prática”, “a realidade do preso no Brasil” ou outros afins. Os dados foram analisados atendendo aos seguintes critérios: dados de identificação dos autores e dos artigos, o ano de publicação, título e periódico.

Por fim, vale ressaltar que é sempre urgente e necessário o desenvolvimento de pesquisas em áreas como esta, pois é preciso que os cidadãos estejam atentos aos processos de efetivação de seus direitos.

2. OS DISPOSITIVOS LEGAIS QUE GARANTEM OS DIREITOS HUMANOS NO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO

Em 25 de Março de 1824 o então Imperador do Brasil, Dom Pedro I outorga o primeiro código penal do Brasil: a Constituição Política do Império do Brasil, que regulamenta no país os direitos e deveres para os cidadãos. O artigo 179 de tal documento preconiza que “a inviolabilidade dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual e a propriedade é garantida pela constituição do Império”. De forma mais minuciosa, ainda apresenta neste artigo: a abolição dos “açóites, a tortura, a marca de ferro quente, e todas as mais penas cruéis” (parágrafo 19) e no parágrafo 21 defende a segurança, limpeza e ventilação dentro das cadeias (BRASIL, 1824).

Mesmo considerando os avanços que representaram a implantação do Código Penal do Brasil é preciso atentar-se que ainda assim havia promulgações necessárias para que, mesmo buscando a manutenção da ordem social, não se distanciasse da defesa da vida. Marcial (2003) aponta quesomente em 1890, com o segundo Código Penal do Brasil, é que a pena de morte foi abolida e o regime penitenciário adquiriu caráter de correção, ressocialização e reeducação da pessoa detenta. Em outras palavras, mais de sessenta anos foram necessários para que o Brasil se afirmasse e remodelasse seu código penal, de forma a minimamente, modelar o objetivo da privação de liberdade, a fim de que não fosse meramente um caráter punitivo.

Seguiu-se quase sessenta anos novamente até que em 10 de dezembro de 1948 a Assembleia Geral das Nações Unidas adotou e proclamou a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH). Sua primazia circundava pelos direitos de todos os cidadãos a fim de garantir a sua integridade total enquanto pessoa e, o seu objetivo era de que a mesma se tornasse normativamente um propósito comum a todos os povos e nações. Diversos países apoiaram a Declaração e a adotou como lei entre seus povos, dentre estes, o Brasil. A DUDH declara, dentre outras primazias, em seu artigo 5º que “ninguém será submetido à tortura nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante” (ONU, 1948). Tal feito infere diretamente na garantia de direitos da pessoa humana, e respalda principalmente a pessoa presa, já que dá suporte à alteração do objetivo último do código penal, enquanto privação de liberdade para ressocialização e reeducação e não punição.

A Assembleia Geral das Nações Unidas (1984) na resolução 39/46 em seu Artigo 1º designa o termo tortura como sendo:

Qualquer ato pelo qual uma violenta dor ou sofrimento, físico ou mental, é infligido intencionalmente a uma pessoa, com o fim de se obter dela ou de uma terceira pessoa informações ou confissão; de puni-la por um ato que ela ou uma terceira pessoa tenha cometido, ou seja, suspeita de ter cometido; de intimidar ou coagir ela ou uma terceira pessoa; ou por qualquer razão baseada em discriminação de qualquer espécie, quando tal dor ou sofrimento é imposto por um funcionário público ou por outra pessoa atuando no exercício de funções públicas, ou ainda por instigação dele ou com o seu consentimento ou aquiescência. Não se considerará como tortura as dores ou sofrimentos que sejam consequência, inerentes ou decorrentes de sanções legítimas.

Em resposta a um cenário de denúncias de maus tratos e torturas em cadeias públicas e penitenciárias no Brasil, mesmo com leis e declarações que garantem a dignidade humana, fez-se necessário que em 2003, o Ministério da Justiça a fim de incentivar a aplicação de penas alternativas criasse o Programa Nacional de Apoio e Acompanhamento de Penas e Medidas Alternativas (BRASIL, 2005). Desta forma, consolidou-se um programa de averiguação de situações adversas aos Códigos e Leis que regem a execução penal.

O artigo 136 do Código Penal brasileiro define os maus tratos como crime passível de multa, detenção de dois meses a um ano ou reclusão de um a doze anos a depender da lesão causada. E define, então, os maus tratos como sendo exposição

[...] a perigo a vida ou a saúde de pessoa sob sua autoridade, guarda ou vigilância, para fim de educação, ensino, tratamento ou custódia, quer privando-a de alimentação ou cuidados indispensáveis, quer sujeitando-a a trabalho excessivo ou inadequado, quer abusando de meios de correção ou disciplina (BRASIL, 1940).

Os maus tratos exercidos em locais de responsabilidade estatal vinham também sendo praticados pelo corpo de funcionários do mesmo Estado, então, em 09 de dezembro de 1965 o Brasil sanciona a Lei 4.898. Esta Lei diz exclusivamente a respeito do abuso de autoridade, apontando como abuso qualquer atentado na ordem da “liberdade de locomoção”, “inviolabilidade do domicílio”, ordenamento ou execução de “medida privativa da liberdade individual, sem formalidades legais ou com abuso de poder”, submissão a vexame ou a constrangimento não autorizado legalmente, lesão à honra ou patrimônio pessoal, quando de forma abusiva ou desviante do poder ou sem competência legal, além de outros itens (BRASIL, 1965).

A ONU (1948) declara ainda em seu artigo III que “todo ser humano tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal”, de forma a não excetuar nenhuma pessoa, nem mesmo àquelas que por transgredirem a lei, estiverem presas. Especificamente às pessoas presas, o artigo XI desta Declaração defende que todo ser humano acusado de qualquer infração tem direito à presunção da inocência até que a sua culpabilidade seja legalmente provada.

Não obstante, a Lei de Execução Penal, em seu artigo X (BRASIL, 1984), por exemplo, trata da assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa, garantindo alimentação, vestuário, higienização, tratamento médico, farmacêutico e odontológico, gratuidade da justiça àqueles que se denominarem isento de recursos financeiros, além de instrução escolar, profissional, assistência social para reorganização quanto à vida fora da prisão e liberdade religiosa.

Por fim, o Brasil promulgou a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 em 5 de Outubro do referido ano, mas, atualmente, quase trinta anos depois, não há outra promulgação que atualize aquela diante das especificidades sociais que o país tem enfrentado. A Constituição de 1988 prevê mais veementemente a seguridade dos presos, quando em seu artigo 5º dispõe do inciso XLIX para tratar do direito ao “respeito à integridade física e moral”; do inciso L para assegurar condições para que mulheres presas estejam com seus filhos nos períodos de amamentação; do inciso LXII para defender a comunicação imediata da prisão à família ou a quem for indicado pela pessoa presa.

A fim de resguardar o direito referente à integridade física, torna-se urgente e necessário que a pessoa presa seja submetida à realização de exame de corpo de delito, podendo ser realizado no momento de sua prisão ou de sua soltura, desde que seu estado de saúde seja verificado no período em que esteve sob custódia do Estado, já que isto supõe a responsabilização d’Ele. E ainda, no artigo supracitado, aponta-se:

XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos; XLVII - não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis; (BRASIL, 1988).

Com relação à decisão sentencial, Lima (2016) aponta que gerir as provas de um sistema acusatório é função das partes envolvidas, de forma que o juiz se debruce na função daquele que deve garantir direitos e liberdades fundamentais. Este sistema passa a vigorar a partir da Constituição Federal, quando prevê expressamente a diferenciação nas funções de acusação, defesa e julgamento, em contraposição ao sistema misto que vigorava em consonância com o Código de Processo Penal.

Beccaria (2001) já ressaltava que “um homem não pode ser chamado de réu antes da sentença do juiz, e a sociedade só lhe pode retirar a proteção pública após ter decidido que ele violou os pactos por meio dos quais ela lhe foi outorgada”. Em consonância com esta pontuação de Beccaria, está o artigo 11.1 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, quando alega que “toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não se prova sua culpabilidade, de acordo com a lei e em processo público no qual se assegurem todas as garantias necessárias para a sua defesa” (ONU, 1948). Em outras palavras, antes de o processo ser sentenciado em julgado não se deve aplicar qualquer pena ou culpabilização.

Continuando com a explanação do Manual de Direito Processual Penal de autoria de Lima (2016), é importante advertir que a pessoa, ainda que acusada tem direito de garantia legal à defesa técnica plena e efetiva, ou seja, não é suficiente a presença formal de um corpo defensor, mas é preciso comprovação da efetividade das atividades defensivas realizadas por este profissional, de forma que a garantia de tal direito seja plena.

O Artigo 41 da Lei de Execução Penal determina os direitos legais que possui a pessoa presa:

I - alimentação suficiente e vestuário; II - atribuição de trabalho e sua remuneração; III - Previdência Social; IV - constituição de pecúlio; V - proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação; VI - exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena; VII - assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa; VIII - proteção contra qualquer forma de sensacionalismo; IX - entrevista pessoal e reservada com o advogado; X - visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados; XI - chamamento nominal; XII - igualdade de tratamento salvo quanto às exigências da individualização da pena; XIII - audiência especial com o diretor do estabelecimento; XIV - representação e petição a qualquer autoridade, em defesa de direito; XV - contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes. XVI – atestado de pena a cumprir, emitido anualmente, sob pena da responsabilidade da autoridade judiciária competente. (Incluído pela Lei nº 10.713, de 2003). Parágrafo único. Os direitos previstos nos incisos V, X e XV poderão ser suspensos ou restringidos mediante ato motivado do diretor do estabelecimento (BRASIL, 1984).

Desta forma, é possível notar que a privação de direito da pessoa presa deve ser somente ao que concerne a sua liberdade e não deve atingir outras garantias da pessoa humana, de tal forma que pode assim, ir a desencontro com as garantias legais e fundamentais, podendo fundamentar-se em violação de direitos.

As preconizações acerca das garantias dos direitos humanos aos presos no Brasil se estenderam com o passar do tempo, mas, ainda assim é notória a distância temporal entre um documento e outro. Por outro lado, percebe-se que, na teoria, as garantias dos direitos humanos se fazem claras e específicas. Afinal, é preciso compreender o intrínseco sentido do conceito de Direitos Humanos. Marmelstein (2008) apud Vitório (2011) problematiza que tal expressão diz respeito às:

[...] normas jurídicas intimamente ligadas à ideia de dignidade de pessoa humana e limitação do poder, positivadas no plano constitucional de determinado Estado Democrático de Direito que, por sua importância axiológica, fundamentam e legitimam todo o ordenamento jurídico.

Destarte, é fomentada uma discussão que promove a perspectiva de que os direitos humanos se fundam num equilíbrio constante entre preservar a dignidade humana e ao mesmo tempo, primar pelo limite de poder a fim de manter determinada ordem jurídica e, portanto, social.

3. A FUNDAMENTAÇÃO IDEOLÓGICA DO PROCESSO DE SEGURANÇA PÚBLICA E DO SISTEMA PENITENCIÁRIO

Conforme aponta Coimbra et al (2008), os fundamentos dos direitos humanos se embasam nos ideias da Revolução Francesa (igualdade, liberdade e fraternidade). Historicamente tais direitos se delinearão de forma que sejam reservados e garantidos para as elites sociais, em outras palavras, há, convencionalmente, uma explicitação de quais são os direitos e a quem devem ser concedidos. Deleuze (1992) pontua que desde a origem dos direitos humanos o seu objetivo vem sendo o promover uma utopia, na qual “todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos” (Art. 1 da Declaração Universal de Direitos

Humanos, 1948), sendo que sempre houveram os marginalizados que são excluídos desta prática.

A universalidade dos Direitos Humanos logo é questionada por Barreto e Wasen (2012), estes autores partem do princípio de que os direitos humanos estão embasados predominantemente em valores ocidentais, que logicamente são distintos dos demais valores que regem o restante do mundo. Para que estes valores sejam aceitos em todo o mundo, seria, eminentemente, uma ocidentalização da parte não ocidental, e, minimamente, uma coação opressiva deste povo.

Neves (2005, p. 5) defende que os direitos humanos estão assentados numa ideologia para além do poder social, também no respaldo de uma força simbólica que normativamente “pode exatamente servir à superação de situações concretas de negação de direitos”, além de servir à “manutenção da falta de direitos”. Para este autor, os direitos humanos perpassam o campo do invento realizado pela e para a modernidade, a fim de assegurar as diversas exigências sociais, e assim, faz emergir uma contradição: é estupenda a instituição de direitos numa ordem universal no âmbito social quando há uma heterogeneidade de pessoas e grupos no tocante às perspectivas normativas, valorativas e morais. Em outras palavras, pode se afirmar que, os direitos humanos não estão para um consenso normativo, mas se colocam no auge do conflito social.

Castelfranchi (2008) discute que tanto a punição, quanto o que as motiva vem sendo alteradas de acordo com o contexto social. Para este autor, no passado, a punição era executada como resposta vingativa, na qual a vítima, o soberano ou um coletivo se prostrava contra o réu. Com o tempo, passou a existir a chamada “retribuição”, tal qual a lei do talião (“olho por olho e dente por dente”), a pessoa que cometeu determinado crime, deveria receber em retaliação algo em troca de seu feito. Posteriormente, a punição passa a ser compreendida como educação às normas sociais, como intimidação, ou seja, conscientização compulsória das consequências dos seus comportamentos inadequados legalmente, como reparação ao estrago realizado, como impedimento da reincidência a partir do afastamento da pessoa com o meio social e, por fim, como reabilitação ou reeducação na perspectiva do arrependimento e comprometimento em não reincidir.

Foucault (1999) discute a diferença entre as formas de punição anteriores e as atuais de uma forma mais filosófica, para ele, agora a punição deixou de se fazer incisiva no corpo, e atua profundamente na alma. Este autor considera que há, claramente, uma substituição ideológica e prática dos objetos de punição, que não servem para sancionar a infração, mas como controle dos corpos daqueles que a cometeram e que serve com reafirmação judicial do poder que se reorganiza à um superpoder simbólico, de forma que a exposição da punição mais que a sua função de não reincidência na pessoa punida, serve como manifestação de seu poder simbólico, gerador de medo naqueles que assistem. Quanto aos objetivos obscuros da punição, ele (p.37), afirma que há uma perspectiva de punição em forma de suplício, que seria o correspondente à uma punição corporal, mas não se trata de qualquer tipo de punição: “O suplício penal [...] é uma produção diferenciada de sofrimentos, um ritual organizado para a marcação das vítimas e a manifestação do poder que pune”.

A instituição prisional tratava-se e trata-se ainda de um “panoptismo”, tanto em seu formato físico, quanto em sua perspectiva fundamental ideológica:

Esse espaço fechado, recortado, vigiado em todos os seus pontos, onde os indivíduos estão inseridos num lugar fixo, onde os menores movimentos são controlados, onde todos os acontecimentos são registrados, onde um trabalho ininterrupto de escrita liga o centro e a periferia, onde o poder é exercido sem divisão, segundo uma figura hierárquica contínua, onde cada indivíduo é constantemente localizado, examinado e distribuído entre os vivos, os doentes e os mortos – isto tudo constitui um modelo compacto do dispositivo disciplinar (FOUCAULT, 1999, p. 163).

Destarte, instaura-se um conflito, como estuda Passeti (2008): os direitos humanos, ao mesmo tempo em que embasam fiscalizações das práticas abusivas do aprisionamento, da justiça penal e dos regimes totalitários políticos, sustentam, ineficientemente, um papel de impedir a institucionalização de medidas de segurança do Estado que legitimam práticas discriminativas e de tortura, que por ora emergem em países que, até mesmo tenham firmados acordos e leis que corroboram com a DUDH. Formou-se, então, universalmente uma sociedade de controle diante de um consenso cultural cidadão referente aos direitos e as penas. Entretanto, o resultado de tal controle e penalização foi oposto ao esperado: “ela deixou de ser a expressão do medo e da revolta contra o insuportável [...] e se tornou uma empresa e um oportuno aparato jurídico, assistencial, social e diplomático nas mãos dos presos”. Em outras palavras, esta sociedade de controle contribuiu incisivamente para que os presos desenvolvessem um maior domínio sobre a repressão, violência e até mesmo o tráfico de drogas.

Retornando à Foucault (1999), pode-se compreender que todo este controle emanado socialmente dentro das prisões, cadeias públicas, penitenciárias, enfim, instituições prisionais, eram locais de sequestro, nomeados por ele de “Instituições de Sequestro” destes corpos e almas dos que ali se viam obrigados a tal confinamento. Tratava-se de sequestrar mais que corpos, dignidade, alma, vida, ou seja, perpassava as ideias primárias de punição e tentativa de não reincidir, era mais que a Lei do Talião, era uma ideologia obscura por trás de castigos, punições e tortura, para além de uma consequência de ato infracional.

A prática se desenvolveu diferente das preconizações teóricas, seus embasamentos, apesar de plausivelmente deverem se sustentar nas leis e garantias a este respeito, se pautaram em outras vertentes, de caráter populista e socialmente construído. “A prisão surgiu no fim do Século XVIII e princípio do Século XIX com o objetivo de servir como peça de punição” (SANTOS, 2005p. 1), corroborando, Foucault (1999) aponta que seu foco está assentado também na tortura e vigia, de forma que se detenha sobre a pessoa um poder capaz, inclusive, de paralisá-lo, diferentemente do ideal de correção e reestruturação, reeducação e reinserção social. Foucault (1987, p.196) ainda evidencia que a prisão traduz “a ideia de que a infração lesou, mais além da vítima a sociedade inteira”.

Coimbra et al (2008) afirma ainda que, a partir do

[...] momento em que a prisão passa a ser instrumento principal de castigo torna-se necessária a construção de uma máquina jurídica e judiciária forte configurada nos procedimentos dos tribunais, de seus especialistas em políticas penais e em comportamentos e virtualidades humanas.

Para a autora supracitada, a sociedade está como espectadora de uma busca incessante por penalizações mais duras e severas em nome de uma ordem social, mas que fundamenta um quadro de vulnerabilidade, vitimização e deficiência. Instaura-se socialmente um círculo vicioso, onde há a produção de um

dano/vulnerabilidade para que assim, haja um trabalho em torno da reparação/reabilitação.

Continuando esta discussão, Assis (2007) discute que o processo de segurança pública e o sistema penitenciário se pautam num pensamento proveniente da filosofia do capitalismo, de forma a se enquadrar nas ideologias das classes elitistas e dominantes, com um fim exclusivo na concentração do capital e consequente aumento na desigualdade social, de tal forma que os pores sejam “lançados a sua própria sorte”. Não sem motivos, o sistema penal e prisional atinge seletivamente as camadas mais vulneráveis socialmente.

Financeiramente também é menos interessante para os cofres públicos aumentar o número de presos no país. “Nos presídios federais o custo de um preso por mês beirava [...] o valor de R\$3.300,00, enquanto com alunos do ensino superior, eram gastos mensalmente cerca de RS1250,00” (DUARTE; BENEVIDES, 2011 apud BRITO, 2013, p. 17). Ou seja, o investimento em educação apresenta um custeio menor, quando comparado ao de um preso, ressalvando que a comparação se deu em um nível de ensino superior, e em nível médio seria menor ainda o custo.

Dotti (2003) realiza uma análise com relação à administração da justiça penal e conclui que diferente de seu modelo antigo, no qual havia a necessidade de conscientização das pessoas presas, emerge atualmente, dois objetivos bem distintos. O primeiro objetivo é a execução a partir da ideia de “justiçamento social”, que são determinados pela mídia de forma sensacionalista que ao mesmo tempo em que subverte o princípio da presunção de inocência, “alimenta a fogueira da suspeita que é a justiça das paixões, consagrando a responsabilidade objetiva”. E, o segundo, é a anarquização (desorganização) das formas de controle da criminalidade e violência, estimulação do discurso político e por fim, deixar emergir a ausência de uma política criminal numa esfera governamental.

Dotti (2003) traduz ainda que, as crises, rebeliões e as ditas desobediências das pessoas presas, que cada vez toma mais espaço e frequência, nada mais são que o retrato da desobediência secular do Estado e de seu corpo executivo em dar efetividade às leis. Por fim, aponta que as leis perderam o objetivo primário de se fundamentar como normas para se consolidar como privilégios elitistas políticos.

Mario Ottoboni (2001) apud Camargo (2006) ressalva que a pessoa presa tem sua condenação pautada na imposição da sociedade, desta forma a sua recuperação é uma ordem moral, da qual não deve haver escusa de qualquer envolvido. A ideia de proteção social só terá sua completude a partir do momento em que a pessoa que realizou algum delito for recuperada, e então se esbarra em uma contradição: “a prisão existe por castigo e não para castigar”. E desta forma, instaura-se um processo longuíquo e árduo, no qual o Estado incessantemente se escusa de sua obrigação quanto à pessoa presa, a falta de novos estabelecimentos resulta na superlotação, carece de capacitação profissional, higiene e assistência e excede-se em corrupção. Destarte, o resultado é que a prisão torna-se uma fábrica de pessoas capazes de delitos cada vez mais graves e que, mesmo dentro das cadeias, continuam na prática de crimes e comando de quadrilhas.

Beccaria (2001, p. 40) vai além dessa perspectiva de Ottoboni, ele fundamenta uma crítica sobre as relações que há entre os dispositivos legais e os verdadeiros ideais do serviço prisional:

É porque o sistema atual da jurisprudência criminal apresenta aos nossos espíritos a ideia da força e do poder, em lugar da justiça; é porque se lançam, indistintamente, na mesma masmorra, o inocente suspeito e o criminoso convicto; é porque a prisão, entre nós, é antes um suplício que um meio de deter um acusado; é porque, finalmente, as forças que defendem externamente o trono e os direitos da nação estão separadas das que mantem as leis no interior, quando deveriam estar estreitamente unidas.

Corroborando com esta perspectiva de Beccaria, Verani (2010, p. 22), afirma que “a prisão é uma farsa”, pois não efetiva a ideia de passar segurança, justamente porque este não é o seu objetivo. Entretanto, a sociedade compreende o objetivo da prisão como sendo este da manutenção da segurança pública e, portanto, defende o aprisionamento, condenação e aplicação de penais cada vez mais severas e rígidas; mas, não sendo o este o fim real das prisões, o único produto é o despedaçar das pessoas e a utopia da punição.

Não obstante, a ideologia do processo penal, conforme aponta Bezerra, Haas e Leite (2011), permite confundir os valores morais e sociais com o processo de delinquência, de tal forma que, a sociedade se respalda num arcabouço penal se abstendo da crença na capacidade de ressocialização da pessoa que cometeu algum delito e concomitantemente nega os princípios basais do próprio sistema penal.

Silva (2010) lembra que, considerando o dogmatismo penal no Brasil, a pena apesar de ter um fim na recuperação da pessoa que cometeu algum crime, ela não se sustenta, pois, perde a capacidade de prevenção já que o ato já aconteceu e, portanto não é possível mais a prevenção, talvez, tratamento. Pensar a ressocialização é ir de encontro com a perspectiva de alterar o caráter da pessoa para que ela não reincida e esta ideia se esbarra no princípio da dignidade humana, que permite a qualquer pessoa ser o que é, inclusive de ser ruim, perverso, mau.

Sandel (2013) crítica que os direitos humanos estão sustentados não por um utilitarismo, já que defende todos os seres humanos de forma universal, porém, ele se respalda numa máxima utilidade que é o bem estar geral da nação, como sendo, em verdade, a felicidade da maioria da sociedade. Destarte, ele questiona a base moral dos direitos humanos e sua resposta vem da ideologia libertária: “as pessoas não deveriam ser usadas como meros instrumentos par obtenção do bem-estar alheio, porque isso viola o direito fundamental da propriedade de si mesmo”. Na concepção de Sandel, cada pessoa tem de si o sentimento de pertença, e, portanto, não pode estar à disposição da sociedade como um todo, como quando os direitos humanos se respaldam num bem estar majoritário e não total, afinal, as minorias consequentemente são rejeitadas, escusadas, em nome do bem estar geral.

Perquirindo ainda a respeito da perspectiva moral, Nietzsche (2009) realiza um estudo genealógico da moral e afirma que toda esta perspectiva de valores morais e éticos que permeiam a sociedade atualmente, tem sua origem numa base religiosa. O termo “bom” definia aqueles que eram nobres, poderosos, de alguma forma, superiores, “caros aos deuses”, e, em contrapartida, estavam os vulgares, plebeus, chamados de “ruins”. Esta divisão moral ocorreu há muito e se esbarra numa moral escrava, que por si justifica o número exorbitante e majoritário de negros, pobres e vulneráveis em instituições prisionais, e sempre à mercê dos direitos.

4. A REALIDADE DA PESSOA PRESA NO BRASIL

Lourenço e Almeida (2013) realizam um estudo onde discorrem sobre a formação de “gangues prisionais” que é o nome que eles atribuem às pessoas presas enquanto uma organização coletiva. Tal organização é apontada por estes autores como uma grave problemática na perspectiva da administração dos sistemas prisionais, mas, ao mesmo tempo, é percebida por eles como um possível mecanismo de governança capaz de gerir a ordem interna do presídio, bem como mediar conflitos e gerenciar mercados ilícitos.

Em seus estudos, estes autores defendem que é quase que inevitável que as pessoas quando presas desenvolvam artifícios para buscarem autoproteção dentro daquele sistema. Pois, como é discutido nos escritos destes autores, o Brasil não dispõe das condições mínimas para a provação de liberdade mediante as preconizações estipuladas nas leis do país, e possui uma série de acusações referentes às torturas e maus tratos. Outro quesito levantado por Lourenço e Almeida (2013) é a proporção, sempre crescente, de um público socialmente vulnerável e higienizado pelo Estado que constitui as instituições prisionais brasileiras, o que só fomenta o desenvolvimento de práticas econômicas lícitas e ilícitas.

Nesta mesma perspectiva, Alvim (2006) enfatiza que a população presa no Brasil, é em sua maioria constituída por jovens da realidade social mais empobrecida, socialmente às margens, com histórico familiar desestruturado e que não tiveram oportunidade quanto à formação educacional e/ou profissional. Com este quadro atrelado às condições sub-humanas, onde as pessoas presas não possuem alternativas além de se amontoarem em espaços mínimos, por exemplo, torna-se ineficiente a ideia de ressocialização daqueles sujeitos.

O Sistema de Informações Penitenciárias (InfoPen) em seu senso sobre 2014, aponta que o Brasil possui uma população prisional de 607.731 pessoas, sendo que as vagas são para 376.669 pessoas, confirmando um déficit de 231.062 vagas e 161% de taxa ocupacional. O InfPen demonstra também que o Brasil tem a quarta maior população prisional do mundo, perdendo apenas para Estados Unidos, China e Rússia, mas foi o único dentre estes que apresentou crescimento (33%) desta população entre 2008 e 2013. Outro dado relevante é que 56% das pessoas privadas de liberdade no Brasil possuem entre 18 e 29 anos, 67% são pessoas negras, enquanto esta população soma 51% do número total de brasileiros. Por fim, vale ressaltar que o tipo de crime que apresenta maior índice é o tráfico (27%). Quanto às questões ligadas à educação e trabalho enquanto lócus de ressocializações dentre destes espaços, somente 10,7% das pessoas presas estão inseridas em atividades de cunho educacional e 22% inseridos em oficinas de trabalho.

A sociedade não pode esquecer que 95% do contingente carcerário, ou seja, sua esmagadora maioria é oriunda da classe dos excluídos sociais, pobres, desempregados e analfabetos, que, de certa forma, na maioria das vezes, foram “empurrados” ao crime por não terem tido melhores oportunidades sociais (ASSIS, 2007).

A aplicação de penas e medidas protetivas (2014, p.11), através do Instituto de Pesquisa e Estatística Aplicada (IPEA) observa que 43,1% das pessoas presas possuem somente ensino fundamental incompleto, 19,7% fundamental completo, 9,2% médio incompleto e 11,2% médio completo, enquanto apenas 2,3% possuem ensino superior completo e 1,7% ensino superior incompleto.

Apesar dos dispositivos legais que garante direitos à todos os cidadãos, inclusive, especificamente às pessoas presas, a realidade no Brasil é bastante distinta, Assis (2007) discute que na área da saúde, por exemplo, são negligenciadas quando as celas se constituem na precariedade, insalubridade, na predisposição de proliferação de epidemias, doenças devido à superlotação; especificamente, a saúde bucal resume-se em extração dentária; A maioria das prisões não possuem tratamento médico-hospitalar . O autor citado relata ainda a má alimentação da pessoa presa, o sedentarismo, falta de higienização do ambiente e da própria pessoa e o uso de drogas como causas das péssimas condições de saúde oferecidas. Ele ainda quantifica que aproximadamente 20% das pessoas presas no Brasil são estimadas como sendo portadoras do HIV e possivelmente, suas causas estão ligadas às práticas homossexuais, à violência sexual praticada por outras pessoas presas e a uso de drogas injetáveis.

Assis (2007) continua a reafirmar a negligência quanto às garantias dos Direitos Humanos à pessoa presa:

A partir do momento em que o preso passa à tutela do Estado, ele não perde apenas o seu direito de liberdade, mas também todos os outros direitos fundamentais que não foram atingidos pela sentença, passando a ter um tratamento execrável e a sofrer os mais variados tipos de castigos, que acarretam a degradação de sua personalidade e a perda de sua dignidade, num processo que não oferece quaisquer condições de preparar o seu retorno útil à sociedade.

É preciso ressaltar a importância do trecho destacado acima e salientar como o autor que tais abusos e torturas além de serem praticados por outras pessoas presas, são também realizados por agentes penitenciários e policiais em nome da disciplina e controle. Corroborando com esta perspectiva, Dotti (2003) revela que as rebeliões que ocorrem nas instituições prisionais estão ligeiramente ligadas às denúncias de superlotação dos cárceres e a violação dos direitos fundamentais. Corroborando, Oliveira (2007) especifica outras causas das rebeliões: solicitações para receberem visitas de filhos, de disposição de serviços de saúde, disposição de material higiênico, melhores condições alimentares e banho de sol por duas vezes na semana.

Não obstante à superlotação das prisões e os outros problemas supracitados, Marcial (2003) leva em consideração a inadequada formação e preparo ético diário aos agentes penitenciários quanto às suas abordagens aos indivíduos presos, o que afeta inevitavelmente a ideologia de reintegração e ressocialização social daqueles sujeitos de direitos. Cabe ainda, para este autor, a ressalva de que há uma revolta também pela inserção de pessoas acometidas por alguma particularidade no lócus mental nos mesmos presídios que os que não apresentam tais particularidades, o não dar conta de lidar com aquela situação contribui nas revoltas e rebeliões.

Continuando, Castro (1991) pontua que há um autoritarismo e dominação dentro destas instituições advinda dos próprios indivíduos que a compõem enquanto presos e, conforme rege a ideologia política de funcionamento institucional, a equipe dirigente não interfere nestas situações e as encara como uma moeda de troca, seja por vantagens pessoais ou receio do descontentamento de uma massa em revolta.

Com relação ao trabalho ou laborterapia que é a profissionalização enquanto atividade ocupacional, Camargo (2006) pontua que apesar da obrigação legal de dispor de oportunidades de trabalho às pessoas presas condenadas, não há circunstâncias de trabalho suficientes para todos, negligenciando assim mais um direito.

Trata-se da instauração de uma crise antiga que se sustenta na negligência de disposição de recursos humanos e materiais. Oliveira (2007, p.2) incisivamente contribui com esta discussão apresentando sua visão da realidade carcerária no Brasil, que ele caracteriza como sendo arcaica:

Os estabelecimentos prisionais na sua maioria representam para os apenados um verdadeiro inferno em vida, onde o recluso se amontoa a outros em celas totalmente sujas, úmidas, anti-higiênicas e principalmente, superlotadas, de tal maneira que, em não raros exemplos, o preso deve dormir sentado, enquanto os outros revezam em pé. O cotidiano nas unidades penais é atravessado por conflitos, saudades, revoltas, violências, depressões e brigas, sendo também é um cotidiano regido por regulamentos, normas, relações de poder que dificultam e proíbem as mais diversas atividades, um cotidiano no qual a meta fundamental é evitar problemas e, sobretudo, dominar e controlar o apenado.

Esta ideologia está tão enraizada que a sociedade se organizou culturalmente, segundo este autor, de tal forma que a sua revolta e indignação se sustentam no medo e no desejo de controle das pessoas presas, e as demais questões que envolvem os direitos fundamentais, são questionadas por uma parcela restrita da população: os familiares das pessoas presas.

O Estado, segundo Santos (2005) quando sentencia a condenação de uma pessoa que cometeu algum crime contra a sociedade, sentencia em verdade a privação de liberdade deste sujeito, e diante dos objetivos e leis destinadas à este fim entende-se que após o pagamento de sua pena, este indivíduo estará apto ao retorno de sua vida em sociedade. Entretanto, esta reeducação social ou preparo para o retorno do convívio harmônico na sociedade apesar de ter respaldo teórico, não é efetiva na prática, pois:

a principal preocupação do sistema penitenciário ao receber um indivíduo condenado não é sua reeducação, mas sim com a privação de sua liberdade. [...] Enquanto isso a reincidência criminal cresce a cada dia, e na maioria das vezes constata-se que o indivíduo que deixa o cárcere após o cumprimento de sua pena, volta a cometer crimes piores do que anterior, como se a prisão o tivesse tornado ainda mais nocivo ao convívio social (SANTOS, 2005, p.4).

As práticas frequentes de tortura, maus tratos e negligências das mais variadas formas que ocorrem nos sistemas prisionais do Brasil, não se desenvolvem de forma esporádica, de acordo com Pedroso (1997) existe, de forma velada, uma geopolítica que vem sustentando estas práticas até os dias atuais. Para esta autora, quando no século XIX inicia-se a ideia de reclusão, ela emerge como higienização das ruas numa busca de promover uma ordem social diferenciada. Havia um autoritarismo instaurado que, utopicamente, se respaldava no distanciamento daqueles sujeitos ditos perigosos dos homens ditos bons socialmente.

Por fim, Castro (1991), observa que o próprio convívio social, da forma que se constitui dentro das instituições prisionais, é o motor da violência, não somente do seu exercício, mas também de sua produção e reprodução. Trata-se assim, de uma questão instaurada institucionalmente. A autora em questão, diferentemente da maior das demais que estudam a prisão brasileira, destaca a violência sutilmente velada nestes espaços. Para ela, trata-se dos “mecanismos, estratégias, táticas tanto de controle da massa carcerária por parte da equipe dirigente, quando de construção de experiência: a de dominação e sujeição daqueles que vivem sob tutela e abrigo da prisão” (p.57).

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A realidade do sistema prisional no Brasil é, minimamente, caótica:

No país, infelizmente, a política carcerária sempre esteve relegada a um plano secundário, entrave este que dificulta a implementação de políticas públicas penais. Por isso mesmo não é novidade o fato de que os estabelecimentos prisionais constituam um espaço propício para a produção e reprodução da violência. Os maus-tratos, a superlotação, a precariedade das condições de vida, as arbitrariedades de toda ordem dentro dos sistemas penais, contribuem para o embrutecimento da população carcerária, além do que, revela a incapacidade, a incúria do poder público em gerenciar o contingente populacional carcerário e em assegurar o cumprimento da Lei de Execuções Penais – LEP (OLIVEIRA, 2007, p. 4).

Não obstante, a autora supracitada explica que esta falta de priorização das políticas públicas voltadas para o sistema prisional se deve ao desinteresse público e da sociedade, em geral, em dar visibilidade e direitos aos estigmatizados, socialmente vulneráveis, vítimas do preconceito.

Assis (2007) estende suas explicações para tratar da ineficiência do sistema penitenciário brasileiro, enquanto resultado da segregação social. Este autor afirma que, apesar de não haverem dados oficiais, há estudos capazes de apontar que “no Brasil, em média, 90% dos ex-detentos que retornaram a sociedade voltam a delinquir, e, conseqüentemente, acabam retornando à prisão”. “É estupidez imaginar que homens amontoados como animais enjaulados podem um dia voltar à sociedade recuperados de seus erros” (ALVIM, 2006 p. 2). Em outras palavras, trata-se de uma discrepância do real objetivo da prisão, quando analisado o viés prático.

Outrossim, Marcial (2003), contribui demonstrando que não deve-se atribuir a reincidência da pessoa presa somente à falência do sistema penitenciário, para a autora é válido analisar os aspectos pessoais, políticos e sociais que podem estar envolvidos neste processo.

Em consonância com a autora supracitada, Santos (2005, p. 4) relata da necessidade de traçar um perfil populacional das penitenciárias do Brasil, e, em seus estudos demonstra que, majoritariamente, o cárcere brasileiro é constituído por jovens de até trinta anos de idade e com baixa escolaridade, sendo que “97%/ são analfabetos ou semi-analfabetos” e os demais, são, quase em totalidade, aqueles que não tiveram condições, pelas mais variadas justificativas, de concluir os estudos.

Dotti (2003, p.8) afirma que há uma crise penitenciária e que esta não se respalda na falta de leis, mas na “desobediência secular” por parte do poder público e seus agentes enquanto instituições que devem garantir a sua efetividade. Este autor pontua ainda que, trata-se de uma perspectiva com raízes na história do país e que perpetua de forma negativa na atualidade.

Destarte, como verifica Bezerra, Haas e Leite (2011), há um desvio de conduta que engloba o cárcere no sistema prisional, mas que tem uma relação direta com a sociedade. Tal relação é capaz de influenciar de forma estigmatizada o sujeito enquanto parte deste sistema, inicialmente a partir de meros julgamentos, para a posteriori usar da condenação formal, o que provoca, conseqüentemente um para além do cárcere, pois, quando se encerra a pena privativa de liberdade indicia-se as dificuldades de reinserção social devido aos preconceitos, estigmas e etiquetamento ou labelling approach.

Becaria (2001) defende que as leis podem sim se respaldarem em indícios mais brandos, mas, para que isto possa acontecer é necessário que as prisões rompam com a sua apresentação enquanto instituição de fome e desespero, que as penas se reorganizem em maior brandura e desenvolva-se piedade e compaixão entre aqueles que são responsáveis pelas execuções das penas.

Corroborando com Becaria (2001), Mazoni e Fachin (2012) apontam a necessidade de conscientização com relação a real aplicabilidade do sistema penal. Para estas autoras é emergente perceber a ideologia de controle que se encontra encoberta, pois somente assim, será possível que o Texto Constitucional seja, de fato, a base que sustente a Ordem Econômica e, por fim, que seja realmente afirmado e garantido o direito de justiça social. Trata-se de desvendar, analisar e reordenar as relações de poder envolvidas e, conseqüentemente, fazer uma reorganização com a criminalização, já que parte-se do pressuposto de ordem hierárquica oposta, não mais os vulneráveis que estão na base da pirâmide, mas o topo, os colarinhos brancos.

São diversas as afirmações com o objetivo de modificar os problemas relativos à efetividade dos direitos humanos e aplicabilidade das leis penais:

A fim de superar as dificuldades impostas à universalidade dos direitos humanos, diferentes autores propõem uma política cosmopolita dos direitos humanos. Essa política de direitos humanos calcada em um novo cosmopolitismo requer, de um lado, a ampliação das concepções desses direitos de maneira a evitar imposições e rejeições etnocêntricas. E de outro lado, impõe a necessidade de articular as exigências de liberdade, igualdade e solidariedade, de participação, reconhecimento e redistribuição. Um dos pressupostos de uma política cosmopolita dos direitos humanos deverá ser, portanto, o reconhecimento dos diferentes modos de conceber o humano a partir das suas conexões, vinculações e identificações com territórios, memórias, histórias, pertencas sociais, a fim de que seja forjado o sentido das relações entre os seres humanos e o mundo (BARRETO E WASEN, 2012, p. 7200).

Ainda que vários autores apresentem suas perspectivas, é importante salientar que há uma finitude comum entre eles que é a compreensão da ineficácia das leis e a notoriedade de uma disparidade entre teoria e prática, de tal forma que avançam quanto aos ideais de unir tais lócus: “se as leis são ineficientes para conter a escalada do crime em nossas cidades, não se trata de mudá-las simplesmente, mas, sobretudo de colocar em prática as leis que assegurem respeitabilidade humana” (VARELLA, 2002).

REFERÊNCIAS

ALVIM, Wesley Botelho. A ressocialização do preso brasileiro. **Revista DireitoNet**. 2006. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2965/A-ressocializacao-do-presos-brasileiro>>. Acesso em: 10 de Setembro de 2020.

ASSEMBLÉIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. Resolução 39/46, da Assembléia Geral das Nações Unidas, de 10 de dezembro de 1984 – Convenção contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes. Disponível em: <http://www.ovp-sp.org/lei_resoluc_onuxtort.htm>. Acesso em: 10 de Setembro de 2020.

ASSIS, Rafael Damaceno de. A realidade atual do sistema penitenciário brasileiro. **Revista CEJ**. Brasília, out. / dez 2007. Ano XI, n. 39. P.74-78. Disponível em: <https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=0ahUKEwi635GazZ7YAhUCNZAKHYdnC_IQFggqMAE&url=http%3A%2F%2Fwww.jf.jus.br%2Fojs2%2Findex.php%2Frevcej%2Farticle%2Fdownload%2F949%2F1122&usq=AOvVaw2Jk0nh9nqn7q9GBjWccqza>. Acesso em: 10 de Setembro de 2020.

BARRETO, Vicente de Paulo; WASEM, Franciele. Entre duas escrituras: multiculturalismo e direitos humanos. **RIDB**. Rio de Janeiro, 2012. Ano 1, n. 12, p. 7181-7214. Disponível em: <https://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2012/12/2012_12_7181_7214.pdf>. Acesso em: 10 de Setembro de 2020.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Edição RidendoCastigat Mores. São Paulo: 2001. Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/delitosB.pdf>>. Acesso em: 10 de Setembro de 2020.

BEZERRA, Alves Edson; HAAS, Rosangela Londero; LEITE, Caio Fernando Gianini. Labelling approach ou teoria do etiquetamento. **DireitoNet**. 2011. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/6204/Labeling-Approach-ou-etiquetamento>>. Acesso em: 10 de Setembro de 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, DF: Senado; 1988. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/legislacao/const/con1988/CON1988_05.10.1988/CON1988.shtm>. Acesso em: 10 de Setembro de 2020.

BRASIL. Constituição política do império do Brasil, de 25 de março de 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 10 de Setembro de 2020.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848 de 07.12.1940 alterado pela lei nº 9.777 em 26.12.98. Código penal brasil. Disponível em: <http://www.oas.org/juridico/mla/pt/bra/pt_bra-int-text-cp.pdf>. Acesso em: 10 de Setembro de 2020.

BRASIL. Lei nº 4.898 de 9 de dezembro de 1965. Regula o direito de representação e o processo de responsabilidade administrativa civil e penal, nos casos de abuso de autoridade. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4898.htm>. Acesso em: 10 de Setembro de 2020.

BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de Julho de 1984. Institui a lei de execução penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm>. Acesso em: 10 de Setembro de 2020.

BRASIL. Portaria MJ nº 1.283 de 30 de junho de 2005. Aprova o regime interno da comissão nacional de apoio ao programa nacional de apoio e acompanhamento de penas e medidas alternativas. Disponível em: <<https://www legisweb.com.br/legislacao/?id=193810>>. Acesso em: 10 de Setembro de 2020.

BRITO, L.M.T. de. Redução da maioria penal, para quê? In: Conselho Federal de Psicologia. **Redução da idade penal: socioeducação não se faz com prisão**. Brasília: CFP, 2013. p.15-18.

CAMARGO, Virginia da Conceição. Realidade do Sistema Prisional no Brasil.

In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, IX, n. 33, set 2006. Disponível em:

<<http://www.ambito->

[juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1299](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1299)>.

Acesso em: 10 de Setembro de 2020.

CASTELFRANCHI, Yuri. Da fogueira à pulseira eletrônica. **ComCiência**. N. 98.

Campinas, 2008. Disponível em:

<<http://www.ebah.com.br/content/ABAAAexBcAJ/fogueira-a-pulseira-eletronica>>.

Acesso em: 10 de Setembro de 2020.

CASTRO, Myriam Mesquita Pugliese de. Ciranda do medo: controle e dominação no cotidiano da prisão. **Revista USP**. São Paulo: 1991. P. 57 – 64. Disponível em:

<<http://www.revistas.usp.br/revusp/article/view/25548>>. Acesso em: 10 de Setembro de 2020.

COIMBRA, Cecília Maria Bouças; LOBO, Lília Ferreira; NASCIMENTO, Maria Lívia do. **Por uma intervenção ética para os direitos humanos**. Psicologia Clínica (online). 2008, vol.20, n.2, pp.89-102. Disponível em:

<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-56652008000200007>. Acesso em: 10 de Setembro de 2020.

DELEUZE, Guatarri. Controle e devir. In: **Conversações**. Rio de Janeiro: ed.34, 1992.

DEPEN. Departamento Penitenciário Nacional. Disponível em:

<<http://depen.gov.br/DEPEN/depen/quem-somos-1>>. Acesso em: 10 de Setembro de 2020.

DOTTI, René Ariel. A crise do sistema penitenciário. **Revista Democracia Digital**. Santa Catarina, 2003. Disponível em:

<<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/12441-12442-1-PB.pdf>>. Acesso em: 10 de Setembro de 2020.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: o nascimento da prisão**; tradução de Raquel Ramalhe. Petrópolis, Vozes, 1987. Disponível em:

<https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/121335/mod_resource/content/1/Foucault_Vigiar%20e%20punir%20I%20e%20II.pdf>. Acesso em: 10 de Setembro de 2020.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: o nascimento da prisão**. Petrópolis, 1999.

Editora Vozes. 20ª ed. Disponível em:

<<https://comunicacaodasartesdocorpo.files.wordpress.com/2013/11/foucault-michel-vigiar-e-punir.pdf>>. Acesso em: 10 de Setembro de 2020.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. Vol. Único. 4.ed. Editora JusPodivim: Salvador, 2016.

LOURENÇO, Luiz Claudio; ALMEIDA, OdilzaLines. Quem mantém a ordem, quem cria a desordem: gangues prisionais na Bahia. **Revista USP**. São Paulo, 2013. V. 25, n. 1. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/ts/article/view/69032>>. Acesso em: 10 de Setembro de 2020.

MARCIAL, Fernanda Magalhães. Os direitos humanos e a ética aplicada ao sistema penitenciário. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 8, n. 132, 15 nov. 2003. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/4458>>. Acesso em: 10 de Setembro de 2020.

MARMELSTEIN, George, 2008, p. 20 apud VITÓRIO, Teodolina Batista da Silva Cândido, 2011, sem paginação. Cf., Ibid.

MAZONI, Ana Paula de Oliveira. ; FACHIN, Melina Girardi. A teoria do etiquetamento do sistema penal e os crimes contra a ordem econômica: uma análise dos crimes de colarinho branco. **REVISTA DE DIREITO PÚBLICO**, LONDRINA, V. 7, N. 1, P. 3-18, JAN./ABR. 2012. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/viewFile/10183/10422>>. Acesso em: 10 de Setembro de 2020.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. Sistema integrado de informações penitenciárias – InfoPen. Disponível em: <http://189.28.128.100/dab/docs/portaldab/documentos/relatorio_depen.pdf>. Acesso em: 10 de Setembro de 2020.

NEVES, Marcelo. A força simbólica dos direitos humanos. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**. N. 4, out-dez 2005, Salvador. Disponível em: <<http://staticsp.atualidadesdodireito.com.br/marcelonovelino/files/2012/04/A-for%C3%A7a-simb%C3%B3lica-dos-DH-M-Neves1.pdf>>. Acesso em: 10 de Setembro de 2020.

NIETZSCHE, Frederich Wilhelm. **Genealogia da moral: uma polêmica**. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

OLIVEIRA, Hilderine Câmara de. A falência da política carcerária brasileira. **III Jornada Internacional de Políticas Públicas**. São Luís, 2007. Disponível em: <<http://www.joinpp.ufma.br/jornadas/joinppIII/html/Trabalhos/EixoTematicoF/7747d19a7e9a8726e4faHilderline.pdf>>. Acesso em: 10 de Setembro de 2020..

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>>. Acesso em: 10 de Setembro de 2020.

PASSETI, Edson. Punição e sociedade de controle. **ComCiência**. Campinas, n. 98, 2008. Disponível em <http://comciencia.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1519-76542008000100010&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 10 de Setembro de 2020.

PEDROSO, Regina Célia. Utopias penitenciárias projetos jurídicos e realidade carcerária no Brasil. **Revista de História**. São Paulo, 1997. n. 136. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/revhistoria/article/view/18816>>. Acesso em: 10 de Setembro de 2020.

Pesquisa. **Tempo soc.**, São Paulo , v. 3, n. 1-2, p. 7-40, Dec. 1991 . Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-20701991000100007&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 10 de Setembro de 2020.
SANDEL, Michael J. **Justiça: o que é fazer a coisa certa**. 10.ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.

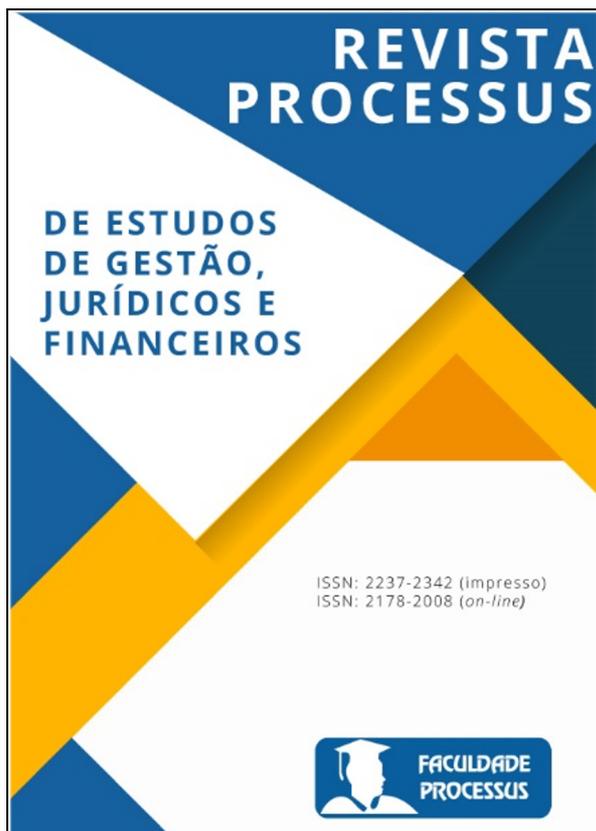
SANTOS, Sintia Menezes. Ressocialização através da educação. **DireitoNet**. 2005. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2231/Ressocializacao-atraves-da-educacao>>. Acesso em: 10 de Setembro de 2020.

SILVA, Haroldo Caetano da. Mesa – estado penal e funções do cárcere na contemporaneidade: produção de subjetividade e de criminalidade. In: CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. (Org.). **Atuação do psicólogo no sistema prisional**. Brasília, 2010. p. 19-24.

TERENCE, Ana Cláudia Fernandes; ESCRIVÃO FILHO, Edmundo. Abordagem quantitativa, qualitativa e a utilização da pesquisa-ação nos estudos organizacionais. In. ENCONTRO NACIONAL DE ENGENHARIA DE PRODUÇÃO, 26., 2006, Fortaleza. Anais... Fortaleza, 2006. p. 1-9.

VARELLA, Drauzio. Do sistema penitenciário brasileiro e das leis que não se cumprem. In: **Jornal folha de São Paulo**, São Paulo, abr. 2002.

VERANI, Sérgio de Souza. Mesa – estado penal e funções do cárcere na contemporaneidade: produção de subjetividade e de criminalidade. In: CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. (Org.). **Atuação do psicólogo no sistema prisional**. Brasília, 2010. p. 19-24.



Revista Processus de Estudos de Gestão, Jurídicos e Financeiros

ISSN: 2237-2342 (impresso)

L-ISSN: 2178-2008 (on-line)

Tramitação editorial:

Data de submissão: 22/10/2020

Data de reformulação: 23/10/2020

Data de aceite definitivo: 02/11/2020

DOI: <https://doi.org/10.5281/zenodo.4253338>

Data de publicação: 06/11/2020.

TRIBUTAÇÃO E FAMÍLIA: UMA ANÁLISE INTERDISCIPLINAR DO IMPACTO DO DIREITO TRIBUTÁRIO NAS *HOLDINGS* FAMILIARES¹

TAXATION AND FAMILY: AN INTERDISCIPLINARY ANALYSIS OF THE IMPACT OF TAX LAW ON FAMILY HOLDINGS.

*Aline de Assis da Silva²
Jonas Rodrigo Gonçalves³*

Resumo

O tema deste artigo é a Tributação e Direito de Família: uma análise interdisciplinar do impacto do Direito Tributário nas *Holdings* Familiares. A hipótese apontou o seguinte problema: é vantajosa a criação de uma *holding* familiar para o titular do patrimônio sob o enfoque do Direito Tributário? O objetivo geral é verificar se a criação de uma *holding* familiar para o detentor do patrimônio sob o enfoque do

¹ Artigo de Revisão de Literatura elaborado como Trabalho de Curso da Especialização em Direito Tributário da Faculdade Processus, sob a orientação do professor Jonas Rodrigo Gonçalves. Este artigo contou com a revisão linguística de Roberta dos Anjos Matos Resende (61) 98484-9305.

² Bacharela em Direito pela Faculdade Processus. Discente no curso de Pós Graduação em Direito Tributário pela Faculdade Processus. CV Lattes: <<http://lattes.cnpq.br/6441988759868339>>. Orcid: <<https://orcid.org/0000-0003-3215-4752>>. E-mail: alinesilva_df@hotmail.com.

³ Doutorando em Psicologia; Mestre em Ciência Política (Direitos Humanos e Políticas Públicas); Licenciado em Filosofia e Letras (Português e Inglês); Especialista em Direito Constitucional e Processo Constitucional, em Direito Administrativo, em Direito do Trabalho e Processo Trabalhista, entre outras especializações. Professor das faculdades Processus (DF), Unip (SP) e Fasesa (GO). Escritor (autor de 61 livros didáticos/acadêmicos). Revisor. Editor. CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6904924103696696>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-4106-8071>. E-mail: jonas.goncalves@institutoprocessus.com.br.

Direito Tributário é vantajosa. Os objetivos específicos são: realizar uma análise interdisciplinar das *holdings* familiares; estudar os aspectos tributários na constituição e na manutenção da *holding* familiar; e analisar as vantagens e as desvantagens da constituição de uma *holding* familiar. Este trabalho é importante por promover uma análise atual e interdisciplinar das *holdings* familiares com implicações empresariais, familiares e tributárias. Trata-se de uma pesquisa qualitativa teórica com três meses de duração.

Palavras-chave: *Holding* Familiar. Planejamento tributário. Patrimônio familiar. Empresa. Família.

Abstract

The theme of this article is "Taxation and Family Law: an interdisciplinary analysis of the impact of Tax Law on Family Holdings". The hypothesis stated the following problem: "from the perspective of Tax Law, is it advantageous to create a family holding company for the holder of the property?". The general objective is "to verify that it is advantageous to create a family holding company for the holder of the property from the perspective of Tax Law". The specific objectives are: "to carry out an interdisciplinary analysis of family holdings"; "study the tax aspects in the constitution and maintenance of the family holding company"; "analyze the advantages and disadvantages of setting up a family holding company." This work is important because it promotes a current and interdisciplinary analysis of family holding companies with business, family and tax implications. This is a theoretical qualitative research with a duration of three months.

Keywords: *Family Holding. Tax planning. Family heritage. Company. Family.*

Introdução

O tema do artigo é a Tributação e Direito de Família: uma análise interdisciplinar do impacto do Direito Tributário nas *Holdings* Familiares. O trabalho realiza uma análise interdisciplinar das *holdings* familiares, tendo como foco estudar o impacto do Direito Tributário e verificando quais são as vantagens tributárias da criação de uma *holding* familiar para o detentor do patrimônio.

O vocábulo *holding* é derivado do verbo, em inglês, *to hold*, cujo significado é segurar, controlar, deter, sustentar, manter, guardar. *Holding company* ou simplesmente *holding* designa pessoas jurídicas para que atuem como titulares de bens e direitos que, normalmente, as pessoas mantêm em seu patrimônio pessoal como bens móveis e imóveis, propriedades intelectuais, participações societárias e investimentos financeiros (MAMEDE; MAMEDE, 2019, p. 13).

Este artigo propõe responder ao seguinte problema: a criação de uma *holding* familiar para o detentor do patrimônio sob o enfoque do Direito Tributário é vantajosa? Constituir uma *holding* familiar, por ser uma estrutura societária mais complexa, é um processo mais trabalhoso e oneroso. Todavia, pode ser um trabalho muito vantajoso para o detentor do patrimônio sob a ótica do Direito Tributário, uma vez que a legislação fiscal pode apresentar cenários mais ou menos onerosos dependendo do perfil do contribuinte.

Antes de afirmar se há ou não alguma vantagem fiscal em constituir uma *holding* familiar é preciso conhecer a realidade da família, pois não há uma fórmula padrão e universal aplicável indistintamente a qualquer cliente. Há inúmeros casos

em que não há vantagem na criação de uma *holding* (MAMEDE; MAMEDE, 2019, p. 106).

A hipótese cogitada é a seguinte: a criação de uma *holding* familiar é vantajosa para o titular do patrimônio? Não é possível considerar a *holding* familiar uma garantia de redução da carga tributária, mas ela pode ser um potencial vetor de economia tributária, por isso é indispensável a realização de um bom planejamento tributário para avaliar o cenário fiscal e definir, dentro dos parâmetros legais, qual é o caminho que representa maiores benefícios.

Entre tantos objetivos essenciais para constituir uma *holding* familiar é preciso destacar o melhor planejamento fiscal do patrimônio particular e a obtenção de vantagens fiscais. A criação de uma *holding* familiar permite uma visão mais ampla do patrimônio e das atividades negociais, com os respectivos impactos fiscais, bem como das oportunidades na legislação tributária vigente (SILVA; ROSSI, 2017, p. 125).

O objetivo geral do trabalho é verificar se a criação de uma *holding* familiar é vantajosa para o titular do patrimônio sob o enfoque do Direito Tributário. Busca descobrir se constituir uma *holding* familiar é um processo que renderá bons frutos para a proteção do patrimônio familiar e para a redução da carga tributária.

A *holding* familiar é constituída a partir da integralização dos bens de membros de determinada família na sociedade, na forma de capital social. O principal objetivo é proteger o patrimônio familiar, inclusive o oriundo de eventuais empresas da família, de forma que ultrapasse a geração atual. Na seara do Direito Tributário, o objetivo primordial da constituição de uma *holding* consiste em reduzir a carga tributária da atividade empresarial familiar observando as hipóteses permitidas por lei (SILVA; ROSSI, 2017, p. 17).

Os objetivos específicos do trabalho são: realizar uma análise interdisciplinar das *holdings* familiares; estudar os aspectos tributários que influenciam na constituição e na manutenção da *holding* familiar; e analisar as vantagens e desvantagens da constituição de uma *holding* familiar sob a perspectiva tributária.

A *holding* familiar é uma empresa criada para deter parte ou a totalidade do patrimônio de uma família, e participar de outras sociedades que integram o patrimônio familiar, permitindo que a família concentre a gestão dos negócios em uma única estrutura societária. A diferença substancial da *holding* familiar das demais classificações é o contexto: o âmbito familiar e sua função, que é servir como ferramenta para a organização do patrimônio da família; a administração dos bens; a otimização da carga tributária; e o planejamento sucessório (SILVA; ROSSI, 2017, p. 20).

Para ser bem estudado e compreendido, o Direito requer a compreensão de que não pode ser dissociado do contexto social, pois não é uma ciência de cunho abstrato, mas de natureza social. Assim, a razão de interpretar o Direito é aplicá-lo ao caso concreto, não é possível tal aplicação ou interpretação de maneira isolada, baseada unicamente em um texto separado da lei. Por esse ângulo, a pesquisa revela sua importância aos operadores do Direito, pois promove uma análise interdisciplinar das *holdings* familiares, voltada ao impacto do Direito Tributário, abordando a interdisciplinaridade fundamental para a interpretação e a aplicação do Direito independentemente da área de atuação jurídica do profissional.

É importante para a ciência, pois o tema traz implicações empresariais. Um dos objetivos da *holding* familiar é construir uma arquitetura societária compatível com a realidade, com os planos e desejos futuros da empresa familiar, além de preparar o ingresso de novas gerações na organização. A temática também atinge o

Direito de Família, uma vez que a *holding* familiar está inserida no contexto familiar e no Direito Tributário. Entre os objetivos observados na constituição de uma *holding* familiar há o melhor planejamento fiscal do patrimônio da família e a obtenção de vantagens fiscais lícitas.

Por fim, a pesquisa é relevante para a sociedade, pois é uma demanda social no âmbito do Direito Tributário, Empresarial e de Família. A sociedade está em constante mudança e uma ciência baseada na realidade social precisa ser estudada de maneira ampla e integrada para que na resolução e na abordagem de temas de elevada complexidade, como o das *holdings* familiares, integre visões disciplinares e construa uma vasta perspectiva da ciência jurídica.

Trata-se de uma pesquisa teórica, bibliográfica, fundamentada em artigos científicos e em livros acadêmicos, bem como na lei, na doutrina e na jurisprudência.

Foram escolhidos cinco artigos científicos, obtidos por meio de buscas realizadas no Google Acadêmico, baseadas nas seguintes palavras-chave: *Holding Familiar*; Planejamento tributário; Patrimônio; e Empresa familiar. Foram selecionados cinco livros acadêmicos, a Lei nº 6.404, de 15 de Dezembro de 1976 dispõe sobre as Sociedades por Ações, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a Lei nº 5.172, de 25 de Outubro de 1966, Código Tributário Nacional, a Lei nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002, Código Civil Brasileiro, além de legislações tributárias correlatas e jurisprudência atinente ao tema.

Como critérios de exclusão dos artigos científicos foram selecionados artigos com o número máximo de três autores em que pelo menos um dos autores é mestre ou doutor, além da exigência de ser um artigo publicado em revista acadêmica com ISSN. A pesquisa de revisão de literatura foi realizada durante três meses. No primeiro mês, foi realizado o levantamento do referencial teórico; no mês seguinte, houve a revisão da literatura; no terceiro mês foram elaborados os elementos pré-textuais e pós-textuais que integram o trabalho.

Trata-se de uma pesquisa qualitativa, os dados obtidos foram tratados por meio de uma pesquisa bibliográfica, elegendo os aspectos mais relevantes abordados pelos autores.

Todas as modalidades de Trabalho de Curso, que incluem diferentes tipologias textuais, pertencem ao gênero textual denominado Dissertação, para apresentar de maneira sucinta um posicionamento acerca de uma temática, expressando uma opinião para convencer o leitor. O artigo de revisão é um trabalho de caráter monográfico, de pequena extensão, que possui entre 10 e 30 páginas, e é passível de publicação em revista acadêmica (GONÇALVES, 2019, p. 6).

Tributação e Família: Uma análise interdisciplinar do impacto do Direito Tributário nas *holdings* familiares

1. *Holding* Familiar

O vocábulo *holding* é derivado do verbo, em inglês, *to hold*, cujo significado é segurar, controlar, deter, sustentar, manter, guardar. *Holding Company* ou simplesmente *holding* é a designação de pessoas jurídicas que atuam como titulares de bens e direitos que, normalmente, as pessoas mantêm em seu patrimônio pessoal como bens móveis e imóveis, propriedades intelectuais, participações societárias e investimentos financeiros (MAMEDE; MAMEDE, 2019, p. 13).

O artigo 2º, §3º da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, Lei das Sociedades Anônimas (BRASIL, 1976), ainda que não o faça expressamente, revela a existência das *holdings* da seguinte forma: companhias cujo objeto social é a participação em outras sociedades. Tal participação pode ser permanente ou

temporária (ARAÚJO; ROCHA JÚNIOR, 2019, p. 2). A companhia pode realizar seu objeto social de maneira direta ou indireta, pela participação em sociedades por ela controladas e cujas atividades sejam semelhantes ou complementares ao objeto social da controladora (SILVA; ROSSI, 2017, p. 20).

Não obstante, a *holding* em si não pode ser classificada como um tipo societário específico, pois possui características de sociedade, como a participação no capital de outras sociedades, permitida pelo §3º da Lei nº 6.404 (BRASIL, 1976), e a presença da atividade econômica organizada para a produção e a circulação de bens ou serviços, um dos elementos definidores de empresa segundo o artigo 966, caput, do Código Civil (BRASIL, 2002, p. 33).

Importa ressaltar que embora a Lei das Sociedades Anônimas não preveja expressamente, não há óbice para que a *holding* adote a forma de sociedade limitada, anônima ou mesmo algum outro tipo societário que escolher, pois como delineado alhures, a *holding* não está atrelada a nenhum tipo societário determinado (MAMEDE; MAMEDE, 2019, p. 17).

É possível concluir que a *holding* poderá aderir ao tipo societário que melhor suprir as necessidades da sociedade que a criou, respeitando os limites legais de cada formato societário, pois seu fim é participar de outras sociedades como ferramenta administrativa.

É imprescindível perceber que a *holding* poderá ser constituída de pessoas físicas ou jurídicas como sócias, que podem ser inclusive fundações ou associações, afinal pessoas físicas podem ser sócias de pessoas jurídicas (ARAÚJO; PAULUS; QUEIROZ, 2017, p. 611).

Participar do capital social de outras empresas não é necessariamente o único intento de uma *holding*. Uma sociedade *holding* pode emergir de contextos diferentes e atender objetivos diversos, podendo ser adaptada a vários tipos de *holdings*, conforme as necessidades observadas pelos criadores do negócio.

O art. 2º, §3º, da lei nº 6.404 (BRASIL, 1976) divide o gênero *holding* em duas grandes espécies: a *holding* pura e a mista. Todavia, a doutrina elenca outras espécies de *holdings*, conforme a finalidade específica de cada uma (SILVA; ROSSI, 2017, p. 21).

Holding pura pode ser definida como aquela em que o objeto social é formado unicamente pela participação do capital de outras sociedades. Dito de outro modo, sua única atividade é titularizar quotas ou ações de outras companhias. Em português comumente se usa a expressão Sociedade de Participação para definir este tipo específico de *holding* (ARAÚJO; ROCHA JÚNIOR, 2019, p. 2).

A receita de uma *holding* pura é construída exclusivamente pela distribuição dos lucros e juros sobre o capital próprio, pagos pelas sociedades nas quais têm participação, isso acontece por ser uma sociedade que não desenvolve atividade comercial de maneira operacional (ARAÚJO; ROCHA JÚNIOR, 2019, p. 2).

Dependendo do planejamento estratégico de uma empresa, família ou mesmo grupo empresarial, é possível que a *holding* pura seja constituída não apenas para deter quotas ou ações societárias, mas para centralizar a administração das atividades (MAMEDE; MAMEDE, 2019, p. 15).

A *holding* mista, por outro lado, além de participar do capital social de outras sociedades detendo quotas e/ou ações, realiza atividade comercial de maneira operacional por meio da realização de atividades empresariais em sentido estrito (ARAÚJO; ROCHA JÚNIOR, 2019, p. 3).

Na mesma linha de pensamento, quando o artigo 2º, §3º da Lei nº 6.404/76 (BRASIL, 1976) estabelece que “a sociedade pode ter por objeto social a

participação em outras sociedades,” está afirmando que pode ser construída sob a forma de *holding* pura. A mesma norma oferece a opção de participação em outras sociedades como meio de realizar o objeto social ou para garantir incentivos fiscais. Ainda que não haja previsão expressa no contrato social, ou no estatuto, contempla a possibilidade de a sociedade ser constituída sob a forma de *holding* mista.

A doutrina menciona outras espécies, conforme o objetivo específico da *holding*. Entre elas estão as *holdings* imobiliária e patrimonial, reveladas quando a sociedade é constituída com a finalidade de se tornar a proprietária de um patrimônio determinado, que pode ser um ou mais bens imóveis, inclusive para fins de locação (*holding* imobiliária) ou detenção de bens móveis, propriedade imaterial, investimentos, direitos e créditos variados (*holding* patrimonial) (ARAÚJO; ROCHA JÚNIOR, 2019, p. 3).

Se o objetivo da sociedade for titularizar quotas e/ou ações de outras sociedades para deter o controle delas, é uma *holding* de controle, se não houver o intuito de controle, é uma *holding* de participação. Pode ser classificada ainda como *holding* de administração, quando for constituída com a finalidade exercer, de forma centralizada, a administração de outras sociedades controladas ou não (ARAÚJO; ROCHA JÚNIOR, 2019, p. 4).

A *holding* familiar, segundo Mamede e Mamede, “não é um tipo específico, mas uma contextualização específica” (MAMEDE; MAMEDE, 2019, p. 16). O que a diferencia é seu enquadramento no seio familiar e o fato de servir como ferramenta de planejamento para seus membros, podendo ser constituída sob a forma de uma *holding* pura, mista, de administração, de organização ou mesmo patrimonial (MAMEDE; MAMEDE, 2019, p. 12).

A *holding* familiar é caracterizada, em essência, por seu objetivo. Ademais, não está atrelada a nenhum tipo societário específico, permite adotar a forma de uma sociedade simples, sociedade em nome coletivo, sociedade em comandita simples, sociedade limitada, sociedade anônima ou mesmo uma sociedade em comandita por ações (SILVA; ALBUQUERQUE, 2020, p. 247).

Convencionalmente, *holding* familiar é a empresa criada com a finalidade de deter parte ou a totalidade do patrimônio de uma mesma família e participar de outras sociedades integrantes do patrimônio familiar, permitindo a concentração da gestão negocial em uma estrutura societária única, além de possibilitar a melhor gestão do patrimônio e das finanças por meio da elaboração de planejamentos sucessórios e tributários. É comum criar uma *holding* familiar para guardar os bens familiares, geralmente imóveis, e desenvolver atividades relacionadas aos bens, como compra, venda e aluguel (SILVA; ROSSI, 2017, p. 20).

Assim, quando uma empresa familiar constitui uma *holding* familiar, os familiares perdem a característica de sócios da empresa mãe e passam ao atributo de sócios da própria *holding*. Caso ocorra o falecimento de um sócio, as quotas inventariadas não serão as da empresa familiar, mas as da própria *holding*, um cenário que proporciona mais estabilidade sucessória e permite que a empresa mantenha suas atividades em exercício, sem interferências diretas da sucessão.

Para unificar o controle sobre o patrimônio, todos os bens economicamente relevantes podem integrar a *holding* (TESSARI; PINHEIRO; MOREIRA, 2018, p. 417). Portanto, pessoas físicas e jurídicas transferem a titularidade de seus bens para a *holding* e ela passa a substituí-las na administração deles, preservando a exposição dos sócios. Noutro giro, as pessoas físicas e jurídicas, os antigos proprietários e atualmente sócios da *holding*, passam a receber as participações na sociedade.

Sobre as cláusulas contratuais, referentes ao objeto social da *holding*, é de suma importância que sejam elaboradas a partir da vontade dos sócios ou dos acionistas, mas com finalidade lícita e observando todos os parâmetros legais que regem a matéria.

1.1 Objetivos da *Holding* Familiar.

Para o empresário brasileiro é um grande desafio manter o sucesso de sua empresa em um ambiente no qual a economia nacional, a legislação trabalhista e a impactante carga tributária elevam os riscos e os gastos da atividade empresarial. O desafio é potencializado caso a empresa tenha natureza familiar, pois além da preocupação com os aspectos objetivos da administração do negócio há a angústia de aspectos subjetivos, como a difícil definição de quem prosseguirá com os negócios da família, pois os sucessores podem não estar preparados para assumir tal incumbência.

Há diversos casos de empresas familiares que começaram timidamente suas atividades, apenas para promover o sustento da família, mas com o passar do tempo cresceram e se estabeleceram como negócios empresariais notórios, concretos e financeiramente equilibrados (BORDIGNON; ECKERT; MECCA, 2020, p. 114).

O crescimento da empresa familiar traz uma responsabilidade de alta manutenção, ou seja, garantir que o negócio continue sólido e fornecendo bons dividendos aos acionistas, tarefa que requer empenho dos empresários considerando o crítico cenário econômico do país (BORDIGNON; ECKERT; MECCA, 2020, p. 115).

A razão para constituir uma empresa familiar, de maneira geral, é a intenção de traçar uma jornada empresarial vitoriosa, oferecendo segurança aos familiares com o patrimônio arrecadado, garantindo que a empresa sobreviva e alcance as gerações futuras.

É preciso buscar alternativas e estratégias eficazes ao gerenciamento dos negócios da família para alcançar tais objetivos. Nesse contexto, há a possibilidade de constituição de uma *holding* familiar como estratégia para lidar melhor com os riscos naturais da atividade empresarial, gerir estrategicamente as complicações da sucessão hereditária de bens e criar uma estrutura jurídica eficaz e capaz de proporcionar uma redução legal da carga tributária.

Sobre a possibilidade de criação de uma *holding* familiar para atender aos objetivos de uma empresa familiar, Luís Felipe Bordignon, Alex Eckert e Marlei Salete Mecca abordam o caso de uma empresa familiar situada na Serra Gaúcha, fundada no ano de 1996 pelo patriarca, que após 13 anos passou a ser integrada também pelos dois filhos do fundador. Contam que o empreendimento começou como borracharia e passados alguns anos consolidou-se como reformadora de pneus. O filho mais velho atua com o pai na área administrativa do negócio, juntos são responsáveis por comandar a empresa. O filho mais novo trabalha com o supervisor de produção no comando operacional. A composição societária é a seguinte: 51% das cotas pertencem ao pai, os 49% restantes pertencem aos dois filhos, sendo 24,50% das cotas para cada um. O pai, que hoje detém o controle decisório e a responsabilidade de administrar da empresa por ele fundada, pretende transferir o comando da empresa futuramente aos filhos para que prossigam com a atividade empresarial. Mas, há a preocupação de proteger seu empreendimento, o patrimônio familiar e garantir que poderá resguardar a empresa familiar de quaisquer ameaças futuras, razão pela qual a constituição de uma *holding* familiar pode ser

uma excelente estratégia para o alcance dos fins desejados (BORDIGNON; ECKERT; MECCA, 2020, p. 120).

Uma *holding* familiar tem como objetivo, sobretudo, proteger o patrimônio familiar, inclusive aquele oriundo de eventuais empresas da família, para que seja possível perpassar a geração atual, mas esse não é seu único intento.

1.1.1 Estruturação empresarial, uniformidade administrativa e expansão dos negócios.

A definição da engenharia empresarial, estratégias mercadológicas e *benchmarking* são temas das Ciências da Administração Empresarial, Economia e Contabilidade. O trabalho do operador do Direito começa após a definição realizada pelos executivos, especialistas e consultores do que entendem ser o melhor cenário para as atividades produtivas da empresa, é o momento de verificar a presença de propostas que exorbitem os ditames legais ou proposições cujos impactos jurídicos sejam excessivos e prejudiciais, apresentando uma redefinição que atenda aos objetivos da empresa e a mantenha regularizada com estratégias juridicamente vantajosas (MAMEDE; MAMEDE, 2019, p. 67).

Por essa razão, a interdisciplinaridade do conhecimento é tão importante no momento da estruturação empresarial, pois o papel do operador de Direito no contexto é apenas instrumental, porém é indispensável para garantir movimentos seguros e exitosos.

Constituir uma *holding* familiar tornará possível, entre outras coisas, a construção de uma reestruturação societária que acomode os valores das novas gerações, permita que demonstrem sua capacidade e adquiram experiência desenvolvendo algum projeto específico. Tudo isso preservando o principal eixo da empresa ou do grupo de empresas, pois quando surgirem problemas não contaminarão a sociedade controladora (MAMEDE; MAMEDE, 2019, p. 68).

Um dos objetivos da empresa ao constituir uma *holding* familiar é criar uma arquitetura societária compatível com a realidade e com os planos e desejos para o futuro da empresa, além de preparar o ingresso de novas gerações na organização. Outro ponto não seria sobre uma empresa, mas um grupo de empresas, caso que constitui uma *holding* com o objetivo de exercer a administração de maneira centralizada.

Assim, a *holding* assumirá o papel de governo na organização das diversas unidades produtivas e passará a estabelecer planos, metas e estilo de atuação, definirá parâmetros, processos funcionais, avaliará a viabilidade de aplicação de fórmulas alternativas em uma unidade específica, cobrará resultados e garantirá a unidade das controladas (MAMEDE; MAMEDE, 2019, p. 70).

Além disso, a constituição da *holding* familiar permite a movimentação do desenvolvimento dos negócios e conserva a unidade dos sócios. Mesmo quando é necessário diversificar os mercados de atuação ou, ao contrário, concentrar a atuação em um determinado nicho, é possível preservar o núcleo representado pela *holding* familiar (MAMEDE; MAMEDE, 2019, p. 89).

Assim, com a *holding* familiar, será possível ir além de simplesmente manter a participação societária nas empresas controladas. Exemplificando, a empresa poderá, de maneira estratégica, contrair participações societárias em sociedades compatíveis com os planos presentes ou futuros da família, expandir os negócios geograficamente com a abertura de filiais ou com a constituição de outras sociedades controladas, realizar fusões societárias, explorar a fundo certo empreendimento, entre tantas outras possibilidades.

1.1.2 Proteção patrimonial.

Outra finalidade da *holding* familiar consiste em resguardar os bens que compõem a sociedade de fatores externos, principalmente de questões emocionais inerentes ao seio familiar. Tudo será decidido por meio da forma descrita no instrumento de constituição, e apesar do aparecimento de qualquer intercorrência externa, o controle societário será mantido.

Desse modo, será possível resguardar o sócio de assumir uma eventual responsabilidade solidária de sociedades de que faça ou venha a fazer parte, ou mesmo solucionar problemas advindos de dificuldades financeiras pessoais dos sócios, discordâncias familiares ou da fragmentação familiar, como os divórcios que abalam o patrimônio pessoal e familiar. Ademais, a proteção patrimonial busca resguardar a sociedade de problemas de ordem pessoal que acarretem medidas judiciais como a penhora da participação de um dos sócios na *holding*, quando inadimplente (TESSARI; PINHEIRO; MOREIRA, 2018, p. 416).

A proteção patrimonial fornecida pela *holding* familiar separará os bens dos riscos pessoais. Se por acaso os sócios enfrentarem algum período de dificuldade, não haverá interferência na gestão financeira dos bens nem na continuidade das atividades da *holding* (BARBOSA; JESUS, 2015, p. 85).

Tal proteção patrimonial é também contra terceiros. A concentração, na *holding*, de todos os títulos societários é uma estratégia jurídica que ao mesmo tempo fortalece a participação familiar e unifica as participações fragmentárias, evitando que a ocorrência de fragmentação entre os herdeiros prejudique o controle sobre a sociedade que era exercido pela família (MAMEDE; MAMEDE, 2019, p. 85).

Em regra, os bens de uma *holding* não serão atingidos diretamente, tornando seus frutos e rendimentos passíveis de apropriação por terceiros, resguardadas as quotas sociais.

No caso da empresa familiar no ramo de pneus alhures, que se transformou em uma importante reformadora de pneus, ao constituir uma *holding* familiar poderá repassar seu ativo imobilizado para a *holding*. Esse movimento permite que o ativo esteja protegido, por exemplo, de uma eventual penhora. A constituição da *holding* familiar sob o enfoque da proteção patrimonial garantirá que a reformadora não seja afetada por fatores externos (BORDIGNON; ECKERT; MECCA, 2020, p. 123).

A noção de proteção patrimonial absoluta é equivocada, uma vez que a estratégia de transferência do patrimônio de uma pessoa física para uma pessoa jurídica tem seus limites definidos pelos ditames da legislação. Caso seja comprovado que a criação da *holding* familiar ocorreu com o intuito de agir com má-fé, fraudar, tornar insolvente ou causar prejuízo, os sócios responderão pessoalmente pelas obrigações societárias em consequência da desconsideração da personalidade jurídica (TESSARI; PINHEIRO; MOREIRA, 2018, p. 416).

1.1.3 Redução do impacto das desavenças familiares e proteção contra fracassos amorosos.

É desafiadora a tarefa de liderar simultaneamente a família e os negócios dela administrando com racionalidade e mantendo a unidade familiar. Esse é o ponto de maior contribuição da *holding familiar*, pois mesmo que a empresa familiar exista para gerar lucro para determinada família, dentro desta naturalmente existirão momentos em que prevalecerá a emoção, com divergências de opinião e interesses, o que pode gerar más decisões de negócio e possíveis rupturas na relação familiar (BORDIGNON; ECKERT; MECCA, 2020, p. 123-124).

Uma empresa familiar fatalmente estará permeada de assuntos alheios ao meio empresarial e isso ocorrerá em grau mais acentuado do que em outras empresas que não sejam administradas por uma família, uma vez que nela a relação

entre os sócios é mais do que meramente comercial. Por conseguinte, como as pautas familiares impactarão no cotidiano da empresa, os riscos serão potencializados. A *holding* familiar pode auxiliar na tarefa de minimizar os efeitos que os conflitos familiares acarretam ao negócio familiar (SILVA; ALBUQUERQUE, 2020, p. 238).

O patrimônio comum geralmente origina um conflito familiar, uma vez que envolve dilemas como “ter e não poder usar ou poder usar e não poder ter”. A *holding* familiar permite que o foco saia da disputa familiar pelos bens e permaneça no bem em si e no impacto jurídico, fiscal e financeiro dele advindo (BARBOSA; JESUS, 2015, p. 86).

As opções afetivas dos sócios têm implicações no patrimônio pessoal e familiar e aqui está um grande objetivo da *holding* familiar: evitar que essas implicações sejam negativas a ponto de arriscar o patrimônio. Isso ocorre pelo crescente número de divórcios nas Varas de Família, são comuns os divórcios altamente litigiosos nos quais os sentimentos de vingança, ressentimento, mágoas e frustrações conduzem ao cenário prejudicial, principalmente para a que detém mais posses (MAMEDE; MAMEDE, 2019, p. 87).

Gladson Mamede e Eduarda Cotta Mamede mencionam o risco de um golpe antiquíssimo, porém ainda em voga, de oportunistas que juram amor eterno a herdeiros e herdeiras ingênuos, enquanto mantém seus olhos fixos no patrimônio ao qual terão direito (MAMEDE; MAMEDE, 2019, p. 87). Esse naufrágio sentimental acaba vitimando o patrimônio familiar. Para se prevenir contra tal golpe a constituição de uma *holding* familiar é uma excelente ferramenta.

Para tanto, é possível que no ato da constituição da *holding* seja feita a “doação de quotas ou ações gravadas com a cláusula de incomunicabilidade” para que, em caso de separação ou divórcio, não seja possível partilhá-las, outra possibilidade é “gravar os títulos com a cláusula de inalienabilidade” para torná-los impenhoráveis e incomunicáveis, conforme permite o artigo 1.911 do Código Civil (BRASIL, 2002, p. 70). É importante destacar a limitação prevista no Artigo 1.848 do Código Civil (BRASIL, 2002, p. 68), segundo o qual as cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e de incomunicabilidade deverão ser fundamentadas, e demonstrada a justa causa para a fixação quando a parcela doada integrar a legítima (MAMEDE; MAMEDE, 2019, p. 87).

Na hipótese de a *holding* familiar ser constituída sob a forma de sociedade contratual, ainda que limitada, existe a previsão do artigo 1.027 do Código Civil (BRASIL, 2002, p. 35) para impedir que o cônjuge ou convivente exija antecipadamente sua parte em face da separação. Nesse caso, como terá que requerer antes da liquidação das quotas, os demais sócios e membros da família poderão entregar sua parte em dinheiro e não em participação societária (MAMEDE; MAMEDE, 2019, p. 88).

Se a *holding* familiar for constituída no formato de sociedade por ações não se aplicará a previsão do artigo 1.027 do Código Civil (BRASIL, 2002, p. 35), a limitação deverá ser incluída no estatuto social para proteger os interesses familiares. A cláusula poderá estabelecer que a entrada de qualquer sócio dependerá do unânime consentimento dos demais e que, em caso de não anuência, aquele que adquiriu as ações por meio de penhora, leilão, adjudicação, separação judicial ou herança terá reembolsado o valor de suas ações, calculado nos moldes da Lei nº6.404/76 (MAMEDE; MAMEDE, 2019, p. 88).

Destarte, será resguardado o direito de o ex-cônjuge ou ex-convivente obter a devida vantagem patrimonial quando ocorrer a separação, mas impedirá que

ingresse na *holding* ou obtenha participação societária proporcional. Em síntese, garante o ex-cônjuge e ex-convivente ao mesmo tempo que impede o enfraquecimento da *holding* familiar e do patrimônio da família.

1.1.4 Planejamento sucessório.

Ainda que seja desconfortável a ideia da própria morte, em especial porque contraria o senso comum de que o evento morte ocorrerá com a velhice mais longa, é papel do administrador empresarial preparar a empresa para enfrentar fatos que poderão ser realidade a qualquer tempo, como a sucessão. Por essa razão, o planejamento sucessório é de extrema importância, em especial no contexto de empresas familiares em que o evento morte trará incontáveis desafios.

Um exemplo de estratégia adotada no planejamento sucessório é definir, no instrumento de constituição, a quem caberá o encargo futuro da administração da *holding* e qual procedimento será adotado na hipótese de falecimento ou retirada de qualquer um dos acionistas ou sócios, sendo permitido delinear no contrato social a preferência da compra de quotas pelos sócios remanescentes para garantir a conservação futura do patrimônio familiar e impedir o ingresso de terceiros sem a devida anuência dos demais sócios (TESSARI; PINHEIRO; MOREIRA, 2018, p. 417).

Ronaldo Alves e Alessandra Lignani contam o caso de um posto de combustíveis em Belo Horizonte, que no ano de 2009 era conhecido pelo excelente atendimento e serviços de qualidade. Certo dia o estabelecimento foi fechado sem qualquer aviso, a razão: o falecimento do dono do estabelecimento e a briga entre os herdeiros. Quando retomou o funcionamento, o posto apresentou outro nome empresarial. Em síntese, faleceram o dono e a empresa (SILVA; ALBUQUERQUE, 2020, p. 234).

Essa história é recorrente em vários negócios familiares, é comum ouvir falar em uma empresa de certa família que estava aparentemente bem, mas de repente encerrou suas atividades. Isso quando a empresa familiar não está preparada para o inevitável momento da sucessão, pois a morte de um sócio pode ocasionar a morte da empresa.

A sucessão pode ser o momento de transferir o comando da atividade empresarial familiar para o herdeiro, razão pela qual a elaboração de um planejamento sucessório não pode ser deixada para o momento do falecimento do fundador da empresa. O ideal é que o fundador, que tanto trabalhou para construir seu império, possa em algum momento aposentar e apreciar os frutos do trabalho.

Uma das formas para promover a transferência de bens dentro da sociedade, antes da morte de um dos sócios, é efetuar a cessão de quotas. Para tanto, a possibilidade deve estar contida expressamente no contrato social da *holding* familiar. Com isso, o cedente poderá transferir suas quotas, total ou parcialmente, para sair ou permanecer na sociedade com uma quantidade menor de quotas e de responsabilidades (TESSARI; PINHEIRO; MOREIRA, 2018, p. 414).

A fase de sucessão de comando é marcada por sentimentos de insegurança, medo do desconhecido, aflição, angústia e ansiedade. Durante o processo de sucessão naturalmente ocorrerá certa rivalidade entre o sucessor e o sucedido, incerteza sobre a nova forma de condução dos negócios e pressão familiar. A empresa passará por mudanças que influenciarão sua rotina e processos, por essa razão quem está no comando da empresa precisa cuidar da sucessão e estar preparado para ela (SILVA; ALBUQUERQUE, 2020, p. 238).

Mesmo em um cenário ideal, no qual não haja disputas entre herdeiros ou não se verifiquem incapacidades para gerir de maneira eficaz o patrimônio, surgirão

desafios que poderão ser evitados ou simplificados se precedidos de um bom planejamento sucessório (TESSARI; PINHEIRO; MOREIRA, 2018, p. 415).

A falta de processos planejados de sucessão empresarial provoca um grande temor, causado pela substituição abrupta na gestão das atividades empresariais, fator que já propiciou o fim da história de diversas empresas familiares com a conseqüente perda do trabalho de uma vida ou de algumas gerações. Há inúmeros casos de empresas familiares que não se recuperaram de um processo de sucessão para o qual não estavam preparadas, e acabaram falindo ou, para sair de grave crise financeira, alienando o negócio para outros. Por outro lado, há casos de empresas que conseguiram sobreviver ao processo não planejado de sucessão, mas o empreendimento não manteve o ritmo anterior, pois o novo responsável por conduzir a empresa encara um cenário absolutamente estranho. Por maior que seja sua capacidade de gestão, há um enorme gasto de tempo e volume de erros inerentes ao processo de adaptação que demandam desaceleração e estagnação no processo de desenvolvimento negocial (MAMEDE; MAMEDE, 2019, p. 96).

A consciência do próprio fim, ainda que o momento seja indeterminado, coloca em vantagem aqueles que pretendem preservar seu trabalho e constituir um legado presente por muitos anos, décadas ou mesmo séculos. O planejamento sucessório permite que diferentes gerações, no tempo certo, ocupem seus postos na estrutura empresarial familiar.

Premeditar a sucessão auxilia a não ser subitamente surpreendido e permite que ela seja testada e experimentada para definir o momento adequado e a pessoa apropriada para dar continuidade ao empreendimento. É possível estabelecer rotinas de preparação, com rodízio de funções, para que todos os pretendentes aprendam sobre o negócio inteiramente e por diferentes perspectivas. Também é possível realizar uma sucessão monitorada, na qual os novos gestores serão acompanhados pelos antecessores no processo de adaptação e conhecimento do novo encargo, admitindo a retomada da administração pelos responsáveis originários, caso necessário, preservando a integridade da atividade empresarial (MAMEDE; MAMEDE, 2019, p. 99).

Além do problema de encontrar um bom sucessor para a gestão da atividade empresarial, o evento morte pressupõe um longo e burocrático procedimento de inventário, sem prejuízo da incidência da carga tributária, que pode acabar aumentando caso a sucessão não tenha sido devidamente planejada.

O despreparo pode ocasionar a prática de atos que presumam a incidência de tributos, obrigando a empresa a arcar com uma carga tributária maior do que pagaria caso tivesse premeditado a sucessão e realizado um planejamento tributário para estabelecer licitamente alternativas com menor custo fiscal.

O processo de sucessão patrimonial ocorre mais rápido e sem maiores percalços quando realizado por meio de uma *holding*, pois serão seguidas as regras de sucessão estabelecidas no instrumento de constituição e estará previsto que os herdeiros receberão quotas societárias e não um bem específico (TESSARI; PINHEIRO; MOREIRA, 2018, p. 414).

Em suma, a holding familiar traz a vantagem do planejamento sucessório para antecipar o procedimento e evitar a incidência de disputas no seio familiar. O processo de sucessão da empresa será conduzido pelo próprio empresário na condição de chefe da família e responsável pela atividade empresarial. A nova estrutura organizacional restará formada enquanto ainda viver a geração anterior e o evento morte causará somente danos de ordem sentimental, uma vez que o patrimônio estará devidamente protegido.

1.1.5 Planejamento tributário.

Entre os objetivos pretendidos na constituição de uma *holding* familiar há grande destaque para o melhor planejamento fiscal do patrimônio particular e para a obtenção de vantagens fiscais.

A administração e o gerenciamento dos negócios são garantias constitucionais do contribuinte, desde que sejam efetuados em consonância com os ditames legais. Derivado dessa garantia, surge o planejamento tributário, um aparato utilizado pelos contribuintes para economizar no pagamento de tributos. Entretanto, esse mecanismo de economia fiscal deve estar sempre amparado por condutas lícitas, com alternativas existentes no ordenamento jurídico e sem qualquer possibilidade de evasão, fraude ou simulação (ARAÚJO; PAULUS; QUEIROZ, 2017, p. 601).

No Brasil, aproximadamente 35% do Produto Interno Bruto (PIB) advém de tributos, portanto escolher a melhor forma de trabalhar com os tributos da atividade empresarial é determinante para a sobrevivência da empresa. Assim, enquanto o país não experimenta uma significativa, eficiente e justa reforma tributária é possível realizar o planejamento tributário para economizar custos tributários e aumentar lucros (BARBOSA; JESUS, 2015, p. 81).

Planejamento tributário é sinônimo de elisão fiscal, também chamada de evasão lícita, um procedimento preventivo e permitido pela legislação que resulta da própria lei ou de lacunas da lei. É utilizado pelo contribuinte, no momento que antecede o fato gerador, para afastar ou retardar a obrigação tributária ou diminuir o montante devido (ARAÚJO; PAULUS; QUEIROZ, 2017, p. 603).

A criação de uma *holding* familiar permite a visão mais ampla do patrimônio e das atividades negociais, com os respectivos impactos fiscais, bem como das oportunidades existentes no sistema legal vigente (SILVA; ROSSI, 2017, p. 125). Por essa razão, a criação de uma *holding* é vantajosa para a empresa familiar, mesmo sendo uma estrutura societária mais complexa e um processo mais trabalhoso e oneroso.

É importante ressaltar que embora a *holding* familiar possa ser um potencial vetor de economia tributária e de redução de incidência de erros que provocam prejuízos patrimoniais, a legislação fiscal pode apresentar cenários mais ou menos onerosos, dependendo do perfil do contribuinte. Não é possível afirmar que a redução da carga tributária será garantida após a constituição de uma *holding* familiar. Portanto, é indispensável a realização de um bom planejamento tributário para avaliar o cenário fiscal e definir qual é a situação de maior vantagem, mantendo tudo dentro dos parâmetros legais (MAMEDE; MAMEDE, 2019, p. 104).

Um bom planejamento tributário é aquele com três importantes requisitos: atos ou negócios jurídicos realizados em observância dos estritos ditames legais; ausência de evasão, fraude ou simulação; e atos ou negócios jurídicos envoltos de propósito negocial (TESSARI; PINHEIRO; MOREIRA, 2018, p. 411).

Um planejamento tributário eficaz e compatível com as características da empresa controlada possibilitará oportunidades fiscais até então não percebidas e não aproveitadas como: a visualização dos melhores estados ou municípios, em termos fiscais, para a manutenção da atividade; verificar se algum tributo foi recolhido a mais indevidamente, vislumbrando a possibilidade futura de aproveitamento de créditos; ou mesmo identificar situações em que o tributo foi recolhido a menor para confessar o débito e recolher imediatamente a diferença apurada, evitando os custos de uma autuação pelo Fisco.

2. Principais aspectos tributários da constituição e da manutenção da *holding* familiar.

Antes de decidir constituir uma *holding* familiar é imperioso conhecer os aspectos tributários para a constituição e manutenção da *holding* familiar. O conhecimento é fundamental para realizar um bom planejamento financeiro e tributário. Se a empresa familiar toma a decisão de criar uma *holding* motivada apenas pela possibilidade de separar a família da empresa, sem conhecer quais são os tributos do processo e como eles podem atingir financeiramente o negócio familiar, o objetivo pode não ser alcançado, além de haver a possibilidade de grande prejuízo financeiro.

2.1 Imposto sobre Transmissão de Bens Imóveis (ITBI).

A subscrição é a assunção de um ou mais títulos societários, parcelas do capital social. Devem ser integralizados, isto é, é preciso transferir para a sociedade o valor das quotas ou ações que foram subscritas (MAMEDE; MAMEDE, 2019, p. 119).

A integralização é a transferência dos recursos prometidos para a sociedade quando há a subscrição de capital. O transmitente integraliza os recursos ao patrimônio da sociedade e aufer quotas sociais em contrapartida (SILVA; ROSSI, 2017, p. 135).

Numa sociedade *holding* aplica-se a regra geral prevista no artigo 997, inciso III do Código Civil (BRASIL, 2002, p. 34), a possibilidade de integralizar o capital social por meio de pecúnia ou de quaisquer outros bens que possam ser avaliados e convertidos em dinheiro, como é o caso de direitos e créditos (MAMEDE; MAMEDE, 2019, p. 120).

A integralização do capital social, no contexto de uma *holding* familiar, ocorre com o ato de transferir o patrimônio familiar para a *holding*, a família detentora do patrimônio elege os bens que farão parte do capital social da *holding*. Após a integralização, ocorrerá uma inversão de papéis: a família sairá da qualidade de proprietária e passará a ser sócia, pois a sociedade *holding* passará a ser proprietária do patrimônio transferido e a família será sua quotista (TESSARI; PINHEIRO; MOREIRA, 2018, p. 413).

O ato de integralização do capital social é gerador do Imposto de Transmissão de Bens Intervivos (ITBI), inclusive no caso da *holding*, conforme previsão no artigo 156, inciso II da Constituição Federal (SILVA; ROSSI, 2017, p. 134).

Não se confundem os bens da pessoa jurídica com os da pessoa física, pois a sociedade empresária possui sua própria personalidade jurídica e esta é diferente da personalidade jurídica dos sócios. Em vista disso, a integralização do capital social com um bem imóvel representa um ato de transmissão da propriedade do imóvel, que ocorre a título oneroso, uma vez que o transmitente repassa recursos próprios para integrar o patrimônio da *holding* e recebe, em contrapartida, títulos societários, constituindo fato gerador do ITBI (SILVA; ROSSI, 2017, p. 135).

Importa ressaltar que o §2º do artigo 156 da Constituição Federal (BRASIL, 1988) prevê imunidade sobre o pagamento do Imposto de Transmissão de Bens Intervivos (ITBI). Desse modo, não obstante a integralização do capital social da empresa constitua fato gerador do ITBI, o referido imposto não incidirá em razão da imunidade concedida pela Constituição Federal. Entretanto, incidirá ITBI se a *holding* familiar, ora adquirente, tiver como atividade preponderante a compra, venda, locação de bens imóveis ou o arrendamento mercantil (SILVA; ROSSI, 2017, p. 136).

O artigo 37 do Código Tributário Nacional (BRASIL, 1966) descreve o que é atividade preponderante para fins tributários. A atividade preponderante é percebida quando mais da metade da receita operacional da pessoa jurídica adquirente, no período compreendido entre os dois anos anteriores e os dois anos após a aquisição, resultam de operações de compra e venda ou locação desses imóveis ou de arrendamento mercantil. Porém, se a pessoa jurídica adquirente iniciar suas atividades após a compra do bem imóvel ou em menos de dois anos antes dessa aquisição será verificada a preponderância da atividade considerando os três primeiros anos após a data da aquisição (SILVA; ROSSI, 2017, p. 140).

O parágrafo único do artigo 36 do Código Tributário Nacional (BRASIL, 1966) prevê que sobre a desincorporação do patrimônio da pessoa jurídica não incidirá o ITBI, com a condição de que a transmissão seja realizada ao mesmo alienante. Em outros termos, se a pessoa física ou jurídica integralizar o capital com um imóvel e depois ocorrer a desincorporação do capital, com o retorno do bem ao proprietário original, o imposto não incidirá (SILVA; ROSSI, 2017, p. 137).

Portanto, se o sócio promover a transferência de seus bens para a *holding* familiar, com a finalidade de integralização do capital social, estará livre do pagamento do ITBI. Entretanto, o imposto incidirá se a atividade preponderante da *holding* for a compra e venda de bens ou direitos, a locação de bens imóveis ou o arrendamento mercantil (TESSARI; PINHEIRO; MOREIRA, 2018, p. 412), consoante previsto na parte final do art. 156, §2º da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

Sobre a imunidade de ITBI da *holding* familiar, o Tribunal de Justiça do Paraná negou provimento ao Agravo de Instrumento 0015830-58.2018.8.16.0000, interposto em face de decisão que indeferiu a imunidade de ITBI para a empresa agravante.

Neste acórdão, o Tribunal de Justiça do Paraná entendeu que a integralização de imóveis da pessoa física para a pessoa jurídica não pode ter como única finalidade a blindagem patrimonial ou a desoneração da carga tributária para uma futura finalidade sucessória, com confusão entre o patrimônio pessoal e o da *holding*. Se os bens integralizados não são utilizados pela *holding*, mas para o uso pessoal do sócio, a concessão de imunidade tributária de ITBI iria de encontro ao objetivo constitucional de imunizar para fomentar a atividade comercial e o desenvolvimento econômico.

Desse modo, em uma sociedade cuja atividade principal não seja uma das previstas no artigo 37 do Código Tributário Nacional (BRASIL, 1966), a constituição de uma *holding* familiar pode trazer uma excelente vantagem tributária, a imunidade do Imposto de Transmissão de Bens Intervivos (ITBI). A família também estará isenta do pagamento do imposto quando promover a integralização do capital social da *holding* com um imóvel e depois efetuar a desincorporação do capital com a devolução do mesmo bem ao seu proprietário original.

Por outro lado, ao mencionar uma *holding* familiar cuja atividade preponderante se encaixa na exceção prevista na parte final do art. 156, §2º da Constituição Federal (BRASIL, 1988), não será possível falar em economia fiscal sob o prisma do imposto. Em resumo, a *holding* familiar poderá apresentar ou não economia tributária quanto ao pagamento do ITBI, dependendo de qual seja sua atividade preponderante.

2.2 Imposto de Transmissão *Causa Mortis* e Doação (ITCMD).

Como dito antes, um dos objetivos da *holding* familiar é realizar um planejamento sucessório para antecipar a sucessão patrimonial e afastar uma possível corrosão familiar causada pela sucessão hereditária. O adiantamento da

legítima sucessão, por meio da doação de quotas da *holding* familiar dos pais aos herdeiros, é o fato gerador do ITCMD e a incidência desse imposto fatalmente eleva os custos do planejamento sucessório (SILVA; ROSSI, 2017, p. 127).

O ITCMD, previsto no artigo 155, inciso I, da Constituição Federal (BRASIL, 1988), é um tributo de competência estadual, cujo fato gerador é a transmissão de quaisquer bens ou direitos auferidos por motivo de sucessão *causa mortis*, seja legítima ou testamentária e até mesmo provisória, ou de doação (ROCHA, 2019, p. 412), na forma no artigo 538 do Código Civil (BRASIL, 2002, p. 20)

Na previsão do artigo 146, inciso III, alínea “a” da Constituição Federal (BRASIL, 1988), não há norma geral tratando do ITCMD, razão pela qual cada estado legisla sobre o tema de forma plena, observando os limites da Constituição Federal (ROCHA, 2019, p. 413).

O ITCMD deve ser recolhido ao estado onde estão localizados os bens imóveis ou, no caso de bens móveis, deve ser pago ao estado onde tramita o inventário ou arrolamento ou onde o doador tiver domicílio. As quotas ou ações da *holding* familiar são enquadradas como bens móveis, portanto se for realizada a doação delas o imposto será devido ao estado onde o doador tem domicílio ou onde tramita o inventário ou arrolamento. Importa ressaltar que a obrigação de pagar o tributo é daquele que recebeu a doação (SILVA; ROSSI, 2017, p. 130).

A alíquota máxima do ITCMD, conforme previsão do artigo 155, §1º, inciso IV, da Constituição Federal (BRASIL, 1988), é fixada pelo Senado Federal, todavia as alíquotas máxima e mínima do imposto são variáveis de estado para estado, não podendo superar a alíquota máxima de 8% (ROCHA, 2019, p. 414).

Enquanto no Distrito Federal, por exemplo, o artigo 13 do Decreto nº 34.982, de 19 de Dezembro de 2013 (BRASIL, 2013, p. 19) fixa a alíquota mínima em 4% e a máxima em 6%, no Ceará o artigo 16 da Lei n.º 15.812, de 20 de julho de 2015 (BRASIL, 2015, p. 3) estabeleceu alíquota mínima e máxima em 2% e 8%, respectivamente.

Por ser um imposto de competência estadual, a diversidade de legislações estaduais que regulam o ITCMD deve ser objeto de cuidadosa análise quando os pais decidem realizar a doação de quotas da *holding* familiar aos herdeiros. Entre outras coisas, devem ser avaliados os custos tributários da doação, pois podem onerar demasiadamente os doadores. A análise cuidadosa permitirá o cálculo do impacto financeiro da doação e determinará o melhor momento para que seja realizada.

Pelo exposto sobre o ITCMD é possível verificar que não há qualquer economia tributária propriamente dita, mesmo em uma *holding* familiar, mas apenas uma antecipação de despesas tributárias. O adiantamento desse pagamento traz a vantagem de ser uma despesa planejada que possibilita arrecadar todo o montante necessário, sem maiores riscos de endividamento (SILVA; ROSSI, 2017, p. 133).

Logo, seja por ocasião do adiantamento da legítima ou do inventário, não há economia no valor do ITCMD, pois a alíquota do imposto será a mesma. Entretanto, a redução de gastos com o adiantamento pode advir do melhor planejamento financeiro e da escolha do momento oportuno para arcar com o gasto, uma possibilidade que o doador não teria no curso de um processo de inventário.

2.3 Imposto de Renda e Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL).

Nos termos do artigo 43 do Código Tributário Nacional (BRASIL, 1966), o Imposto de Renda tem como fato gerador “a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica de renda ou proventos de qualquer natureza” (ROCHA, 2019, p. 390).

Uma das vantagens tributárias oriundas da *holding* familiar é a possibilidade de diminuir o impacto tributário que decorre da renda auferida com locação, compra e venda de imóveis, uma vez que a tributação deixará de ocorrer na renda da pessoa física e passará a ocorrer nos rendimentos da pessoa jurídica (TESSARI; PINHEIRO; MOREIRA, 2018, p. 413).

No caso de uma empresa familiar que constitui *holding* familiar, como na empresa familiar no ramo de pneus estudada por Borgignon, Exchert e Mecca, ocorrerá uma mudança na forma de tributação, pois a empresa não mais será tributada pelo regime do lucro presumido e será tributada pelo lucro real. A economia tributária não ocorre apenas pelo valor dos impostos pagos dentro do regime de lucro real ser menor, mas também pela diminuição do valor da alíquota de incidência de Imposto de Renda Pessoa Jurídica sobre o faturamento (BORDIGNON; ECKERT; MECCA, 2020, p. 122).

No caso de pessoa física, a família incide Imposto de Renda sobre os rendimentos decorrentes da locação, compra ou venda de imóveis na alíquota de 27,5%. Todavia, se a família constitui uma *holding* familiar para fins de administração e locação de bens, a locação não será realizada por uma pessoa física, mas por uma pessoa jurídica, a *holding*, e incidirá Imposto de Renda no regime do lucro presumido, com alíquota de 11,33% (TESSARI; PINHEIRO; MOREIRA, 2018, p. 413).

Outro benefício decorrente da incidência do Imposto de Renda sobre os rendimentos da *holding* e não da família ou da empresa familiar é o retorno de capital, isto é, o recebimento de lucros e dividendos pelos sócios, sobre os quais não incide imposto de renda (TESSARI; PINHEIRO; MOREIRA, 2018, p. 412).

Os sócios da *holding* também podem receber pró-labore, pago para a pessoa física como contraprestação ao trabalho exercido em prol da empresa. Sobre tal valor incidirá a alíquota de 11% de Instituto Nacional do Seguro Nacional (INSS), que deverá ser descontada na folha de pagamento. A empresa deverá proceder ao desconto da alíquota de INSS da pessoa física e também realizar o pagamento da contribuição da pessoa jurídica, cuja alíquota é de 20% sobre o valor pago. Ainda sobre o pró-labore, incidirá Imposto de Renda Pessoa Física, que será calculado conforme a tabela progressiva (SILVA; ROSSI, 2017, p. 174).

Assim, se a *holding* familiar optar por pagar pró-labore para pessoas físicas, deverá ter em conta os custos adicionais inerentes: INSS pessoa física, INSS pessoa jurídica e IR pessoa física. Exemplificativamente, se pagar R\$ 3.000,00 a título de pró-labore, terá o custo tributário de R\$ 330,00 com INSS pessoa física, R\$ 600,00 de INSS pessoa jurídica e R\$ 450,00 de Imposto de Renda Pessoa Física (alíquota de 15% para valores entre 2.826,66 e 3.751,05, conforme a tabela progressiva). Totalizando, a empresa terá R\$ 1.380,00 de despesas tributárias, além do valor pago de pró-labore. Por essa razão normalmente é escolhida a distribuição de lucros e dividendos, isentos de Imposto de Renda e não o pagamento de pró-labore.

A possibilidade de incidência de Imposto de Renda sobre a transferência de patrimônio merece uma cuidadosa análise, seja onerosa ou não. Incidirá Imposto de Renda caso ocorra a transferência do bem por valor superior ao custo de aquisição informado na declaração de IR do primeiro proprietário, uma vez que houve aumento patrimonial. Entretanto, se o bem for transferido por valor idêntico ao informado na declaração de IR não há ganho patrimonial, tampouco incidirá Imposto de Renda (SILVA; ROSSI, 2017, p. 144).

No entanto, é equivocado concluir que para economizar em Imposto de Renda basta realizar a integralização de bens à *holding* familiar pelo valor de custo, pois com o passar do tempo pode haver desastrosas consequências (SILVA; ROSSI, 2017, p. 147).

O mesmo raciocínio é aplicado para os casos de doação ou herança. Via de regra, não incide Imposto de Renda sobre a doação ou herança, salvo se for declarado valor superior ao que consta na declaração de rendimentos do doador, incidindo IR em função do aumento de capital (ARAÚJO; PAULUS; QUEIROZ, 2017, p. 621).

Portanto, tanto no momento da integralização de bens como no caso de doação ou herança, se a transferência do bem for realizada pelo valor de mercado e esse for superior ao que consta na declaração de rendimentos, incidirá Imposto de Renda em razão do ganho de capital.

A Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL) está prevista no artigo 195, inciso I, da Constituição Federal (BRASIL, 1988). O fato gerador dessa contribuição é a percepção de lucro, pelas empresas, para promover o financiamento da seguridade social. Apesar de o sistema de apuração da CSLL ser muito semelhante ao do Imposto de Renda há importantes diferenças a considerar (SILVA; ROSSI, 2017, p. 161).

Uma das diferenças entre o Imposto de Renda e a Contribuição Social sobre o Lucro Líquido é que enquanto o lucro fiscal constitui fato gerador do Imposto de Renda, o lucro contábil é o fato gerador da CSLL (ROCHA, 2019, p. 468).

A base de cálculo da CSLL é muito parecida com a do IR. Conforme ensinam Fabio Pereira da Silva e Alexandre Alves Rossi, “a base de cálculo da CSLL é o valor do resultado do exercício antes da provisão para o IR, o resultado presumido ou arbitrado da pessoa jurídica no período de apuração”. Desse modo, a forma de apuração desta contribuição está vinculada ao usado no Imposto de Renda: se o regime for lucro real, seja por opção ou obrigação, a CSLL será calculada tomando por base o resultado de somas, subtrações e compensações. Por outro lado, no regime de lucro presumido, o cálculo será feito considerando a base presumida (SILVA; ROSSI, 2017, p. 161).

Sobre as despesas dedutíveis para o Imposto de Renda e para a CSLL, é de suma importância compreender que a base de cálculo dos dois tributos é parecida, há determinadas despesas que só são dedutíveis para a CSLL. Por exemplo, no caso de gratificações ou participações no resultado, conferidas aos administradores de uma pessoa jurídica, o valor deverá ser incluído no lucro real para cálculo de Imposto de Renda, mas não para cálculo de CSLL. Logo, é uma despesa dedutível para a contribuição, mas não para o Imposto de Renda. Outro exemplo dessa diferença é a hipótese de compensação de prejuízos fiscais, vedada para o Imposto de Renda, mas permitida para a CSLL (SILVA; ROSSI, 2017, p. 162).

Na alíquota da CSLL, seja a empresa tributada pelo lucro real ou pelo lucro presumido, em regra incidirá o percentual de 9%, com exceção das hipóteses previstas em lei, para as quais aplica-se a alíquota de 15%. No caso da *holding* familiar aplica-se a regra, portanto incidirá a alíquota de 9% de CSLL, mesmo que seu objeto social seja o exercício de atividade de locação, compra ou venda de imóveis (SILVA; ROSSI, 2017, p. 163).

Por fim, a CSLL, assim como o Imposto de Renda, apresenta a vantagem do retorno de capital, o recebimento de lucros e dividendos pelos sócios, sobre os quais não incide Imposto de Renda tampouco CSLL (SILVA; ROSSI, 2017, p. 172).

Pode-se concluir que embora a constituição de uma *holding* familiar acarrete a incidência de uma contribuição que não incide sobre pessoa física, não se pode considerar que esse seja necessariamente um ponto negativo diante das possibilidades de dedução de certas despesas no cálculo da base da CSLL, da alíquota de 9% aplicável à *holding* e da possibilidade de retorno de capital aos sócios sob a forma de lucros e dividendos.

3. Vantagens e desvantagens: Ponderação e análise.

Constituir uma *holding* familiar para que esta assuma a titularidade de bens, direitos, créditos e atividades negociais pode ser interessante para certas pessoas e para alguns tipos de patrimônio, todavia não é possível generalizar.

É possível elencar a economia tributária, a proteção do patrimônio, bem como otimização da partilha de bens como os benefícios mais significativos para se constituir uma *holding* familiar. Ademais, manter a propriedade dos bens em nome de uma pessoa física gera maiores custos e riscos que a incorporação dos bens ao patrimônio de uma pessoa jurídica (BARBOSA; JESUS, 2015, p. 80).

A decisão de separar família e negócios com a criação de uma *holding* familiar permite analisar com maior racionalidade e precisão qual é a melhor forma de gestão do patrimônio, das atividades negociais e seus respectivos custos fiscais. Essa visão mais ampla favorecerá a busca e o encontro das oportunidades existentes no sistema legal vigente, seja por previsão expressa na lei ou por eventuais lacunas legais (SILVA; ROSSI, 2017, p. 125).

De fato, a *holding* familiar pode representar uma significativa economia tributária, bem como racionalizar a gestão dos negócios familiares. Pode reduzir a incidência de erros que provocam grandes prejuízos ao patrimônio, tais como observar o pagamento de tributos a maior ou a menor: se pagos a maior, é uma oportunidade para ajuizar a ação de repetição de indébito e restituir o valor pago indevidamente. Se pagos a menor, é importante prevenir uma execução fiscal, corrigindo o erro enquanto há tempo.

Entretanto, não se pode afirmar categoricamente que a *holding* familiar trará a prometida economia fiscal, a ocorrência ou não do benefício dependerá, entre outras coisas, do perfil do contribuinte e de um planejamento tributário bem feito para avaliar o cenário fiscal em que a *holding* familiar está inserida e definir, dentro dos parâmetros legais, qual é a situação mais vantajosa (MAMEDE; MAMEDE, 2019, p. 104).

Ao realizar uma análise comparativa entre a tributação sobre a pessoa física e sobre a *holding* familiar é possível verificar que quanto ao ITBI, não incidirá sobre a integralização do capital social da empresa em razão da imunidade constitucional concedida pelo §2º do artigo 156 da Constituição Federal (BRASIL, 1988), salvo se a atividade preponderante for uma daquelas elencadas no rol do artigo 37 do Código Tributário Nacional (BRASIL, 1966) (ARAÚJO; PAULUS; QUEIROZ, 2017, p. 625).

Concernente ao ITBI, a *holding* familiar pode ou não ser vantajosa, dependendo de qual é a sua atividade preponderante. Como mencionado anteriormente, a transferência dos bens do sócio para a *holding* com a integralização do capital social se enquadra como hipótese de imunidade. Todavia, se a *holding* familiar for constituída para que sua atividade preponderante seja uma daquelas elencadas no rol do artigo 37 do Código Tributário Nacional (BRASIL, 1966), não haverá economia tributária quanto ao ITBI, posto que não haverá aplicação de imunidade ao caso.

Ainda quanto ao ITBI, o artigo 36, parágrafo único do Código Tributário Nacional (BRASIL, 1966) estabelece a não incidência do referido imposto sobre a

desincorporação do patrimônio da pessoa jurídica, desde que realizada ao mesmo alienante. Logo, se a pessoa física ou jurídica promover a integralização do capital com um imóvel e depois desincorporá-lo com o retorno do bem ao proprietário original, não incidirá imposto (SILVA; ROSSI, 2017, p. 137). Portanto, essa movimentação pode ser vantajosa se realizada corretamente para que o bem retorne ao proprietário original.

Quanto ao IRPF, se o bem for transferido por valor idêntico ao informado na declaração de IR não há ganho patrimonial e não incidirá Imposto de Renda (ARAÚJO; PAULUS; QUEIROZ, 2017, p. 625).

Ademais, enquanto para a pessoa física pode incidir Imposto de Renda sobre os rendimentos decorrentes da atividade de locação, compra ou venda de imóveis na alíquota máxima de 27,5%, para a *holding* familiar, a pessoa jurídica incidirá Imposto de Renda no regime do lucro presumido, cuja alíquota será de 11,33% (TESSARI; PINHEIRO; MOREIRA, 2018, p. 413).

Há a redução da carga tributária quando ocorre a transferência do bem por valor idêntico ao informado na declaração de IR, pois nessa hipótese não haverá ganho patrimonial e não incidirá Imposto de Renda pela ausência do fato gerador. Ademais, é vantajoso que o referido imposto incida sobre os rendimentos da *holding*, decorrentes das atividades de locação, compra ou venda de imóveis pelo seguinte motivo: enquanto para a pessoa física pode ser cobrado o IRPF na alíquota máxima de 27,5%, para a *holding* familiar incidirá IRPJ, no regime do lucro presumido, com alíquota de 11,33%.

Outro benefício que decorre da incidência do Imposto de Renda sobre os rendimentos da *holding* e não da família é o retorno de capital, ou seja, o recebimento de lucros e dividendos pelos sócios, sobre os quais não incide IRPF e nem CSLL (SILVA; ROSSI, 2017, p. 172).

Um detalhe importante que pode fazer a diferença na análise da vantagem versus desvantagem é a escolha da forma de remuneração dos sócios da *holding*. Os sócios podem receber lucros e dividendos, sobre os quais, como mencionado supra, não incidirá IRPF tampouco CSLL, essa é uma forma de remuneração vantajosa.

De outro modo, se os sócios da *holding* familiar forem remunerados por meio de pró-labore não será vantajoso devido ao alto custo envolvido na contraprestação, pois o gasto não será apenas com a taxa fixa de pró-labore, mas também com os custos adicionais inerentes: INSS pessoa física (alíquota de 11%), INSS pessoa jurídica (alíquota de 20% sobre o valor pago) e IR pessoa física (calculado conforme a tabela progressiva vigente).

Quanto ao pagamento de taxa judiciária, enquanto uma pessoa física pagaria a taxa de 1% sobre o valor da causa, a pessoa jurídica que antecipa a sucessão e evita uma ação judicial de inventário não teria que arcar com a taxa judiciária (ARAÚJO; PAULUS; QUEIROZ, 2017, p. 625).

Outra possibilidade trazida pela *holding familiar*, e que é uma grande vantagem, é o planejamento sucessório no qual a família tem direito ao benefício de antecipar, com segurança e planejamento financeiro, a sucessão da administração da empresa familiar jurídica, bem como a antecipação da sucessão de bens aos herdeiros necessários (BARBOSA; JESUS, 2015, p. 91).

O planejamento sucessório está diretamente relacionado ao ITCMD, sobre o qual, por ser imposto de competência estadual, incidem alíquotas variáveis de estado para estado, respeitando a alíquota máxima de 8% fixada pelo Senado Federal (ROCHA, 2019, p. 414).

Não há necessariamente uma economia tributária no tocante ao ITCMD incidente sobre a antecipação da sucessão, estratégia utilizada para fins de planejamento sucessório. Essa doação pode ser demasiadamente onerosa ou não, dependendo da alíquota fixada pelo estado na qual estão localizados os bens imóveis. Na hipótese de ser realizada a doação destes para antecipação da legítima, ou da alíquota fixada no estado onde o doador tem domicílio ou onde tramita o inventário, no caso de doação de quotas ou ações da *holding* familiar (SILVA; ROSSI, 2017, p. 130).

Portanto, imagine o caso de pais domiciliados no estado do Ceará, que decidem doar aos filhos os bens imóveis a que teriam direito por ocasião da sucessão, a fim de evitar conflitos familiares futuros. Suponha que esses bens imóveis estejam localizados no Distrito Federal, logo a legislação aplicável será a do Distrito Federal, que estabelece que sobre a doação incidirá uma alíquota variável entre 4% e 6%, conforme o valor da doação. Se esses mesmos pais resolvem promover a doação de quotas ou ações da *holding* familiar, como estratégia de planejamento sucessório, sobre essa segunda doação a alíquota será variável entre 2% e 8%, pois a legislação aplicável não será mais a do Distrito Federal, mas a do estado do Ceará, local de domicílio dos doadores.

Ao realizar o planejamento sucessório é preciso identificar qual é a legislação estadual que regerá a operação, se a alíquota de ITCMD por ela fixada representará um impacto financeiro administrável ou se a estratégia representará um endividamento.

Em suma, quanto ao ITCMD, não há economia tributária, mas antecipação de despesa (SILVA; ROSSI, 2017, p. 133). A vantagem ou desvantagem dessa estratégia dependerá da qualidade e da precisão do planejamento sucessório, isto é, o cálculo do valor exato pago por imposto a partir da verificação de qual será a legislação estadual aplicável ao caso, e a preparação financeira para arcar com tal custo, escolhendo o melhor momento para realizar a doação.

Sob o ponto de vista financeiro e contábil essa redução de custos com pagamento de tributos é benéfica, pois reflete no lucro da empresa (BORDIGNON; ECKERT; MECCA, 2020, p. 123). Desse modo, com o auxílio de um bom planejamento tributário o que a empresa consegue reduzir em custos fiscais atinge positiva e proporcionalmente o lucro empresarial, esse alívio de carga no fluxo de caixa permitirá o reinvestimento do valor na empresa. A longo prazo, esse movimento favorecerá a estruturação empresarial e o desenvolvimento dos negócios.

Há outras vantagens e desvantagens de ordem empresarial que devem ser mencionadas. Entre as vantagens estão a uniformidade administrativa e financeira, bem como a centralização do controle com o investimento mínimo necessário. Por outro lado, há a desvantagem de possíveis conflitos entre acionistas ou quotistas minoritários, dificultando a consolidação dos poderes da *holding* Familiar; a excessiva centralização de poderes na *holding*; a inconveniente publicação de balanços e as preocupações com a distribuição obrigatória de dividendos, se a *holding* for constituída sob a forma de sociedade anônima; e as diferentes performances econômicas dos diversos grupos integrantes da *holding*, como quando a empresa familiar tem diversas filiais, eventualmente a *holding* terá de manter algumas coligadas utilizando o lucro de outras (ARAÚJO; ROCHA JÚNIOR, 2019, p. 219).

Ademais, é possível citar ainda no rol de vantagens a possibilidade da *holding* ultrapassar as fronteiras nacionais e adquirir caráter de internacionalidade,

servindo de ponte entre atividades de importação, exportação e investimentos internacionais; a mobilidade inerente a uma *holding*, que pode estabelecer-se a qualquer tempo e em qualquer lugar; a atuação para evitar a fragmentação dos investimentos e do comando empresarial após o falecimento do chefe de família e fundador da empresa familiar; a facilitação para a obtenção de empréstimos, negociações e financiamentos; a melhor gestão dos bens familiares; a melhor garantia de rendimentos constantes; e a consolidação de um grupo forte economicamente (BARBOSA; JESUS, 2015, p. 75).

Outra vantagem consiste na facilitação do processo de contenção de conflitos familiares e proteção do patrimônio, uma vez que uma empresa familiar fatalmente estará permeada de assuntos alheios ao meio empresarial influenciando as atividades diárias da empresa (SILVA; ALBUQUERQUE, 2020, p. 238).

A constituição de uma *holding* familiar, nesse contexto, pode ser vantajosa para minimizar os efeitos dos conflitos familiares no negócio familiar por meio do estabelecimento de regras preventivas para afastar o patrimônio e a própria empresa familiar de possíveis conflitos externos de qualquer ordem.

Considerações Finais.

O artigo abordou o tema Tributação e Direito de Família: uma análise interdisciplinar do impacto do Direito Tributário nas *Holdings* Familiares. Buscou realizar uma análise interdisciplinar das *holdings* familiares, tendo como foco o estudo do impacto do Direito Tributário e a verificação de quais são as vantagens tributárias da criação de uma *holding* familiar para o detentor do patrimônio.

O artigo propôs responder ao seguinte problema: é vantajosa a criação de uma *holding* familiar para o titular do patrimônio sob o enfoque do Direito Tributário? A hipótese cogitada foi a seguinte: é vantajosa a criação de uma *holding* familiar para o titular do patrimônio. Questionou se apesar de a *holding* familiar configurar estrutura societária mais complexa, trabalhosa e onerosa, há alguma vantagem na criação dela para o detentor do patrimônio. Cogitou a hipótese e verificou que sim, é vantajosa, pois pode ser um potencial vetor de economia tributária.

O objetivo geral do trabalho foi verificar se é vantajosa a criação de uma *holding* familiar para o titular do patrimônio sob o enfoque do Direito Tributário. Buscou descobrir se constituir uma *holding* familiar é um processo que renderá bons frutos, em especial para a proteção do patrimônio familiar e para a redução da carga tributária. Os objetivos específicos foram realizar uma análise interdisciplinar das *holdings* familiares; estudar os aspectos tributários que impactam na constituição e na manutenção da *holding* familiar; e analisar as vantagens e desvantagens da constituição de uma *holding* familiar sob a perspectiva tributária.

Esta pesquisa foi importante para os operadores do Direito, pois promoveu uma análise interdisciplinar das *holdings* familiares, voltada ao impacto do Direito Tributário nelas. A interdisciplinaridade é fundamental na interpretação e na aplicação do Direito independentemente de qual seja a área de atuação jurídica do profissional. Demonstrou sua importância para a ciência jurídica, pois o tema trouxe implicações empresariais, familiares e tributárias. Por fim, foi significativa para a sociedade por tratar de importante demanda social no âmbito do Direito Tributário, Empresarial e de Família, cuja complexidade contou com visões disciplinares diversas construindo uma perspectiva mais abrangente da ciência jurídica.

Diante do exposto ao longo do artigo foi possível verificar que a *holding* familiar abre um leque de possibilidades para a família ou para a empresa familiar,

entre as quais é possível citar a estruturação empresarial, a uniformidade administrativa, a expansão de negócios, a proteção patrimonial, a redução do impacto das desavenças familiares, a proteção em face de possíveis fracassos amorosos, o planejamento sucessório e o planejamento tributário.

O foco do estudo foi analisar se, sob a ótica do Direito Tributário, constituir uma *holding* familiar apresenta alguma vantagem para o detentor do patrimônio e a conclusão é que apresenta sim, existem diversas vantagens tributárias, entretanto não é possível generalizar a ponto de afirmar que a *holding* familiar é uma garantia de economia tributária.

Demonstrou que a criação de uma *holding* para titularizar bens, direitos, créditos e até mesmo atividades negociais de certa família ou empresa familiar pode ser vantajosa para certas pessoas e tipos específicos de patrimônio, enquanto para outras pessoas e patrimônios pode representar maiores custos e não vantagens. Isso acontece porque a *holding* familiar é uma estrutura societária complexa que demanda mais trabalho, investimento de capital e contratação de profissionais qualificados das áreas de Contabilidade, Administração, Economia, Marketing e Direito, que deverão realizar um trabalho altamente preciso.

Analizou os principais tributos da constituição e da manutenção da *holding* familiar: Imposto sobre Transmissão de Bens Imóveis (ITBI), Imposto de Transmissão *Causa Mortis* e doações (ITCMD), Imposto de Renda (IR) e Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL).

Foi possível concluir que, quanto ao Imposto sobre Transmissão de Bens Imóveis (ITBI), a *holding* familiar pode ser vantajosa ou não, dependendo de sua atividade preponderante. A transferência dos bens do sócio à *holding* para integralização do capital social só será imune do pagamento se ITBI se sua atividade preponderante não for a compra e venda de bens ou direitos, a locação de bens imóveis ou o arrendamento mercantil. Caso contrário, não haverá economia tributária quanto ao ITBI pela ausência de imunidade no caso.

No tocante ao Imposto de Transmissão *Causa Mortis* e doações (ITCMD), apurou que não haverá necessariamente economia tributária. A vantagem ou desvantagem da estratégia dependerá da qualidade e da precisão do planejamento sucessório, isto é, o cálculo do valor exato a ser pago de imposto a partir da verificação de qual será a legislação estadual aplicável ao caso, além da preparação financeira para arcar com esse custo, escolhendo o melhor momento para que seja realizada a doação.

Percebeu no estudo do Imposto de Renda (IR) e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), que enquanto a remuneração dos sócios a título de pró-labore não é vantajosa pelo alto custo envolvido com pagamento de INSS pessoa física, INSS pessoa jurídica e IR pessoa física, a contraprestação dada aos sócios sob a forma de lucros e dividendos representa uma economia fiscal, uma vez que não incidirá IRPF tampouco CSLL.

Ainda no que concerne ao IRPF, percebeu que existe a redução da carga tributária quando ocorre a transferência do bem por valor idêntico ao informado na declaração de IR, pois não haverá ganho patrimonial e não incidirá Imposto de Renda pela ausência do fato gerador. Ademais, é conveniente que o referido imposto incida sobre os rendimentos da *holding* que decorrem das atividades de locação, compra ou venda de imóveis, pois enquanto para a pessoa física pode ser cobrado IRPF na alíquota máxima de 27,5%, para a *holding* familiar incidirá IRPJ no regime do lucro presumido, com alíquota de 11,33%.

Em suma, constatou que a *holding* familiar pode representar uma significativa economia tributária. Entretanto, a ocorrência ou não da almejada redução da carga tributária será o resultado do comportamento do contribuinte e da elaboração, realizada por um especialista, de um planejamento tributário que reúna três importantes requisitos: ser realizado em observância aos estritos ditames legais; ser isento de qualquer ato compatível com evasão, fraude ou simulação; e que os atos ou negócios jurídicos sejam dotados de notável propósito negocial.

Referências.

ARAUJO, Elaine Cristina de; ROCHA JUNIOR, Arlindo Luiz. **Holding: visão societária, contábil e tributária**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2019.

ARAÚJO, Jandher Jonnathan; PAULUS, Claudemir Inácio; QUEIROZ, André Zancarano. Planejamento tributário por meio de holding: aspectos econômico-financeiros. **Revista de Direito Internacional Econômico e Tributário**. 2017, Vol. 12, n. 1.

BARBOSA, João Eutálio Anchieta; JESUS, José Lauri Bueno de. Holding: uma alternativa de planejamento tributário e sucessório. **Revista de Administração e Contabilidade**. 2015, n. 27.

BORDIGNON, Luís Felipe; ECKERT, Alex; MECCA, Marlei Salete. Benefícios de uma Holding no âmbito das empresas familiares: estudo em uma empresa do ramo de pneus. **Revista Conhecimento Contábil**. 2020, Vol. 10, n. 1.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial** (da República Federativa do Brasil), Brasília, 05 de out. 1988. Seção 1, pt. 1.

BRASIL. Decreto 34.982, de 19 de dezembro de 2013. Regulamenta o Imposto sobre a Transmissão Causa Mortis e Doação de Quaisquer Bens ou Direitos - ITCD, e dá outras providências. **Diário Oficial** (do Distrito Federal), Brasília, p. 18-20, 20 de dez. 2013. Seção 1, pt. 1.

BRASIL. Lei 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. **Diário Oficial** (da República Federativa do Brasil), Brasília, 17 de dez. 1976. Seção 1, pt. 1.

BRASIL. Lei 15.812, de 20 de julho de 2015. Dispõe acerca do Imposto Sobre Transmissão Causa Mortis E Doação, De Quaisquer Bens Ou Direitos - ITCD. **Diário Oficial** (do Estado do Ceará), Ceará, n. 135, p. 1-5, 23 de jul. 2015. Seção 1, pt. 1.

BRASIL. Lei 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. **Diário Oficial** (da República Federativa do Brasil), Brasília, 27 de out. 1966 (Publicação Original). Seção 1, pt. 1.

BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial** (da República Federativa do Brasil), Brasília, p. 1-384, 11 de jan. 2002. Seção 1, pt. 1.

BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ. Agravo de instrumento. Ação anulatória. Tutela de urgência. Ausência de probabilidade do direito. ITBI. Imunidade tributária. Empresa constituída com intuito de blindagem patrimonial. Interpretação teleológica da norma tributária. Recurso a que se nega provimento. Agravo de Instrumento n. 0015830-58.2018.8.16.0000. Amorim Participações e Investimentos EIRELI-ME e Município de Curitiba/PR. Relator: Juiz Everton Luiz Penter Correa, DJ, 19 set. 2018. **Lex**: Diário de Justiça Eletrônico n. 2347, Paraná, 19 set. 2018. p. 27-28.

CRUZ, André Santa. **Direito Empresarial**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

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

_____. 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.

_____. **Manual de Artigo de Revisão de Literatura**. Brasília: Processus, 2019.

_____. **Manual de Projeto de Pesquisa**. Brasília: Processus, 2019.

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

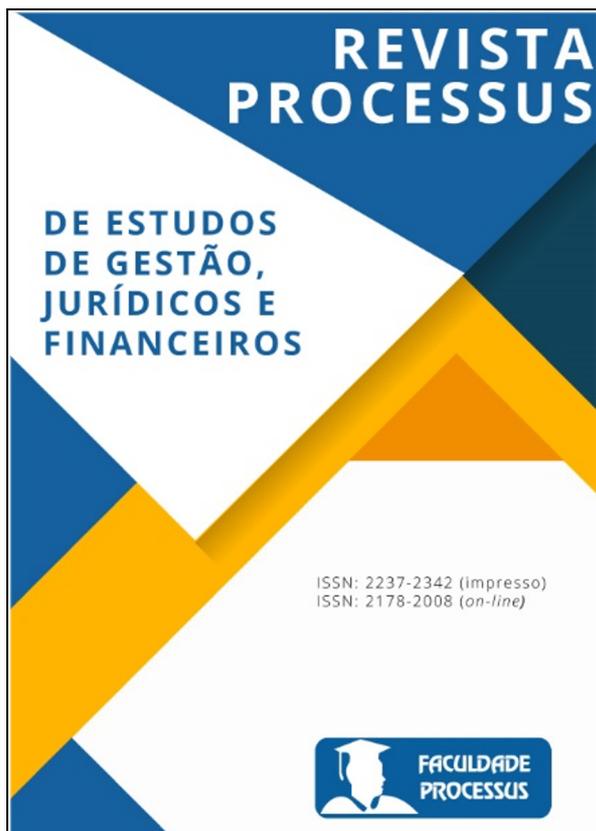
MAMEDE, Gladston; MAMEDE, Eduarda Cotta. **Holding familiar e suas vantagens: planejamento jurídico e econômico do patrimônio e da sucessão familiar**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

ROCHA, Roberval. **Direito Tributário**. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

SILVA, Ronaldo Alves da; ALBUQUERQUE, Alessandra Lignani de Miranda Starling e. A importância do planejamento sucessório na empresa familiar: o papel das holding companies. **Revista Derecho y Cambio Social**. 2020, n. 60.

SILVA, Fábio Pereira da Silva; ROSSI, Alexandre Alves. **Holding Familiar**. 2. ed. São Paulo: Trevisan, 2017.

TESSARI, Cláudio; PINHEIRO, Camila Bandel Nunes; MOREIRA, Fernanda da Rosa. Holding Familiar: uma alternativa segura de proteção patrimonial, planejamento sucessório e tributário. **Repertório de Jurisprudência IOB**. 2018, Vol. I, n. 9.



Revista Processus de Estudos de Gestão, Jurídicos e Financeiros

ISSN: 2237-2342 (impresso)

L-ISSN: 2178-2008 (on-line)

Tramitação editorial:

Data de submissão: 21/10/2020

Data de reformulação: 28/10/2020

Data de aceite definitivo: 02/11/2020

DOI: <https://doi.org/10.5281/zenodo.4253366>

Data de publicação: 06/11/2020.

POLÍTICAS DE RESSOCIALIZAÇÃO NO SISTEMA PRISIONAL: SITUAÇÃO ATUAL, LIMITAÇÕES E DESAFIOS¹

RESTOCIALIZATION POLICIES IN THE PRISON SYSTEM: CURRENT SITUATION, LIMITATIONS AND CHALLENGES.

*Amanda Maciel Queiroz²
Jonas Rodrigo Gonçalves³*

Resumo

O tema desse artigo é voltado para as políticas de ressocialização no sistema prisional. Investigou-se o seguinte problema: “Qual a situação atual, suas principais limitações e os desafios?”. Cogitou-se a seguinte hipótese “as políticas de ressocialização do apenado no sistema prisional brasileiro tendem ao colapso”. O objetivo geral é apresentar a situação atual, as limitações e os desafios das políticas de ressocialização no sistema prisional brasileiro. Os objetivos específicos são “apontar, na atualidade, quem é responsável pela gestão dos sistemas prisionais” e

¹ Artigo de Revisão de Literatura elaborado como Trabalho de Curso da Especialização em Direito Criminal da Faculdade Processus, sob a orientação do professor Jonas Rodrigo Gonçalves.

² Pós-Graduanda em Direito pela Faculdade Processus. CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4381815108918832>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-5095-6818>. E-mail: <amandaraujo.m.s@gmail.com>.

³ Doutorando em Psicologia; Mestre em Ciência Política (Direitos Humanos e Políticas Públicas); Licenciado em Filosofia e Letras (Português e Inglês); Especialista em Direito Constitucional e Processo Constitucional, em Direito Administrativo, em Direito do Trabalho e Processo Trabalhista, entre outras especializações. Professor das faculdades Processus (DF), Unip (SP) e Fasesa (GO). Escritor (autor de 61 livros didáticos/acadêmicos). Revisor. Editor. CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6904924103696696>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-4106-8071>. E-mail: jonas.goncalves@institutoprocessus.com.br.

“apresentar os modelos atuais de ressocialização”. Este trabalho tem importância em uma perspectiva individual devido ao questionamento social sobre o tema. Para a ciência, esta pesquisa se mostra útil em expor de modo sistemático as políticas de ressocialização no sistema prisional. Este assunto cresce de importância para a sociedade brasileira, face a esta crise, aparentemente sem solução. Trata-se de uma pesquisa qualitativa teórica de três meses.

Palavras-chave: Ressocialização. Sistema prisional. Apenado.

Abstract

The theme of this article is focused on re-socialization policies in the prison system. The following problem was investigated: What is the current situation, its main limitations and challenges? The following hypothesis was considered “the policies of re-socialization of the inmate in the Brazilian prison system tend to collapse”. The general objective is to present the current situation, the limitations and the challenges of re-socialization policies in the Brazilian prison system. The specific objectives are “to point out, at present, who is responsible for the management of prison systems” and “present the current models of resocialization”. This work is important in an individual perspective due to the social questioning on the topic. For science, this research is useful in systematically exposing the policies of re-socialization in the prison system. This issue grows in importance for Brazilian society, in the face of this crisis, apparently without solution. It is a qualitative theoretical research of three months.

Keywords: Resocialization. Prison system. Jailed.

Introdução

De acordo com o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, no ano de 2019, considerando presos em estabelecimentos penais e presos detidos em outras carceragens, o Brasil possui uma população prisional de cerca 773.151 pessoas privadas de liberdade em todos os regimes. O papel do Estado Brasileiro demonstra ser de suma importância, já que, em uma primeira análise, não consegue prover as necessidades básicas dos apenados em concordância com a legislação pátria.

Para que as políticas públicas do Estado possam almejar a reinserção correta do apenado na sociedade, de acordo com o previsto na legislação, é basilar que oferte condições estruturais mínimas das unidades prisionais com respectiva integração social entre os presos. Assim, as políticas associadas devem primar pela produtividade, sabendo-se que o trabalho digno direcionado de acordo com as aptidões e o perfil do reeducando galvaniza o rendimento de cada cidadão envolvido, agregando sua valorização enquanto ser humano e reconhecimento social. (RIBEIRO; BRITO; OLIVEIRA, 2018, p.203).

Este artigo se propõe a responder ao seguinte problema: “Considerando as políticas de ressocialização no sistema prisional, qual a situação atual e quais as limitações existentes com respectivos desafios?”. Na atual situação do sistema prisional, as limitações existentes e os desafios a serem vencidos se relacionam diretamente aos modelos de políticas de ressocialização.

O sistema prisional brasileiro enfrenta uma turbulência de grandes proporções no que se refere à reintegração social do preso. Os propósitos da pena, elencados pela Lei de Execução Penal (LEP), não são plenamente alcançados por meio da

metodologia usada pelas instituições penitenciárias. Com efeito, são diversos os casos de recidiva criminal. A atividade laboral emerge como importante instrumento na reinserção do apenado, ao ofertar, além de afastamento do tempo ocioso durante o cumprimento da pena, a chance de profissionalização como alternativa ao crime. (RIBEIRO; BRITO; OLIVEIRA, 2018, p.190).

A hipótese levantada frente ao problema em questão é que as políticas de ressocialização do apenado no sistema prisional brasileiro tendem ao colapso. A complexidade de todos os fatores envolvidos nas políticas de ressocialização induz que este problema gravíssimo que abarca a sociedade brasileira a cada dia se mostra mais insolúvel.

Um contraste forte é observado entre os ideais fundamentais previstos na LEP e a realidade conturbada do sistema prisional brasileiro em todos os prismas (estrutura, economia e política). O sistema atual não possibilita a efetiva reabilitação do preso à sociedade, principalmente por não capacitar de fato o criminoso ao convívio com a sociedade brasileira. (RIBEIRO; BRITO; OLIVEIRA, 2018, p.197).

O objetivo geral deste trabalho é apresentar a situação atual, as limitações e os desafios das políticas de ressocialização no sistema prisional brasileiro. Por meio esta exposição, visa-se consolidar a ideia de que existe uma grande complexidade relativa ao assunto e, ao mesmo tempo, da forte necessidade de uma atenção diferenciada da esfera pública para impedir o agravamento do problema.

A falta de efetividade no duelo contra a marginalidade, por meio da aplicação ineficaz da legislação vigente, é uma constante. Assim sendo, o papel reintegrador do Estado se limita a devolver o mal ao apenado, basicamente, o privando de sua liberdade. Neste atual sistema carcerário, este castigo neutraliza, parcialmente, o infrator, mas não resolve a questão de forma sustentável. (RIBEIRO; BRITO; OLIVEIRA, 2018, p.197).

Os objetivos específicos deste trabalho são apontar, na atualidade, quem é responsável pela gestão dos sistemas prisionais, os modelos atuais de ressocialização com descrição dos modelos estruturais, motivos relevantes que mostram a tendência de falência do sistema prisional e as ações que podem ser implementadas, nos mais diversos níveis, para solucionar o problema.

Nesta conjuntura conservadora na qual o Brasil está inserido, o Estado cada vez mais se afasta de suas atribuições legais, renunciando os apenados aos próprios infortúnios, sem direção, em uma realidade de poucas garantias, destacando assim, a face do neoliberalismo. (STEFANI, 2010, p.69).

Esta pesquisa tem fundamental importância sob a ótica individual, no sentido que busca expor uma problemática na qual toda a sociedade está inserida em um grande desafio de buscar a melhor solução para as medidas combativas da criminalidade, dentro e fora dos presídios. Todos os cidadãos têm um protagonismo individual, no sentido de vencer os preconceitos associados ao tema.

Sob o prisma científico, esta pesquisa se mostra útil em expor de modo sistemático as políticas de ressocialização no sistema prisional brasileiro, visando servir de ferramenta para linhas de ação que possam efetivamente reverter este quadro de crise. É possível observar que o modelo teórico preconizado pela LEP em muito se afasta da realidade, considerando as diversas rebeliões associadas também ao altíssimo índice de reincidência criminal. Nesse contexto, soluções voltadas para a paz social, nos mais diversos níveis, podem ser tomadas.

Este assunto cresce em importância para a sociedade brasileira, já que o sistema penal do Brasil parece estar em uma crise sem solução, considerando os tempos de violência cada vez mais gritantes e a fragilidade dos sistemas prisionais.

Busca-se um entendimento acerca da metodologia e dos meios aplicados para a ressocialização do preso e sua integração social.

Trata-se de uma pesquisa teórica, bibliográfica, com fundamento em artigos científicos, bem como em lei, doutrina e jurisprudência. Logo, esse tipo de pesquisa é orientado no sentido de reconstruir teorias, quadros de referência, condições explicativas da realidade, polêmicas e discussões pertinentes.

O instrumento de pesquisa é a documentação indireta. O instrumental utilizado são artigos científicos. O tempo previsto tanto para aplicação do instrumental como para leitura dos textos originais, bem como para a seleção dos trechos e paráfrases foram de três meses.

Como critérios de exclusão dos artigos científicos, foram escolhidos os artigos com até três autores(as) em que pelo menos um(a) dos(as) autores(as) é mestre(a) ou doutor(a), além da exigência de se tratar de artigo publicado em revista acadêmica com ISSN. Esta pesquisa de revisão de literatura tem o tempo previsto de três meses. No primeiro mês realizou-se o levantamento do referencial teórico; no segundo mês, a revisão da literatura; no terceiro mês, a elaboração dos elementos pré e pós-textuais que compõem todo o trabalho.

Optou-se por uma pesquisa qualitativa, na qual os autores trataram os dados obtidos por meio da pesquisa bibliográfica, considerando os aspectos relevantes levantados pelos seus respectivos autores. O principal objetivo da pesquisa bibliográfica é guiar as ideias do pesquisador para planejar, montar e realizar a pesquisa. Mas também proporcionará ao pesquisador o traçar de uma linha do tempo sobre o tema, que poderá abordar eventos relevantes ao contexto histórico sobre o tema.

A metodologia escolhida nesse artigo de revisão de literatura, tem como respaldo no conhecimento científico, que é o conhecimento racional, sistemático, exato e verificável da realidade, ou seja, é bem objetivo. Tem origem nos procedimentos com base na metodologia científica. Em suma, se além aos fatos, é claro, busca e aplica as leis. (TEIXEIRA JUNIOR; GONÇALVES, 2020, p.8).

Políticas de Ressocialização no Sistema Prisional: situação atual, limitações e desafios

A partir de uma investigação temporal do sistema penal brasileiro, pode-se afirmar que no Brasil “o braço punitivo do Estado sempre esteve a favor dos interesses das hegemonias conservadoras, (...) na medida em que o Direito Penal sempre foi considerado um importante instrumento para a gestão e o disciplinamento das classes populares” (WERMUTH, 2014, p. 422). Sendo assim, o sistema carcerário funcionaria como uma ferramenta de controle da classe dominante em solo pátrio. (COSTA; SANTOS, 2015, p.233).

O Poder Executivo, na atualidade, gerencia integralmente o sistema penitenciário, colocando sua composição e funcionamento em dependência dos interesses políticos vigentes. O Estado é incumbido de destinar verbas, qualificar servidores e criar programas. Nesse processo, o Judiciário apenas acompanha a execução penal e fiscaliza as premissas de segurança e saúde. Sendo assim, a materialização da legislação fica conexo às conveniências do Poder Executivo. (RIBEIRO; BRITO; OLIVEIRA, 2018, p.196).

O Poder Executivo tem a atribuição e responsabilidade de construir as unidades prisionais permitindo o funcionamento de colônias penais, sejam elas industriais ou agrícolas, e também as chamadas casas do albergado. Além disso,

permite a estruturação de patronatos públicos e aprovisionando os meios imprescindíveis ao cumprimento da LEP.

Os meios de comunicação expõem que as rebeliões estão vinculadas praticamente aos mesmos fatores: maculação dos direitos fundamentais e processo de superlotação das prisões. Este é um problema antigo e complexo do Brasil e tem seus alicerces ligados à déficit de gestões materiais e humanas. (COSTA; SANTOS, 2015, p.248).

Existe uma certa unanimidade no que diz respeito às causas destas rebeliões dentre os especialistas em segurança pública no Brasil. Assim sendo, há uma consonância em relação às medidas preventivas e corretivas que podem ser tomadas para a solução deste quadro. Dentre as principais causas, cita-se a superlotação em ambientes totalmente impiedosos com forte presença do tráfico de drogas.

Para entender a realidade vivida pelos presos, pode-se afirmar, que, de um modo geral, as celas são demasiadamente pequenas para a população existente, as condições são de grande periculosidade e insalubridade, poucas camas (seis de concreto) para abrigar mais de 60 detentos. Nesse preocupante cenário, não há espaço físico para todos estes seres humanos deitarem ao mesmo tempo.

Nesse contexto, dentro das unidades prisionais funciona um poder paralelo, gerido por diversas organizações criminosas, que se utilizam pelo deficitário controle do poder público para controlar ações diversas fora dos presídios. O senso é comum quando se fala que estes apenados têm acesso fácil a aparelhos celulares e outros dispositivos eletrônicos para materializar ações que vão de encontro à lei.

Diversas carnificinas ocorreram em presídios do Brasil, já que não existe atenção suficiente por parte dos gestores públicos brasileiros, implicando em diversas rebeliões. Por exemplo, apenas no primeiro bimestre do ano de 2017, houve mais óbitos em rebeliões do que na rebelião no Carandiru. Consequentemente, observa-se que os caminhos do sistema carcerário e da dignidade do homem se encontram em caminhos não convergentes no Brasil. (RIBEIRO; BRITO; OLIVEIRA, 2018, p.191).

Exemplifica-se aqui, dentre outros diversos casos, a rebelião ocorrida em 2019, no Pará, no município de Altamira, na qual houve pelo menos sessenta e dois óbitos, dentre os quais dezesseis foram assassinados com fortes requintes de crueldade (foram decapitados com instrumentos cortantes improvisados). Verifica-se, assim, a fortíssima pressão, ocasionada pelas gangues, submetida neste ambiente.

A complexidade do problema apresentado não termina por aí. Na esfera política, a confusão de ideologias predomina. Há um verdadeiro desarranjo nas soluções que podem ser tomadas. Existem correntes que visualizam que a solução é a simples amplificação do endurecimento da pena com a respectiva separação das lideranças da criminalidade. Outras já indicam que a solução é a construção de mais presídios.

A composição dos centros de ressocialização tem atributos peculiares. Em relação à capacidade de presos, 210 presos são divididos entre aqueles que aguardam julgamento e os que já cumprem pena (regime semiaberto ou fechado). Os reeducandos são acompanhados na totalidade das fases da pena no encadeamento para sua liberdade. Outro fator psicossocial de relevância é que estes reeducandos não são conhecidos por números e sim pelos seus próprios nomes. (FAUSTINO; PIRES, 2007).

No tocante à arquitetura, observa-se uma padronização dos Centros de Ressocialização. As grades são substituídas por janelas e portas, direcionadas para uma quadra de esportes. Nos alojamentos existem treliches com armários. O banheiro é coletivo com acessibilidade para deficientes físicos. (FAUSTINO; PIRES, 2007, p.55).

O preso no Brasil tem, dia a dia, sua dignidade vedada, não bastando os direitos alvejados pela sentença com as respectivas consequências da condenação. A sentença penal condenatória não preserva a plenitude moral e física do apenado. (COSTA; SANTOS, 2015, p.245).

Ainda considerando a arquitetura dos Centros de Ressocialização, duas oficinas que podem ser usadas como salas de aula existem em cada ala. Nesse contexto, também existe um espaço de convivência. Os familiares são recebidos em um espaço comum com a existência de um palco que serve para interações sociais e apresentações. (FAUSTINO; PIRES, 2007, p.55).

Outras partes arquitetônicas são de grande valor no processo de ressocialização do reeducando. Refeitório com cozinha, lavanderia e biblioteca são setores que fazem parte do Centro. Além destes existem armazéns que têm a finalidade de permitirem a compra de itens de uso pessoal por parte dos reeducandos. (FAUSTINO; PIRES, 2007, p.55).

Considerando os profissionais envolvidos, destacam-se os seguintes: cozinheiros, secretária, gerente administrativo, odontólogo, psicólogos, assistentes sociais e advogados, no sentido de dar a assistência mínima necessárias para os reeducandos, que também são orientados em relação às providências administrativas (aposentadorias, auxílios, seguros, dentre outros). (FAUSTINO; PIRES, 2007, p.54).

De uma forma genérica, o modelo de integração adotado pelo sistema prisional brasileiro é por meio do trabalho, visando corroborar a aproximação dos detentos com a sociedade, capacitando-os aos desafios do mercado e melhorando o convívio social. Por exemplo, a Associação de Proteção e Amparo aos Condenados (APAC) envolve mais de 30 unidades nos estados do Espírito Santo e Minas Gerais. (RIBEIRO; BRITO; OLIVEIRA, 2018, p.207).

Na cidade de São José dos Campos/SP, em 1972, surgiu o protótipo de Centros de Ressocialização que funcionou como indutor para outras experiências, tanto nacionais quanto internacionais. (FAUSTINO; PIRES, 2007, p.53).

Nesse ínterim, o programa “Cidadania do Cárcere” foi criado na cidade de Bragança Paulista/SP, em 1993, considerando a modelagem das APACs. Observou-se índices positivos no que diz respeito à reincidência criminal e melhoras nas condições dos presos. Este sistema atuou no sentido de tornar mais humana a privação de liberdade no sentido de melhorar os fatores ligados ao recaimento criminal. (FAUSTINO; PIRES, 2007, p.53).

A preservação da dignidade do ser humano e dos direitos humanos foi realçada pela Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, conhecida como Lei de Execuções Penais (LEP). No intuito de reestruturar a conduta de delito do cidadão, antes deste se reintegrar à sociedade, esta norma preza pelo cumprimento da pena voltado para a ressocialização. Assim, foram vedados fatores como a pena de morte e de trabalhos forçados, no sentido de assegurar a integridade moral e física dos apenados. (RIBEIRO; BRITO; OLIVEIRA, 2018, p.194).

Outra importante observação é que os Centros de Ressocialização são voltados aos presos com baixa tendência de agressividade, cujos crimes são de

baixa periculosidade. Também estão incluídos os delinquentes ocasionais. (FAUSTINO; PIRES, 2007, p.55).

Por meio da reintegração social e reeducação do condenado, o art. 1º da LEP mostra sua orientação de prevenção de novas práticas delitivas com a respectiva correção do injusto. (RIBEIRO; BRITO; OLIVEIRA, 2018, p.197).

O artigo 31 da Lei de Execuções Penais posiciona o trabalho como um direito, no sentido que o regenera e ao mesmo tempo atende seus direitos fundamentais. Assim sendo, o condenado tem direito à remuneração que pode ser usada, por exemplo, ao sustento da família, até que se possa ser alcançada a liberdade. (RIBEIRO; BRITO; OLIVEIRA, 2018, p.201).

Não obstante, vale salientar que a faixa de tempo de trabalho estabelecido pelo artigo 33 da LEP estipula um mínimo de seis horas e um máximo de oito horas por dia, atribuindo descanso nos domingos e feriados (CABRAL; SILVA, 2010, p.163).

A remuneração do serviço executado pelo detendo é um direito. Esta renda obtida, por meio do trabalho, ajuda a incrementar o senso de responsabilidade, servindo muitas vezes para ajudar a família. Tais recursos podem servir como uma poupança, considerando necessidades futuras. Infere-se que esta retribuição paga ao apenado é indispensável à sua reinserção na sociedade, na ocasião do cumprimento da pena. (CABRAL; SILVA, 2010, p.164).

Um fato de importância a ser destacado é a participação da família nos Centros de Ressocialização, que tem por objetivo evitar a quebra de vínculos entre o reeducando e sua família, buscando também uma maior presença dela no caminho de ressocialização do apenado. De modo empírico, verificou-se que o apoio da família diminui a probabilidade de reincidência criminal. (FAUSTINO; PIRES, 2007, p.55).

As funções retributiva e pedagógica da sanção penal fazem parte dos objetivos da pena constritiva de liberdade, associada à legislação pátria. Disso isto, vale afirmar que o processo de reinserção com dignidade na sociedade não deixou de ser contemplado. Sendo assim, o apenado atende a ação retributiva e preventiva, já que existe intimidação de outros cidadãos para o afastamento do mundo do crime. (RIBEIRO; BRITO; OLIVEIRA, 2018, p.194).

Cabe destacar que o STF decidiu que a realização de obras em presídios, garantindo, dessa forma, integridade moral e física dos detentos e conferindo maior efetividade possível ao comando jurídico-normativo constitucional, caberia ao Poder Executivo. (COSTA; SANTOS, 2015, p.233).

A reeducação dos presos, teoricamente executada por meio de práticas de trabalho e educação, é dificultada pela deficitária estrutura dos presídios existentes e também pela superlotação. Existe um forte estigma, no sentido que a sociedade visualiza o apenado como impróprio para a convivência, excluindo-o por não acreditar na sua reabilitação. Tal fato, pode tornar a efetividade dos programas de ressocialização questionáveis. (TEIXEIRA JUNIOR; GONÇALVES, 2020, p.9).

Observa-se que o crime não é cessado por meio de uma reação punitiva retributiva do Estado, independente da intensidade. Em muitos casos, agrega-se em violência disfarçada com a capa da legalidade, violando de modo institucional os direitos humanos do apenado. (COSTA; SANTOS, 2015, p.233).

Existe um contraste forte entre os ideais basilares previstos na LEP e a realidade problemática do sistema prisional do Brasil, em todos os aspectos (estrutura, economia e política). O sistema atual não permite a reabilitação do preso

à sociedade, principalmente, por não capacitar de fato o criminoso ao convívio com a sociedade brasileira. (RIBEIRO; BRITO; OLIVEIRA, 2018, p.197).

A LEP é julgada como uma das leis mais detalhadas relativa ao cumprimento de pena no globo. Entretanto, não existe uma aplicação fiel de suas premissas nas prisões brasileiras, para que possa haver de fato uma reabilitação do acusado. Sendo assim, a estrutura funcional existente não consegue atuar como galvanizador anticrimes e muito menos atingir os objetivos de ressocialização do apenado, tal fato é demonstrado por diversas estatísticas. (RIBEIRO; BRITO; OLIVEIRA, 2018, p.195).

A falência e a decadência são características marcantes do sistema prisional do Brasil. A estrutura e os recursos humanos envolvidos, de modo notório e público, não se fazem suficientes para fazer valer as premissas constitucionais previstas da Lei de Execução Penal. As violações da dignidade humana são diversas e repetitivas. Tudo isso demonstra a fragilidade do sistema penal brasileiro como um todo. Urge, assim, a efetiva implementação de políticas públicas para melhorar os índices de criminalidade e, no mesmo sentido, manter os direitos fundamentais dos presos, garantindo a correta reinserção deles na sociedade. (COSTA; SANTOS, 2015, p.233).

Um aspecto de extrema relevância, que contribui da falência do sistema penal do Brasil, é a falta da devida classificação dos apenados dentro das estruturas, utilizando-se de exames criminológicos, no intuito de criar grupos similares tal como preconiza a LEP. O convívio misto existente em nada contribui no processo de reabilitação, já que a troca de motivações entre presos pode dificultar tal reabilitação. (RIBEIRO; BRITO; OLIVEIRA, 2018, p.198).

Esta carência na classificação dos presos, de certo modo, é algo que traz os piores reflexos para a tentativa de ressocialização sustentável dos apenados para a sociedade. Apenas informar que não há estrutura física para se fazer valer a lei, não é uma desculpa aceitável para uma sociedade que tem uma das maiores cargas tributárias do mundo. O Estado precisa reverter esta situação, de forma gradativa.

Nesse cenário, apesar dos esforços da esfera pública, observa-se limitações nas oficinas dos presídios, no que se refere à rigidez dos turnos de trabalho, não atendendo com eficácia as premissas das políticas de reintegração social, devido às dificuldades econômicas e de gestão. Assim, observa-se uma grave limitação da quantidade de oficinas, com pouca diversidade no tipo de trabalho, subutilizando, assim, as potencialidades dos apenados. (RIBEIRO; BRITO; OLIVEIRA, 2018, p.203).

Os principais problemas do sistema penitenciário nacional, na atualidade, são: a) a má remuneração dos servidores públicos envolvidos, independente da hierarquia entre eles; b) falta de equipamentos adequados para o correto desenvolvimento do trabalho; c) carência de verbas para pesquisa e poucos programas que buscam otimizar esta grande e complexa engrenagem. (COSTA; SANTOS, 2015, p.248).

Dessa forma, o princípio constitucional da pena individualizada é profundamente ferido, já que na realidade os apenados recolhidos não tem qualquer tipo de separação e ficam sem ocupação funcional prevista na legislação, saindo para o banho de sol apenas uma vez por dia. Tal rotina, implica em uma espiral negativa na qual as regras são próprias. (RIBEIRO; BRITO; OLIVEIRA, 2018, p.199).

Nessa mecânica conservadora que o Brasil vive hoje, o Estado cada vez mais se ausenta de suas responsabilidades, largando os apenados à própria sorte, sem

direção, em uma conjuntura de poucas garantias, destacando assim, a face do neoliberalismo. (STEFANI, 2010, p.69).

É possível observar que o modelo teórico preconizado pela LEP em muito se afasta da realidade, considerando as diversas rebeliões associadas também ao altíssimo índice de reincidência criminal, indicando, assim, um grande fracasso, do sistema penal. Não existe um controle efetivos, com lições aprendidas, dos projetos de ressocialização, resultando em péssimos indicadores, com má utilização de recursos públicos e, por muitas vezes, transformando a estrutura existente em uma escola para o crime. (RIBEIRO; BRITO; OLIVEIRA, 2018, p.200).

Este assunto cresce de importância para a sociedade, já que o sistema penal do Brasil parece estar em uma crise sem solução, considerando os tempos de violência cada vez mais gritantes e a fragilidade dos presídios. A dúvida se centraliza se a metodologia e os meios aplicados são realmente eficientes para a ressocialização do preso e sua integração social. (RIBEIRO; BRITO; OLIVEIRA, 2018, p.193).

Em diversos prismas, se aponta a crescente falência do Sistema Penitenciário Brasileiro, considerando a máxima limitação para a execução de um trabalho realmente profissional que atenda às premissas da LEP e seus fundamentos. (FAUSTINO; PIRES, 2007, p.52).

A falta de eficácia no combate à marginalidade, por meio da aplicação incompleta da legislação vigente, é uma constante. Assim sendo, o papel reintegrador do Estado se limita a devolver o mal ao apenado, basicamente, o privando de sua liberdade. No atual sistema carcerário, este castigo neutraliza, parcialmente o infrator, mas não resolve a questão de forma sustentável. (RIBEIRO; BRITO; OLIVEIRA, 2018, p.197).

Sabendo que atualmente a criminalidade é um dos problemas sociais de maior vulto no Brasil, e que a cada dia os jovens se envolvem nos quadros de criminalidade, aumenta a importância de discussão e tentativa de solução para este grave óbice. Fatores que se entrelaçam, como educação deficitária, acesso as drogas, carência de oportunidades, devem ser equacionados por meio de uma matriz de ações e responsabilidades. (TEIXEIRA JUNIOR; GONÇALVES, 2020, p.8).

A sociedade está diretamente envolvida na ressocialização dos apenados (independente se são crianças, adolescentes ou maiores), de forma independente do regime de pena. Esta responsabilidade é muito ampla e foca em ofertar meios e alternativas para acolher os reeducando novamente para o seio social. (OLIVEIRA, 2018, p.7).

O contexto atual preocupante sobre a criminalidade do Brasil é percebida pelos péssimos índices, exemplificados a seguir: que “a cada quatro condenados, um volta a ser condenado por algum crime no prazo de cinco anos, uma taxa de 24,4%”, segundo pesquisa realizada em 2015 pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea) a pedido do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Ainda, segundo o estudo, a “população nos presídios brasileiros cresceu 83 vezes em 70 anos, e já somos o quarto país que mais encarcera no mundo (607,7 mil)” atrás de Rússia, China e Estados Unidos. Assim sendo, é um desafio colossal fazer valer os princípios da Constituição e da LEP, que asseguram a integridade física do apenado com um trabalho digno que possa agregar valor a ele e sua família. (RIBEIRO; BRITO; OLIVEIRA, 2018, p.192).

Alguns especialistas argumentam que a atividade laboral seja um dos deveres do apenado, valendo-se que a Constituição Federal veda a pena de trabalho

forçado, tornando opcional ao preso a prática de qualquer atividade. (RIBEIRO; BRITO; OLIVEIRA, 2018, p.201).

A execução penal deve ser aplicada de modo a prover a completa integração do preso na sociedade, buscando tanto a prevenção como também a humanização. Esta humanização mostra que punir nunca foi nem será uma solução eficaz. Apesar da segregação social nítida, o Estado não pode se furtar das suas obrigações previstas em lei, no sentido de reabilitar de fato o agente, o qual praticou o delito a ser reintegrado na sociedade brasileira de forma produtiva. (COSTA; SANTOS, 2015, p.245).

Em um raciocínio lógico e mais simplista, entende-se que o aumento da quantidade de oficinas dentro das unidades prisionais é um fator determinante para que o processo de ressocialização do preso se torne mais eficaz. Nesse contexto, vale lembrar que há necessidade de variações nas atividades laborais para melhor aproveitamento das capacidades dos apenados. (RIBEIRO; BRITO; OLIVEIRA, 2018, p.203).

Sob a mesma ótica, entende-se que os conceitos das oficinas podem estar vinculados a um ambiente sustentável, criando possibilidades aos presos de melhorar ou até mesmo criar qualificações, para aqueles que não tem nenhuma perspectiva. Tudo isso galvaniza a visão do preso como um possível colaborador na comunidade que reside. (RIBEIRO; BRITO; OLIVEIRA, 2018, p.203).

Faz destacar no reflexo de que a igualdade entre todos simboliza obrigatoriedade imposta à esfera pública, tanto no que é relativo à elaboração da regra de direito (igualdade na lei), quanto no que concerna à sua aplicação (igualdade perante a lei). (COSTA; SANTOS, 2015, p.247).

Uma maneira, de imenso valor social, que pode ser considerada pelo Estado é a prática de atividade laboral pelos presos em prol da comunidade, fora das unidades prisionais, de modo a galgar resultados práticos de suma importância para os beneficiados e, acima de tudo, implodindo a reputação de marginalização do apenado. Isto eleva o nível de responsabilidade do preso, dentro de uma gama de obrigações e, ao mesmo tempo, eleva o moral do preso, que, de fato, está sendo útil para a sociedade. (RIBEIRO; BRITO; OLIVEIRA, 2018, p.207).

O caminho de ressocialização do apenado é fortemente viabilizado pela correta aplicação de projetos auxiliares integrantes à sociedade. Ações racionais e coordenadas reforçadas com ações voluntárias, agregam forte valor neste caminho e ajudam no resgate moral do preso. (RIBEIRO; BRITO; OLIVEIRA, 2018, p.208).

É de suma importância que o direito de igualdade entre os homens se faça valer, respeitando o princípio da dignidade, já que todos estão intimamente ligados à ordem jurídica brasileira. Desta forma, em hipótese alguma o ser humano deve ser tratado como um reles objeto, cabendo ao Estado prover as condições necessárias para que entre os reeducandos haja um patamar existencial mínimo, sem segregações. (COSTA; SANTOS, 2015, p.247).

Sabendo-se que o trabalho é um grande pilar da sociedade, tem-se um grande desafio fazer com que o preso exerça uma atividade, gerando índices positivos de educação e produção. Sem sombra de dúvidas, o trabalho reduz a ociosidade e priva o apenado de facções voltadas para o crime. Sabendo-se aproveitar as potencialidades de cada preso, o Estado pode gerir trabalhos direcionados que proporcionam rendimento social e simultânea valorização do ser humano. Um reflexo notório desta valorização é o produto final alcançado: contribuição para especialização de mão de obra e a mudança positiva da imagem do preso na comunidade em que vive. (RIBEIRO; BRITO; OLIVEIRA, 2018, p.192).

Além de combater o tempo ocioso, o trabalho gera um incentivo adicional, pois garante ao preso remição de um dia de sua pena, a cada três dias trabalhados, conforme previsão do artigo 126 da LEP. Diante desse quadro, não há dúvidas que o trabalho é uma ferramenta basilar para a ressocialização, agregando valor profissional e permitindo o contato social ao apenado, fazendo que este mostre que tem importância social. (RIBEIRO; BRITO; OLIVEIRA, 2018, p.202).

Outro grande desafio a ser vencido é o preconceito social. Entende-se que a reintegração do preso só será real quando houver a integração entre a sociedade e o apenado, de sorte que aquela percebe o valor do reeducando e este enxerga a toxicidade do crime. Assim sendo, deve ser derrubada a barreira do preconceito, visando uma convivência harmônica entre preso e sociedade. (RIBEIRO; BRITO; OLIVEIRA, 2018, p.193).

A solução para a ressocialização no sistema prisional no Brasil é de fato um problema de grande complexidade e não se restringe a soluções de última hora. Não se restringe apenas ao aumento da quantidade de unidades prisionais no país. É um problema que deve ser tratado com a devida seriedade por todos o hall de responsáveis.

O Estado Brasileiro precisa perceber de modo urgente que deve traçar um projeto estratégico faseado, discutido pela sociedade, elencando problemas por prioridade, fazendo a distribuição orçamentária de modo efetivo e, principalmente, fiscalizando os resultados obtidos, para alcançar os índices almejados ao longo do tempo. É uma ilusão pensar que para um problema complexo existem soluções rápidas e triviais.

Dentro desse esforço do Estado para solucionar esta problemática, pode ser considerada uma revisão do Código Penal, de modo a se adaptar ao resultado esperado no contexto de políticas de ressocialização do apenado. Concomitantemente, o processo de humanização dos presos, tratando cada indivíduo com dignidade e aproveitando suas potencialidades para uso na sociedade, é algo a ser alcançado por diversas ações práticas do Poder Executivo.

Considerações Finais

Neste artigo, foram abordadas as políticas de ressocialização no sistema prisional brasileiro, considerando a atual situação, as limitações e os desafios associados. O processo de ressocialização do preso tem sido fulcro de inúmeras discussões fundamentais para a sociedade. A ressocialização do apenado tem reflexo direto na aceitação do cidadão em sua nova fase de vida junto à sociedade. Torna-se convicto afirmar que nossas políticas públicas de medidas para ressocialização são defectíveis, pois de fato não conseguem recuperar os presos e sim detê-los por certo período de tempo com penas de privação de liberdade, tudo isto associado de um forte preconceito social.

Este estudo se propôs a elucidar o seguinte problema: “Considerando as políticas de ressocialização no sistema prisional, qual a situação atual e quais as limitações existentes com respectivos desafios?”. A hipótese levantada frente ao problema em questão foi que as políticas de ressocialização do apenado no sistema prisional brasileiro caminham na direção do insucesso.

O objetivo geral deste trabalho foi apresentar a situação atual, as limitações e os desafios das políticas de ressocialização no sistema prisional brasileiro, visando alicerçar a ideia de que existe um grande enredamento relativo ao tema e ao mesmo

tempo da forte necessidade de uma atenção diferenciada da esfera pública para impedir o agravamento do problema. Os objetivos específicos foram apontar, na atualidade, quem tem responsabilidade pela gestão dos sistemas prisionais, os modelos atuais de ressocialização com descrição dos modelos estruturais, motivos relevantes que mostram a tendência de falência do sistema prisional e as ações que podem ser implementadas, nos mais diversos níveis, para tentar solucionar o problema.

Este trabalho teve importância em uma ótica individual em razão à indagação social sobre a eficiência das políticas dos programas existentes que buscam reintegrar os presos de volta à comunidade social. Para a ciência, esta pesquisa se mostrou proveitosa em expor de modo sistemático as políticas de ressocialização no sistema prisional brasileiro, podendo servir como ferramenta para ações decisórias que possam efetivamente reverter este quadro de crise. Observou-se que este assunto cresce de importância para a sociedade brasileira, já que o sistema carcerário do Brasil pareceu, diante do estudo, estar em uma crise sem solução, considerando os tempos de violência cada vez mais gritantes e fragilidade dos sistemas prisionais.

Apesar de a legislação pátria estar conceitualmente completa, observou-se, por meio desta pesquisa que as políticas de ressocialização no sistema prisional nacional estão na contramão do êxito. Para que as políticas públicas do Estado possam almejar a reinserção correta do apenado na sociedade, seguindo os axiomas previstos na lei, é imperioso que o Estado Brasileiro ofereça condições estruturais mínimas das unidades prisionais com respectiva integração social entre os presos. Nesse sentido, as políticas associadas devem valorizar a dignidade humana por meio da produtividade, partindo do princípio que o trabalho digno direcionado de acordo com as aptidões e o perfil do reeducando galvaniza o rendimento de cada cidadão envolvido, agregando sua valorização enquanto ser humano e reconhecimento social no pós-pena. Ao mesmo tempo, deve haver um trabalho psicossocial, por parte do Estado e de todos os brasileiros, com o propósito único de vencer os preconceitos vinculados à realidade do apenado.

Referências

ALMEIDA, Marina Stefani. A ideologia protagonista nas políticas públicas de jovens infratores. **Revista do Laboratório de Estudos da Violência da UNESP-Marília**. Edição 5, n.5, p. 69, 2010.

CABRAL, Luisa R.; SILVA, Juliana Leite. O trabalho penitenciário e a ressocialização do preso no Brasil. **Revista do CAAP**. Belo Horizonte. P. 163-164, 2010.

CELLA, Camila Franzen; TEDESCO, Anderson Luiz; MELLO, Maria Luiza. Reflexões teóricas acerca da efetividade das medidas socioeducativa. **Revista Jurídica FADEP Digital**. Volume I, n.1, p. 7, 2017.

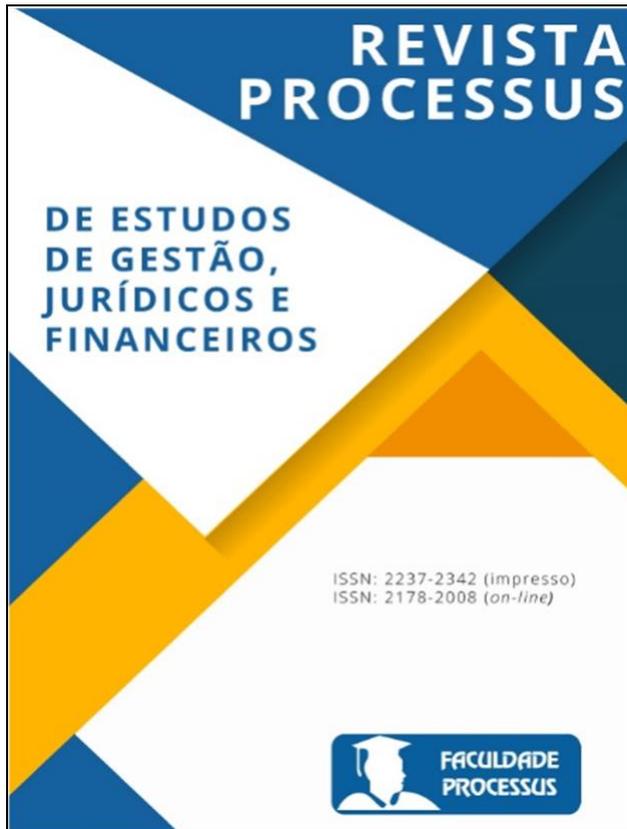
COSTA, Daniela C. A.; SANTOS, Ercolis Filipe Alves. Políticas públicas e a falência do sistema prisional brasileiro: Teses jurídicas 17 e 18 do procurador-geral da república PGR, e a imediata intervenção do poder judiciário. **Revista de Política Judiciária, Gestão e Administração da Justiça**. Minas Gerais. Ano 2015, Volume I, n.2, p. 233-248, 2015.

FAUSTINO, Eliana R.; PIRES, Sandra de Abreu. Os centros de ressocialização e o processo de trabalho do assistente social. **Revista Emancipação**. Volume 7, n.1, p. 53-55, 2007.

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

RIBEIRO, José R. F.; BRITO, Rafael Giordano Gonçalves; OLIVEIRA, Tarsis Barreto. A ressocialização do apenado por meio da participação da sociedade: o trabalho como instrumento no processo de reintegração. **Revista Vertentes do Direito**. Volume 5, n.1, p. 191-208, 2018.

TEIXEIRA JUNIOR, Jorge L.; GONÇALVES, Jonas Rodrigo. Publicação, reprodução, execução: direitos autorais. In: Breves considerações sobre a efetividade das políticas públicas voltadas a ressocialização do menor infrator. **Anais do Congresso de Políticas Públicas e de Desenvolvimento Social da Faculdade Processus**. Ano II, Volume II, n.4, p. 6-9, 2020.



Revista Processus de Estudos de Gestão, Jurídicos e Financeiros

ISSN: 2237-2342 (impresso)

L-ISSN: 2178-2008 (on-line)

Tramitação editorial:

Data de submissão: 15/10/2020

Data de aceite definitivo: 09/11/2020

DOI: <https://doi.org/10.5281/zenodo.4289419>

Data de publicação: 24/11/2020.

A IMUNIDADE TRIBUTÁRIA DOS TEMPLOS DE QUALQUER CULTO E SUA FUNCIONALIDADE¹

THE TAX IMMUNITY OF TEMPLES OF ANY CULT AND ITS FUNCTIONALITY

Cíntia Moutinho de Oliveira²

Jonas Rodrigo Gonçalves³

Resumo

O tema deste artigo é A Imunidade Tributária dos Templos de Qualquer Culto e sua Funcionalidade. Investigou-se o seguinte problema: “compreender a função da imunidade, enquanto norma garantidora de direitos fundamentais”. Cogitou-se a seguinte hipótese “explicar a discussão acerca das limitações e abrangências da imunidade tributária dos templos religiosos”. O objetivo geral é “examinar o instituto jurídico da imunidade tributária dos templos de qualquer culto”. Os objetivos específicos são: “estudo da definição de imunidade”, “sua presença nos textos

¹ Artigo de Revisão de Literatura elaborado como Trabalho de Curso da Especialização em Direito Tributário da Faculdade Processus, sob a orientação do professor Jonas Rodrigo Gonçalves.

² Pós-Graduada em Direito pela Faculdade Processus. CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9760128849098366>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-8609-8453>. E-mail: [cynthiamoutinho@gmail.com](mailto:cinthiamoutinho@gmail.com).

³ Doutorando em Psicologia; Mestre em Ciência Política (Direitos Humanos e Políticas Públicas); Licenciado em Filosofia e Letras (Português e Inglês); Especialista em Direito Constitucional e Processo Constitucional, em Direito Administrativo, em Direito do Trabalho e Processo Trabalhista, entre outras especializações. Professor das faculdades Processus (DF), Unip (SP) e Facesa (GO). Escritor (autor de 61 livros didáticos/acadêmicos). Revisor. Editor. CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6904924103696696>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-4106-8071>. E-mail: jonas.goncalves@institutoprocessus.com.br

constitucionais brasileiros” e “a função da imunidade” Este trabalho é importante por fazer uma análise dos diversos posicionamentos acerca dos conceitos conferidos à imunidade religiosa, em decorrência de uma insuficiência normativa. Foi utilizado o método indutivo de cunho qualitativo e quantitativo, buscando informações em livros de autores renomados na área, artigos sobre o assunto, além de consultas a dados coletados em institutos de pesquisa.

Palavras-chave: Imunidade. Constituição. Templo. Culto. Funcionalidade.

Abstract

The theme of this article is the Tax Immunity of Temples of Any Worship and its Functionality. The following problem was investigated: "to understand the function of immunity, as a norm that guarantees fundamental rights, and the basis for editing the normative statement in Constitutional Tax Law". The following hypothesis was considered "explain the discussion about the limitations and scope of the tax immunity of religious temples". The general objective is "to examine the legal institute of tax immunity of the temples of any cult". The specific objectives are: "study of the definition of immunity", "its presence in the Brazilian constitutional texts" and "the function of immunity" This work is important because it analyzes the different doctrinal positions regarding the concepts conferred to religious immunity, as a result normative insufficiency. The qualitative and quantitative inductive method was used, seeking information in books by renowned authors in the field, articles on the subject, in addition to consultations with data collected in research institutes

Keywords: Immunity. Constitution. Temple. Cult. Functionality.

Introdução

As imunidades tributárias são um dispositivo presente na Constituição Federal de 1988 localizadas no art. 150 que garante a imunidade sobre incidência de impostos a determinados contribuintes e em determinadas situações específicas. Estas imunidades que estão presentes na Constituição Federal são consideradas cláusulas pétreas, o que significa que seu dispositivo não pode ser alterado, nem mesmo por emenda constitucional.

Tais imunidades protegem diversas instituições contra a tributação, como por exemplo a “imunidade recíproca”, a imunidade dos partidos políticos, das entidades sindicais e das instituições de educação ou assistência social sem fins lucrativos, imunidades de jornais, livros e periódicos, mas principalmente, o assunto tratado nessa monografia, a imunidade de templos de qualquer culto.

A imunidade dos templos de qualquer culto tem por finalidade a garantia do direito fundamental de liberdade religiosa localizada no art. 5º da Constituição Federal, sendo necessário o estudo e a abrangência do que se pode considerar como “qualquer culto.

A Constituição Federal consagra a liberdade de consciência, a liberdade religiosa e a liberdade de culto, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos, assim como a proteção dos locais do seu efetivo exercício e suas liturgias. Ela outorga aos Entes Federados o poder para instituírem seus tributos, a chamada competência tributária. No entanto, o exercício desse poder encontra obstáculos em normas contidas no próprio texto constitucional, que atuam como verdadeiras limitações da competência tributária desses entes políticos, afastando a possibilidade

de instituição e arrecadação de tributos sobre determinados atos, fatos e pessoas, atuando como um limitador legal ao poder estatal.

As críticas e discussões costumam pautar-se pelo fato de o Brasil ser compreendido como um Estado laico ao qual é vedado impedir ou embaraçar, e tampouco promover ou subvencionar manifestações religiosas. Essas críticas e discussões ganham uma proporção ainda maior quando se referem às entidades religiosas que atuam em determinados setores econômicos e desenvolvem atividades diversas daquelas exclusivamente religiosas, com finalidade lucrativa.

Embora haja um entendimento de que, para a aplicação ou não do instituto, os templos devem atender às finalidades essenciais, de modo a garantir a continuidade da atividade litúrgica, muita discussão foi gerada em torno do que poderia ser considerado como templo, do que efetivamente pode ser tido como culto, e da extensão de aplicabilidade da imunidade religiosa.

A imunidade tributária se apresenta como o instituto jurídico que dá ao contribuinte a prerrogativa constitucional de não ser atingido pelo tributo. Isto em decorrência de alguma especificidade pessoal ou material dessa circunstância que o deixou fora do campo sobre o qual é autorizada à incidência tributária e que se justifica pelos valores sociais, éticos, políticos e religiosos.

Neste sentido, o problema que norteou a atividade de pesquisa consistiu em compreender se a imunidade tributária contraria a ideia de laicidade do Estado, compreendendo o conceito de templo para fins da garantia constitucional da imunidade tributária.

O foco principal é o favorecimento tributário aos templos de qualquer culto por meio do não pagamento de impostos no tocante as suas atividades essenciais e a celeuma causada pelo emprego das expressões “templo” e “culto”.

A hipótese que norteou o trabalho de escrita e pesquisa sobre o tema foi a de que o direito tem um precário conhecimento sobre religião e aplica deficitariamente sua noção sobre o tema ao analisar a abrangência da imunidade tributária prevista na Constituição Federal de 1988, além de ter-se presumido, que a laicidade do Estado é substancialmente afetada quando a imunidade tributária não é aplicada de forma isonômica, privilegiando algumas manifestações religiosas e cerceando o direito de outras.

O objetivo da pesquisa é tanto no campo das ciências das religiões quanto no campo jurídico, entender de que modo esta imunidade revelaria elementos que podem contradizer a ideia de laicidade almejada pelo Estado Brasileiro, principalmente frente à diversidade religiosa presente na atualidade, utilizando de diferentes autores, bem como doutrinadores na área jurídica.

Será apresentada a relação entre Estado e religião, buscando elucidar o conceito de laicidade e de liberdade religiosa com amparo de conceitos pertinentes às experiências de religiosidade.

Trará a temática pertinente à imunidade tributária, apresentando o seu conceito, sua origem e a diferença entre os institutos jurídicos da imunidade e da isenção. Buscará demonstrar, no tocante a relação estabelecida entre o Estado brasileiro e a religião, que o grau de laicidade ainda não se apresenta de forma clara e com contornos totalmente definidos, necessitando de uma apreciação cuidadosa do texto constitucional, sobretudo ao tratar da imunidade tributária dos templos de qualquer culto.

Pretende, ainda, compreender o fenômeno religioso diante do impacto causado pelo tratamento recebido do direito. Ademais, diante da ampla diversidade de

manifestações religiosas no Brasil e vastos elementos típicos do fenômeno religioso, almeja identificar conflitos ao abordar a liberdade religiosa na atualidade.

Serão apresentados os conceitos fundamentais de imunidade tributária, esclarecendo ser esse instituto jurídico uma limitação constitucional ao poder de tributar e forma garantidora dos direitos fundamentais do contribuinte, que ao mesmo tempo, preserva valores considerados relevantes como a liberdade de expressão, liberdade de crença, liberdade religiosa e liberdade de culto. No que diz respeito à imunidade dos templos de qualquer culto, será objeto de análise juntamente com os conceitos de templo e culto.

Caberá tal apreciação seguida por uma análise retida ao campo religioso de atuação da imunidade tributária, apontando os valores que foram os alvos da proteção trazida aos templos de qualquer culto. Todo esse estudo é fundamental para abordar a imunidade tributária tratada frente à diversidade religiosa brasileira, além de uma avaliação crítica do tema.

A relevância da pesquisa se justifica não apenas pelas divergências entre religião e Estado, mas também diante da expressiva expansão de templos e cultos religiosos. Torna-se necessária uma reflexão aprofundada sobre a imunidade tributária religiosa impulsionada pelo impedimento ao Estado de usar seu poder tributário para restringir liberdades e que visa dar plena efetividade a liberdade de culto. Além disso, alertar para a possibilidade das diversas formas de interpretação dessa imunidade, podendo tanto transformar-se em incentivo aos cultos religiosos ou igrejas bem como restringi-los, o que é vedado pela Constituição.

Assim, como se pretender discutir, tal entendimento nos parece insuficiente para sanar as divergências oriundas da imprecisão da norma constitucional. Faz-se pertinente, portanto, uma análise pormenorizada dos elementos que compõem a imunidade religiosa, de modo que seja possível desenvolver um critério que, concomitantemente, preserve a garantia fundamental, e delimite a aplicação do dispositivo constitucional.

A IMUNIDADE TRIBUTÁRIA DOS TEMPLOS DE QUALQUER CULTO E SUA FUNCIONALIDADE

1. DEFININDO AS IMUNIDADES

O principal assunto abordado neste estudo diz respeito às imunidades tributárias, conceito que, de acordo com Hugo de Brito Machado, significa:

Imunidade é o obstáculo decorrente de regra da Constituição à incidência de regra jurídica de tributação. No que é imune não pode ser tributado. A imunidade impede que a lei defina como hipótese de incidência tributária aquilo que é imune. É limitação da competência de tributar (MACHADO, 2015, p. 287).

Igualmente importante para o decorrer deste trabalho é a definição de competência tributária, a qual pode ser entendida como o poder de criar tributos conferido pela Constituição federal, aos entes federativos, sendo estes a União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios, além de igualmente relevante a definição trazida por Luciano Amaro:

(...) o poder de criar tributos é repartido entre os vários entes políticos, de modo que cada um tem competência para impor prestações tributárias, dentro da esfera que lhe é assinalada pela Constituição. Temos assim a competência tributária — ou seja, a aptidão para criar tributos — da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Todos têm, dentro de certos limites, o poder de criar determinados tributos e definir o seu alcance, obedecidos os critérios de partilha de competência estabelecidos pela Constituição. A competência engloba, portanto, um amplo poder político no que respeita a decisões sobre a própria criação do tributo e sobre a amplitude da incidência, não obstante o legislador esteja submetido a vários balizamentos (AMARO, 2010, p. 96).

O mais importante de se compreender é que as regras de imunidade possuem um caráter de freio a esse mecanismo e de exceção, uma vez que não estabelece a regra geral de tributar.

Quem define o campo de atuação em que o tributo vai vigorar é a Constituição Federal, ou seja, é ela que define o campo em que o legislador vai formular a situação de incidência do tributo, assim como será a própria Constituição que criará determinadas situações em que o contribuinte não poderá ser afetado, sendo essas regras presentes no art. 150, IV:

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:

- a) patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros;
- b) templos de qualquer culto;
- 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;
- d) livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão.
- e) fonogramas e videofonogramas musicais produzidos no Brasil contendo obras musicais ou litero-musicais 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 (BRASIL, 1988).

1. IMUNIDADE, ISENÇÃO E NÃO INCIDÊNCIA TRIBUTÁRIA

O estudo das imunidades tributárias e de sua aplicação perpassa preponderantemente pela análise do poder de tributar e das limitações ao exercício desse poder impostas pela Constituição Federal.

Podemos compreender o que se chama de "poder de tributar" enquanto a prerrogativa atribuída aos Entes Públicos de criar, arrecadar e fiscalizar tributos que, no entanto, não é absoluta. No Brasil, por força de uma série de disposições constitucionais não há que se falar em poder tributário, mas, tão somente, em competência tributária (BOMFIM, 2018).

É muito importante não confundir a imunidade tributária com a isenção fiscal e com a não incidência, sendo a isenção compreendida como:

[...]causa de exclusão do crédito tributário, nos termos do art. 175, do CTN. Contudo, a facilidade no estudo sobre este instituto cessa com essa afirmação, pois quando se avança para definir sua natureza jurídica, percebe-se que a doutrina pátria não é uníssona quanto a este ponto. Muito comumente se encontra nos manuais de direito tributário e em provas de concursos públicos a isenção definida como sendo mera dispensa legal de pagamento de tributo (LEAL, 2013).

Além da isenção fiscal, não se pode confundir imunidade tributária com a não incidência, sendo esta entendida segundo Tavares como:

[...]a não-incidência tributária, ou não incidência pura e simples, é tudo aquilo que escapa da hipótese de incidência, ou, simplificada, corresponde a toda situação que não se subsume perfeita e rigorosamente ao tipo tributário legalmente previsto (TAVARES, 2009, p. 39).

De forma minoritária, há posicionamentos que entendem o instrumento Constitucional de imunidade ser válido apenas para os impostos, como no caso de Eduardo Sabbag (2010, p. 315), ministrada em suas aulas de Sistema Constitucional Tributário. Esses impostos, segundo o Código Tributário Nacional art. 16 podem ser compreendidos como:

Art. 16. Imposto é o tributo cuja obrigação tem por fato gerador uma situação independente de qualquer atividade estatal específica, relativa ao contribuinte (BRASIL, 1966).

As imunidades são normas que não podem ser restringidas ou anuladas nem por lei complementar. Portanto, possuem eficácia plena e aplicabilidade imediata, tornando inconstitucionais as manifestações interpretativas e os atos administrativos que as desafiam (GIMENES, 2018).

Em outros termos, se entendia que para os demais tributos, como por exemplo as taxas, não caberia imunidade, sendo está definida pelo art. 77 do CTN como:

Art. 77. As taxas cobradas pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios, no âmbito de suas respectivas atribuições, têm como fato gerador o exercício regular do poder de polícia, ou a utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição (BRASIL, 1966).

A imunidade remete à classe de normas jurídicas contidas no texto da Constituição Federal onde se estabelece a incompetência das pessoas políticas de direito constitucional interno para expedir regras instituidoras de tributos que alcancem situações específicas (STRUECKER, 2020).

A imunidade é norma jurídica com fundamento constitucional, que delimita a competência dos entes jurídicos que compõem a Federação, ao mesmo tempo em que constitui-se em regra de incompetência, no sentido de que tais entes não estão autorizados a legislar em matéria tributária acerca dos assuntos elencados na Constituição Federal, o que veta o exercício da atividade legislativa do ente estatal naquela situação específica resguardada pela imunidade.

Igualmente não se eram aplicadas as imunidades em relação às contribuições de melhorias que segundo o CTN Art. 81 significam:

Art. 81. A contribuição de melhoria cobrada pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios, no âmbito de suas respectivas atribuições, é instituída para fazer face ao custo de obras públicas de que decorra valorização imobiliária, tendo como limite total a despesa realizada e como limite individual o acréscimo de valor que da obra resultar para cada imóvel beneficiado (BRASIL, 1966).

As imunidades tributárias são direitos individuais que possuem aplicação imediata, são cláusulas pétreas, não podem ser abolidas por emenda constitucional e possuem hierarquia constitucional, ou seja, se alguma lei dificultar ou impedir desproporcionalmente sua aplicação poderá ser declarada inconstitucional (GIMENES, 2018).

Porém, de forma majoritária, entende-se que, para a imunidade tributária atingir a finalidade de ser plenamente efetiva, deve ser interpretada de maneira ampla e abrangente. Nenhum dos tipos de tributos pode ser desconsiderado.

A imunidade tributária pode ser aplicada às taxas, contribuições de melhoria e às contribuições, sendo que as regras de competência das imunidades tributárias que trazem referência clara às taxas e à contribuição de melhoria, são delimitadas pela e Constituição Federal (STRUECKER, 2020).

Desta forma, a imunidade tributária é definida como regra constitucional que tem o fito de delimitar a competência tributária em detrimento do alcance de fins públicos almejados em consonância com os princípios constitucionais e garantias fundamentais assentados na Constituição Federal.

Por sua vez, a isenção interfere na incidência, impedindo que esta ocorra, já que considerada um benefício fiscal que consiste na dispensa do pagamento de um tributo devido. A isenção é concedida por lei e pode abranger impostos, taxas e contribuições de melhoria. Na isenção a obrigação tributária surge, mas a lei dispensa o pagamento do tributo, havendo o fato gerador do tributo, porém a lei determina que o contribuinte deixe de arcar com a respectiva obrigação tributária (STRUECKER, 2020).

Ou seja, a isenção é aquela que ressalta o surgimento da obrigação tributária, no preciso instante em que se deu a realização do fato jurídico (CARVALHO, 2013, p. 340).

Ao contrário da imunidade, a isenção não delimita ou denega a competência, mas, ao contrário, pressupõe que haja uma competência do ente público para que possa concedê-la, com escopo de bloquear parte da esfera de atuação da regra de tributação.

Neste sentido, a principal diferença entre as duas regras jurídicas consiste na forma de atuação no ordenamento jurídico, uma vez que, a primeira atua no plano da definição da competência, e a segunda opera no plano do exercício da competência.

A Constituição Federal de 1988 é a encarregada por definir a competência tributária dos entes federativos, sendo esta responsável não só por instituir normas de cobrança, mas também normas que explicitam a não cobrança de diversos tributos em situações específicas. Essas não cobranças podem ser entendidas como imunidades, isenções e não incidências de determinados tributos a certas instituições.

Com o objetivo de se obter um melhor entendimento, Carraza define o termo “imunidade” como:

Um fenômeno de natureza constitucional. As normas constitucionais que, direta ou indiretamente, tratam do assunto fixam, por assim dizer, a incompetência das entidades tributantes para onerar, com exações, certas pessoas, seja em função de sua natureza jurídica, seja porque coligadas a determinados fatos bens ou situações (CARRAZA, 2008, p. 705).

É importante ressaltar não apenas uma definição simples a respeito das imunidades como mera limitação constitucional ao poder de tributar, mas sim uma abordagem mais ampla, uma vez que há hipóteses específicas para que se possa incidir a imunidade sendo necessários o respeito a diversos princípios que limitam tal poder de tributar.

Pode-se entender a “incidência” tributária como o acontecimento de diversos fatos previstos em hipóteses de aplicação de tributos, o que faz gerar uma nova obrigação de pagar o tributo. Em contraponto a esta ideia, a não incidência é a ocorrência de atividades econômicas não previstas em lei, não acarretando em qualquer incidência de tributos, e por consequência, não gerando nenhuma obrigação de pagar tributos (MAZZA, 2011).

Em decorrência das isenções e imunidades tributárias ficam excluídas as possibilidades de incidência de tributos em diversas situações, neste caso compreende-se que estes estão presentes no campo da não incidência tributária. Sendo assim, pode-se entender que o legislador não quis tributar ou pela falta de interesse, ou pela falta de competência, uma vez que a Constituição é quem estabelece tais competências (MAZZA, 2011).

Para uma melhor compreensão, Luciano Amaro diferencia imunidade de isenção da seguinte forma:

A imunidade e a isenção distinguem-se em função do plano em que atuam. A primeira opera no plano da definição da competência, e a segunda atua no plano da definição da incidência. Ou seja, a imunidade é técnica utilizada pelo constituinte no momento em que define o campo sobre o qual outorga competência. Diz, por exemplo, o constituinte: “Compete à União tributar a renda, exceto a das instituições de assistência”. Logo, a renda dessas entidades não integra o conjunto de situações sobre que ode exercer-se aquela competência. A imunidade, que reveste a hipótese excepcionada, atua, pois, no plano da definição da competência tributária. Já a isenção se coloca no plano da incidência do tributo, a ser implementada pela lei (geralmente ordinária) por meio da qual se exerce a competência tributária (AMARO, 2010, p. 306).

Outro ponto importante a ser mencionado é a respeito de que diferentemente da imunidade presente na Constituição e de ambas resultarem no não pagamento de algum imposto, a isenção é instituída por lei, da mesma forma que por lei pode ser revogada, situação não existente no plano da imunidade, uma vez que o art. 150 da CF que trata das não incidência tributária é uma cláusula pétrea (MACHADO, 1999).

A norma imunizante visa proteger valores consagrados pela Constituição como a política, a religião, a ética e decorre de princípios e garantias constitucionais que são utilizados para limitar o poder de tributar. Assim, a imunidade tributária protegeria algum direito ou garantia fundamental e quanto à imunidade dos templos, a norma tem como objetivo ampliar a liberdade de crença (SCALCO, 2018).

Com isso, ao alargar as hipóteses de imunidades tributárias para diferentes práticas comerciais realizadas por organizações religiosas, o Estado se afasta da

racionalidade pública e viola o princípio da igualdade de seus cidadãos, uma vez que as atividades comerciais de organizações religiosas são privilegiadas em detrimento das mesmas atividades desenvolvidas por sujeitos não religiosos, provocando distorções no mercado e situações de concorrência desleal (SCALCO, 2018).

2. A LIBERDADE RELIGIOSA ENQUANTO DIREITO FUNDAMENTAL

Em uma análise histórica, é de comum conhecimento que a Constituição Brasileira de 1824 ainda previa de maneira explícita que a religião católica seria a religião oficial na época do império, sendo permitida a prática de outros cultos religiosos desde que fosse feita domesticamente e sem propagação ao público, ou seja, de forma reclusa (SILVA JÚNIOR, 2010).

Porém, por volta de 1890, o Brasil não mais possuía uma união entre o Estado brasileiro e a religião, graças ao Decreto nº 119-A, sendo tal característica confirmada e positivada na Constituição de 1981, por meio do art. 72º, § 3º: “Todos os indivíduos e confissões religiosas podem exercer pública e livremente o seu culto, associando-se para esse fim e adquirindo bens, observadas as disposições do direito comum”, sendo mantida a laicidade em todas as Constituições seguintes do Brasil (CAVALCANTI, 2002, p. 305).

Em face do princípio constitucional da isonomia, este tem por objetivo garantir de maneira igual as mesmas condições sociais, o que por consequência acarrete em uma não recepção de leis e atos normativos que afete o cidadão em face da escolha religiosa.

No entanto, pode-se notar no art. 5º, inciso VIII, da CF/88 que:

Ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei (BRASIL, 1988).

Ou seja, há a possibilidade de se eximir do cumprimento de determinadas obrigações, uma vez que estas tenham como objetivo de fazer com que o Estado obrigue o cidadão a ir contra as próprias convicções, toda via, não cumprido as obrigações alternativas, haverá consequências como a perda ou suspensão dos direitos políticos, segundo art. 15 da Carta Magna.

As imunidades constitucionais são normas limitadoras de competência que têm como propósito proteger determinado valor ou direito da incidência tributária e, via de consequência, de eventual arbitrariedade da autoridade estatal. É assegurada no rol dos direitos e garantias fundamentais, juntamente com as suas garantias (SCALCO, 2018).

A imunidade dos templos de qualquer culto, na Constituição, é contemplada em dois dispositivos: o primeiro veda a instituição de impostos sobre os “templos de qualquer culto”; o segundo determina que as vedações compreendem somente o patrimônio, a renda e os serviços relacionados com as finalidades essenciais das entidades (MARTON, 2012).

Pode-se aduzir que a imunidade objetiva impedir que o Estado fomenta ou desestimule a realização de práticas religiosas, uma vez que a imunidade tem como fundamento principal o dever do Estado de garantia da liberdade religiosa. Por esta razão, segundo a doutrina clássica, a liberdade religiosa é enquadrada como direito fundamental de primeira geração, constituindo-se em um direito que demanda uma prestação negativa do Estado, um dever geral de abstenção (ALVES, 2008, p. 3571).

Saliente-se, que a imunidade tributária dos templos de qualquer culto não pode ser usada pelo Estado para servir sob qualquer pretexto de auxílio à atividade religiosa, considerando o caráter laico estatal (BOMFIM, 2018).

Por outro lado, garante-se a imunidade tributária em relação aos impostos, como forma de garantia à liberdade religiosa, por respeito jurídico à importância da fé para o ser humano e, também, em respeito ao exercício da religiosidade pelos cidadãos.

Como resta configurado, para o exercício pleno do direito fundamental à liberdade religiosa, segundo os ditames constitucionais, não pode haver embaraço à prática religiosa, tampouco a imposição de requisitos que sejam óbices a manifestação religiosa.

A imunidade dos templos de qualquer culto é a reafirmação do princípio da liberdade de crença e da prática religiosa e por esta razão, nenhum óbice há de ser criado para impedir ou dificultar esse direito de todo cidadão (SCALCO, 2018).

3. DA LAICIDADE DO ESTADO

Antes da proclamação da República, o Brasil era considerado um Estado Confessional, ou seja, um Estado que possui uma religião oficial ou também chamada de religião de Estado, não podendo ser confundida com um Estado teocrático, onde a religião faz parte do contexto político do Estado, sendo tal característica alterada com a proclamação da República que transformou o Brasil em um Estado laico (BEZERRA, 2016).

Com a Promulgação da República consagrou-se a separação entre Estado e religião, e, em seguida, a liberdade religiosa. Entretanto, o Estado deve ser neutro em relação às religiões. Não pode haver discriminação entre cultos, quer para beneficiá-los, quer para prejudicá-los.

O Estado possui uma série de princípios que garantem uma posição de neutralidade por parte deste. São exemplos de princípios fundamentais ao Estado Brasileiro: o princípio da legalidade, da liberdade e da igualdade, expressos no art. 5º da Constituição Federal:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, [...] (BRASIL, 1988).

Destaque é dado, inclusive, ao aspecto da religiosidade:

VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias; (BRASIL, 1988).

O conceito do termo laico faz referência à noção de neutralidade, indiferença, de maneira que o Estado não interfere na liberdade de escolha religiosa dos cidadãos, tampouco possui uma religião oficial (CARVALHO, 2010).

Um Estado laico assume uma postura neutra com relação às religiões e não se torna com isso um Estado ateu, mas um Estado tolerante com toda e qualquer manifestação de religiosidade, garantindo igualmente o exercício da liberdade individual da prática religiosa. Posicionamentos divergentes apontam para termos como laicidade e laicismo, sendo apropriado, neste momento. Entende-se por

laicidade uma neutralidade estatal quanto ao fator religioso, enquanto o laicismo representa um juízo de valor negativo do Estado em relação às crenças religiosas, apresentando uma postura hostil às práticas religiosas

Assim, é possível entender que a laicidade consiste na garantia religiosa e da não submissão pública a normas religiosas, bem como rejeição da discriminação, inserida em um contexto em que a legitimação do Estado não se encontra mais no divino, mas na legitimação democrática constitucional (SCALCO, 2018).

O Estado não se vincula a nenhuma crença, nem obriga os cidadãos a aderirem a qualquer religião, não vedando a prática religiosa, salvo aquelas que ferem os direitos fundamentais básicos. (SCALCO, 2018)

Isso significa que, em um Estado conhecido como “laico”, todos os credos devem ser respeitados, sem distinção ou preferência, de maneira que o Estado não promova meios de incentivar determinada religião em detrimento de outra.

Nesse sentido, entende-se que o caráter laico atribuído ao Estado pela Constituição Republicana de 1988 é pautado em dois princípios base: o Estado não pode estabelecer cultos ou igrejas ou embaraçar-lhes o funcionamento; e o Estado não pode subvencionar cultos ou igrejas (MARTON, 2013, p. 3).

Isso significa, portanto, que independente da religião ou crença daqueles que representam, o Estado Brasileiro deve se manter, em sua essência, como um estado neutro, que permite o exercício de todas as crenças religiosas ao mesmo tempo em que não fomenta ou promova qualquer uma delas. (SCALCO, 2018)

Tal norma tem um propósito claro de existir: garantir o exercício da liberdade individual de crença, uma garantia fundamental protegida e resguardada pela Constituição da República Federativa do Brasil. (SCALCO, 2018)

O grau de laicidade do Estado Brasileiro ainda não está totalmente compreendido, pois é preciso analisar os limites do apoio conferido pelo sistema constitucional para verificar até que ponto iria a neutralidade estatal.

Nesse sentido, a liberdade religiosa é compreendida, sob um aspecto, como uma questão de igualdade, e dessa maneira, diz respeito ao ambiente em que se possa viver com liberdade. Para alguns autores, a liberdade de religião precisa, inclusive, ser protegida por direitos especiais ou acomodações, como é o caso da proteção através do instituto das imunidades, o que evidencia o papel das instituições à proteção da religião, cujos custos devem ser suportados por todos.

4. A FUNÇÃO DA IMUNIDADE DOS TEMPLOS DE QUALQUER CULTO

Em específico, a Constituição Federal reafirma os princípios que versam sobre a liberdade de crença e prática religiosa, se propondo a assegurar a não violação da liberdade de consciência e de crença, assegurando o livre exercício dos cultos religiosos, garantindo, na forma da lei, a proteção aos templos de culto e suas liturgias. Isto desde a separação entre a Igreja e o Estado, sendo o Brasil um País Leigo, laico ou não confessional.

Para se conceituar o termo “templo”, deve-se analisar diversas categorias usadas para separar as definições atribuídas, sendo estas as teorias: Clássico-restritiva, Clássico-liberal e a teoria Moderna, que possui maior efetividade jurídica:

Teoria Clássico-restritiva (concepção do templo-coisa) tem como seus maiores defensores Pontes de Miranda, Paulo de Barros Carvalho e Sacha Calmon Navarro Coelho, e conceitua o templo como local destinado à celebração do culto, pouco importando se é móvel ou imóvel, se há construção fixa ou provisória;

Teoria Clássico – Liberal (concepção do Templo – atividade), onde o templo é tudo aquilo que viabiliza o culto, ou seja, o local e seus anexos, comungam dessa concepção Aliomar Baleeiro, Roque Antonio Carazza e Hugo de Brito Machado;

Teoria Moderna (concepção do Templo - Entidade), tal teoria conceitua o templo como entidade, no sentido de instituição, organização ou associação, mantenedoras do templo religioso, tem como seus defensores José Eduardo Soares de Melo, Marco Aurélio Greco e outros (BEZERRA, 2016).

Porém para se analisar por completo as imunidades referentes aos templos de qualquer culto, deve-se conceituar também o termo culto, função atribuída ao professor Eduardo Sabbag, que define em seu livro como:

(...)culto é a manifestação religiosa cuja liturgia adstringe-se a valores consonantes com o arcabouço valorativo que se estipula, programática teleologicamente, no texto constitucional (SABBAG, 2010, p. 319).

Portanto, pode-se concluir que o mecanismo que veda a imposição de impostos para os templos religiosos, incidirá sobre os bens imóveis utilizados para a realização de suas atividades essenciais, ou seja, não se incidirá sobre o IPTU, assim como para os veículos destinados a utilização do trabalho religioso como o IPVA, a renda dos funcionários da igreja, IR e sobre os serviços prestados pela instituição religiosa ISS.

Em outras palavras, a imunidade trata de uma forma constitucional de não incidência tributária em determinadas categorias, tratando de limitação constitucional ao poder de tributar, equiparando-se as cláusulas pétreas por sua grande relevância ao Estado. A imunidade não exclui nem suprime competências tributárias, uma vez que estas representam o resultado de uma conjunção de normas constitucionais, entre elas, as de imunidade tributária.

Como pontuado, a imunidade dos templos de qualquer culto consiste em uma manifestação de garantia material em proveito da liberdade de culto e de crenças religiosas, tendo em vista a ordem constitucional ter se pautado pela laicidade do Estado.

Assim sendo, a imunidade em voga é uma garantia que salvaguarda a liberdade de consciência e de crença e o livre exercício dos cultos religiosos, com proteção dos locais de culto e suas liturgias, sem discriminação de nenhuma espécie. De tal sorte, que o que fundamenta a imunidade é o exercício do direito fundamental à liberdade religiosa e de crença (BOMFIM, 2018).

A imunidade tributária dos templos de qualquer culto abrange os impostos que, por terem implicações econômicas, acabariam por reduzir a renda auferida pelas instituições religiosas, o que por via de consequência minaria a receita que seria destinada às atividades relacionadas ao próprio exercício religioso. Com isso, a forma pela qual as entidades religiosas compensariam a ausência de pagamento de imposto seria cumprindo sua função social com prestação de serviços à sociedade (SCALCO, 2018).

Esse aspecto é importante pois, quando observadas religiões tidas como minoritárias no Brasil, é possível inferir que a eventual incidência de determinados impostos poderia tornar-se um impedimento ao próprio exercício de culto, porquanto, a depender do valor a ser pago, tornar-se-ia excessivamente oneroso para a

instituição religiosa suportar referido ônus sem comprometer as próprias atividades litúrgicas.

Afinal, existe uma presunção de que por determinadas vezes, a receita arrecada com as contribuições voluntárias dos religiosos é revertida integralmente para a manutenção do templo, em despesas como o custeio da energia elétrica e pequenos reparos que o edifício eventualmente necessite (BOMFIM, 2018).

Para além do viés econômico é importante considerar que a referida imunidade constitucional também visa impedir que determinadas instituições religiosas ou entidades de manifestação de crenças sofram perseguições ou abusos de autoridade disfarçados pela atividade fiscalizatória/tributária.

Nesta senda, pertinente mencionar que algumas religiões brasileiras, por vezes encontram dificuldades de acesso quando requerem que a imunidade tributária seja aplicada, de modo que sobre o local de culto de tais religiões não haja incidência do IPTU (BOMFIM, 2018).

Para que se compreenda qual a abrangência da imunidade dos templos em relação às suas imunidades, necessário pensar no aspecto teológico da norma imunizante.

Da análise dos dispositivos constitucionais pertinentes à liberdade religiosa, viu-se que o Estado se compromete a assegurar o exercício dos cultos e a proteger os locais onde são praticados. Por outro lado, é vedado ao Estado estabelecer ou subvencionar cultos, bem como manter relações de aliança com seus representantes, ressalvada a colaboração de interesse público, que viria a ser mais um auxílio do culto ao Estado do que o contrário.

Assim, verifica-se que o objetivo da norma de imunidade dos templos de qualquer culto é a preservação das entidades mantenedoras dos cultos, para que não venham a ser embargadas pela atividade tributária estatal.

A imunidade tributária das atividades religiosas é sobre a não cobrança de impostos, mas é possível haver a cobrança de outros tipos de tributos, porém, nada impede que o Estado crie isenções para taxas que beneficiem as mesmas instituições, mas tais isenções poderão ser revogadas (GIMENES, 2018).

Com isso, apesar de algumas organizações religiosas fazerem mau uso da religião para enriquecimento ilícito, não se pode presumir que todos o fazem. A imunidade tributária das instituições religiosas deve acompanhar o mesmo raciocínio de que ela é para todos, não cabendo uma espécie de censura tributária à liberdade de pensamento e de palavra (GIMENES, 2018).

A imunidade dos templos de qualquer culto surgiu em razão do retorno das liberdades individuais e garantias e está presente nos textos constitucionais como forma de preservar os direitos fundamentais da liberdade de crença e culto da maneira mais ampla possível (BOMFIM, 2018).

O surgimento do instituto se deu com o advento de assegurar aos cidadãos a liberdade de crença e o livre exercício dos cultos religiosos e com o advento da Constituição Federal de 1988, no que diz respeito à tributação e ao orçamento, restou estruturado o Sistema Tributário Nacional, de modo que foi reservada a imunidade tributária dos templos de qualquer culto.

Como é sabido, a Constituição de 1988 surge em um contexto de reconquista da democracia, momento em que o Brasil foi alçado à Estado Democrático de Direito. Nesse cenário coube a implementação constitucional dos direitos fundamentais do homem, em resposta às demandas advindas da sociedade (BOMFIM, 2018).

5. TEMPLOS E CULTOS

Considerando o propósito que circunda o instituto das imunidades – qual seja o de resguardar determinado valor que seja caro à ordem jurídica e social – o presente trabalho pretende debruçar-se sobre os limites e extensão da chamada “imunidade religiosa”.

Conforme se nota, ao definir que serão imunes da incidência de impostos os chamados “templos de qualquer culto”, não apresenta maiores desdobramentos ou definições do que pode ser compreendido como templo, e tampouco como culto, ficando a cargo dos destinatários da norma fazê-lo.

Assim, em vista de elucidar os conceitos doutrinários existentes acerca das acepções de templo, cumpre anotar, conforme dito acima, que o termo “templo” permite diversas acepções semânticas, e que em razão disso, a doutrina diverge no sentido que deve ser atribuído ao vocábulo, e mais propriamente à extensão de sua acepção (MARTON, 2012).

Três são as correntes doutrinárias que procuram conceituar a palavra “templo”. A teoria clássico-restritiva, que considera templo enquanto coisa; a teoria clássico-liberal, que por sua vez, determina templo enquanto atividade, e finalmente, a teoria moderna, que carrega um entendimento de templo enquanto entidade (SABBAG, 2017, p. 427).

Principiando pela corrente doutrinária que se inclinou pela teoria clássico-restritiva (templo- coisa), este deve ser entendido e conceituado como os locais propriamente ditos em que se realizam os rituais religiosos. Para esta teoria e seus adeptos, somente o edifício em que se cumprem os cultos devem ser considerados como templos, tão e somente o local em que se realize a liturgia. Neste ensejo, Paulo de Barros Carvalho conceitua templo de maneira que “as edificações onde se realizarem esses rituais haverão de ser consideradas templos” (CARVALHO, 2013, p. 195).

Isto posto, a partir da análise de incidência e aplicabilidade da imunidade tributária no que tange aos templos de qualquer culto, a partir do prisma da teoria clássico-restritiva, a imunidade seria aplicada somente ao local físico, ao edifício propriamente dito, seja ele terreno ou prédio construído, onde se realizem os rituais litúrgicos.

Assim, estariam imunes da incidência do Imposto somente o espaço físico onde for professada aquela crença, não se estendendo ao local de residência do pároco, por exemplo, pois nos moldes desta teoria, a casa do sacerdote não é o edifício em que se cumprem os ritos litúrgicos (MARTON, 2012).

Para os doutrinadores que optam pela teoria clássico-liberal (templo-atividade), não se deve considerar templo somente o edifício propriamente dito onde se celebra a cerimônia pública, mas também as dependências contíguas desde que relacionadas com a atividade eclesial, e sem fins de exploração econômica (BALEIRO, 2006, p. 311).

Desta feita, os templos não são compreendidos apenas como os locais destinados à celebração dos cultos, mas também os anexos, entendendo-se por estes últimos locais que viabilizam o culto ou são decorrentes dele (CARRAZZA, 2007, p. 732). Disto decorre que templo, portanto, é tudo aquilo que, direta ou indiretamente, esteja ligado com a respectiva atividade religiosa.

No caso das imunidades relacionadas aos templos de qualquer culto, estas são ligadas ao sujeito, ou seja, imunidade subjetivas, que têm como principal função o reconhecimento da Constituição para com determinados entes religiosos de direito

privado, de maneira que sejam imunes a determinados tipos de tributos. Esta prática contribui indiretamente, não só para o avanço da fé, mas também para avanços sociais além do combate a diversos problemas sociais (CUNHA, 2013).

Outra solução a ser discutida é a possível extensão do controle imposto pelo art. 14 do CTN para a alínea “b” da Constituição Federal, ou seja, impor as regras de não finalidade lucrativas, a aplicação integral da renda no próprio país e o controle exercido por escrituração contábil. Tais medidas podem acarretar

em um maior reaproveitamento social e menos corrupção por parte das igrejas no país, como exemplifica a reportagem a seguir:

A Igreja Evangélica Assembleia de Deus intermediou o recebimento de pelo menos R\$ 250 mil em propinas ao presidente da Câmara dos Deputados, Eduardo Cunha (PMDB-RJ), em 2012. A acusação foi feita pela PGR (Procuradoria Geral da República) e está na denúncia feita nesta quinta-feira (20) contra Cunha ao STF (Supremo Tribunal Federal). O dinheiro seria referente a propina do esquema investigado pela operação Lava Jato (PRAZERES, 2015).

Por fim, vale lembrar da anteriormente discutida possibilidade de inclusão acerca do dízimo como cobrança de um tributo parafiscal, sendo tal medida uma forma de ajuda ao controle realizado pelo Estado, além da possibilidade de um maior incentivo do Ente Federativo para que as entidades religiosas continuem a realizar o seu trabalho social.

Por fim a teoria conhecida como “moderna” (templo-entidade), optou pela terminologia “entidade”, pois considera-se que este é o termo que mais se aproxima de uma concepção de “organização religiosa”, cujo objetivo diz respeito à manutenção dos templos, possuindo “acepção mais ampla que pessoa jurídica, indicando o próprio ‘estado de ser’, a ‘existência’, vista em si mesma.” (SABBAG, 2017, p. 321).

Conforme se nota, de acordo com essa última perspectiva, o templo abrange, não somente a construção em si, mas toda a estrutura que serve de sustentação para a continuidade da atividade litúrgica e professar a fé, como a casa do pároco, a renda advinda de eventos criados para angariar fundos para o culto, o terreno usado como estacionamento para os fiéis.

Tais informações são relevantes porque, na medida em que se compreende qual é a efetiva acepção do conceito de “templo” adotado pelo texto constitucional, melhor se percebe o alcance da imunidade religiosa ora discutida.

Com base nessa concepção moderna de templo-entidade é que o Supremo Tribunal Federal conferiu interpretação ainda mais extensiva da aplicabilidade do instituto da imunidade religiosa, de maneira que, em um caso paradigmático entendeu ser cabível o reconhecimento da imunidade nos casos em que a igreja possua lotes vagos ou até mesmo casas dadas em locação comercial.

Além da divergência acerca do conceito de “templo”, não restam dúvidas de que a Constituição Federal também deixou a cargo do intérprete desenvolver a melhor compreensão do conceito de “culto”, porquanto somente a partir dessa definição é possível aferir quais entidades ou manifestações de crença podem efetivamente se beneficiar da imunidade tributária.

Entende-se por culto “todas as formas racionalmente possíveis de manifestação organizada de religiosidade, por mais estrambólicas, extravagantes ou exóticas que sejam.” (CARVALHO, 2013, p. 195) e por mais difícil que seja conceituar o que seja “culto”, pode ser entendido que se trata de uma manifestação de religiosidade e de fé.

Considerações Finais

A presente pesquisa analisou a imunidade tributária dos templos de qualquer culto, levando em consideração aspectos como obrigação de tributar e limitações a este poder-dever, bem como a relação da liberdade religiosa com a laicidade do Estado no contexto social brasileiro. Foi possível concluir que a laicidade estatal é necessária para garantir a liberdade religiosa, mas não à imunidade tributária.

A imunidade dos templos de qualquer culto é uma regra positivada na Constituição, como uma forma de manifestação do princípio da liberdade religiosa. Por ser uma regra vinculada a um princípio, sua interpretação a ele deve ficar clara, de forma a dar aplicação ao valor.

Os métodos de interpretação sistemático e teológico permitem uma melhor compreensão da imunidade dos templos. Compreende-se que a imunidade tem como objetivo a preservação da liberdade de organização religiosa de qualquer culto, sem distinção de credo. Assim como a liberdade de crença é vasta, sem que haja limitação constitucional, o termo culto também deve ser abrangente.

É necessário observar, contudo, que a imunidade em si não deve ser considerada de forma ampla e irrestrita. O valor que fundamenta a norma é a liberdade religiosa, assim, é necessária a proteção deste valor, o que difere completamente da promoção de cultos.

Neste sentido, devem ser considerados imunes apenas o patrimônio, rendas ou serviços relacionados às finalidades essenciais da entidade. Assim, como a atividade econômica não é finalidade essencial de qualquer culto, o patrimônio, a renda ou serviço derivado de tal atividade deve ser tributado. A obtenção de dinheiro, com o objetivo de sustentar a atividade religiosa, seja na forma de dízimos ou doações dos fiéis, por outro lado, está mais ligada à prática religiosa do que ao domínio econômico, e por isso deve ser compreendida nas hipóteses de imunidade.

Faz-se importante lembrar que a falta de instrumento comprobatório de renda por parte das instituições religiosas permite com que estas encontrem uma nociva facilidade de burlar as leis e entrar em esquemas de corrupção, se fazendo necessário a criação de mecanismos de controle sobre tais instituições.

Por fim resta discutir que, com base no estudo a respeito da classificação e definição do termo “qualquer culto” com relação ao surgimento, classificação e a forma como estas instituições se encontram atualmente, pode-se notar que estas instituições são fundamentadas nos mesmos princípios de uma religião, como por exemplo a busca pela sabedoria e pelo real conhecimento, possuindo diversas características similares a de uma religião, como a união de pessoas que se consideram com uma mesma forma de pensar, agir ou sentir, sendo respeitados os valores morais e a liberdade.

A imunidade conferida aos templos se reveste de um caráter social. Assim, torna-se possível o desenvolvimento de atividades sociais que o Estado não consegue por si só realizar, o que vai ao encontro com o postulado da dignidade da pessoa humana.

Dito isso, a interpretação da imunidade dos templos de qualquer culto que melhor se insere no sistema constitucional é a que abarca pela imunidade tão somente o patrimônio, rendas e serviços intrinsecamente relacionados às finalidades dos cultos, ou seja, que sejam oriundos ou sejam destinados à prática da atividade religiosa.

Referências

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

BEZERRA, Alexandre Ribeiro. **A imunidade tributária dos templos de qualquer culto**, 2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/53746/a-imunidade-tributaria-dos-templos-de-qualquer-culto/2>. Acesso em 10 SET. 2020.

BOMFIM, Thomé Rodrigues de Pontes. **A Eficácia Jurídica da Imunidade Tributária dos Templos de Qualquer Culto**. Revista Eletrônica Direito e Conhecimento, n. 3, v. 1, 2018, Jan./Jun./2018, Arapiraca/AL. Cesmac Faculdade do Agreste. ISSN 2526-4745. Disponível em <<https://revistas.cesmac.edu.br/index.php/dec/issue/view/45>>

BRASIL. *Constituição Federal, de 5 de outubro de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 5 set. 2020.

BRASIL. *Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172Compilado.htm. Acesso em: 5 set. 2020.

CARRAZA, Rogue Antônio. *Curso de Direito constitucional tributário*. 22. ed. São Paulo, Malheiros, 2008.

CARVALHO. Paulo de Barros. **Direito Tributário: linguagem e método**. 5. ed. São Paulo: Noeses, 2013. ISBN 9798599349205

CAVALCANTI, João Barbalho Uchôa. **Constituição Federal Brasileira (1891) [comentada]**. Brasília, Senado Federal, 2002.

CUNHA, Rafael Araujo. **Imunidades tributárias: as imunidades dos templos de qualquer culto**, 2013. Disponível em: www.direitonet.com.br/artigos/exibir/7985/Imunidades-tributarias-as-imunidades-dos-templos-de-qualquer-culto. Acesso em: 5 out. 2020.

GIMENES, Nilson Roberto da Silva. **Imunidade Tributária das Instituições Religiosas**. Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife, [S.l.], v. 90, n. 2, p. 72-95, Jul.-dez. 2018. ISSN 2448-2307. Disponível em: <<https://periodicos.ufpe.br/revistas/ACADEMICA/article/view/234661>>.

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.

LEAL, Marcello. **Isenção**: natureza jurídica e requisitos para sua concessão, 2013. Disponível em: <https://marcelloleal.jusbrasil.com.br/artigos/121943059/isenca-natureza-juridica-e-requisitos-para-sua-concessao>. Acesso em 5 set. 2020.

MACHADO, Hugo de Brito. **Fundamentos do Direito Tributário**. 36. Ed. São Paulo, Malheiros, 2015.

MACHADO, Hugo de Brito. **Imunidade e isenções**, 1999. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/1302/imunidades-e-isencoes>. Acesso em 5 SET. 2020.

MARTON, Ronaldo Lindimar José. **A Lei Complementar e a Regulação da Imunidade Tributária dos Templos de Qualquer Culto**. RVMD, Brasília, V. 6, nº 2, p. 349-376, Jul-Dez, 2012. ISSN 1980-8860. Disponível em: <<https://portalrevistas.ucb.br/index.php/rvmd/article/view/3736>>

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

MAZZA, Willieme Parente. **A diferença entre imunidade tributária, isenção e não incidência**, 2011. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/diferen%C3%A7a-entre-imunidade-tribut%C3%A1ria-isen%C3%A7%C3%A3o-e-n%C3%A3o-incid%C3%Aancia>. Acesso em 6 out. 2020.

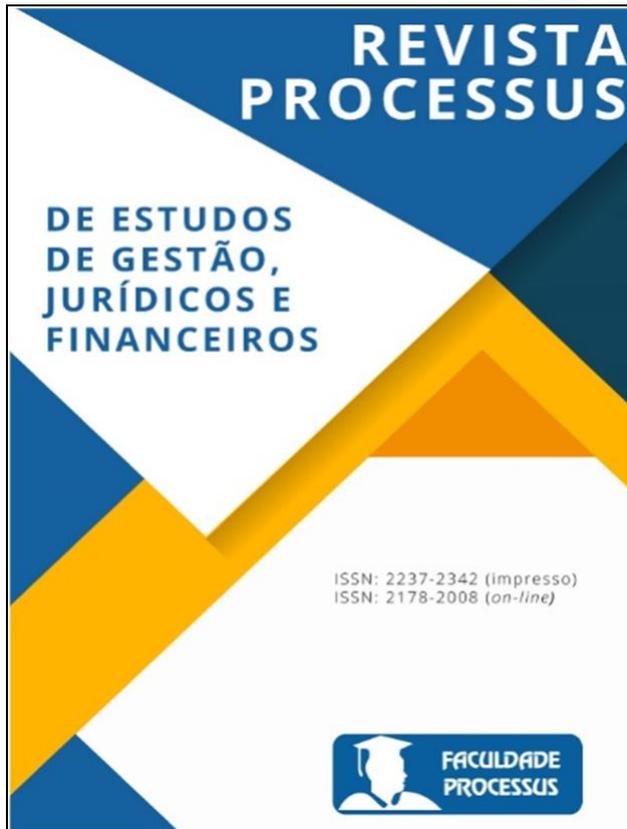
PRAZERES, Leandro. **Cunha recebeu propina por meio da Assembleia de Deus, diz PGR**, 2015. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2015/08/20/cunha-recebeu-propina-por-meio-da-assembleia-de-deus-diz-pgr.htm>. Acesso em: 1 out. 2020.

STRUECKER, Klaus Almeida. **A Imunidade Tributária e seus Aspectos Legais**. Tributário: Revista Digital, Volume 21, Número 72, setembro de 2020. [on-line]. São Paulo: Tributário, setembro 2020. Disponível em:<<https://tributario.com.br/astklausast/a-imunidade-tributaria-e-seus-aspectos-legais/>> ISSN: 1676-4404

SCALCO, Lauren Lautenschlager. **A Imunidade Tributária dos Templos em Face da Liberdade Religiosa e da Laicidade do Estado no Atual Contexto Social Brasileiro**: Revista Jurídica, v.18, n. 1, jan-jun. 2018, p. 01-18. Disponível em: <<http://periodicos.unievangelica.edu.br/revistajuridica/>> ISSN: 2236-5788

SILVA JUNIOR, Nilson Nunes da. **Liberdade de crença religiosa na Constituição de 1988**, 2010. Disponível em: www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7101. Acesso em 5 set. 2020.

TAVARES, Alexandre Macedo. **Fundamentos de direito tributário**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.



**Revista Processus de Estudos de
Gestão, Jurídicos e Financeiros**

ISSN: 2237-2342 (impresso)

L-ISSN: 2178-2008 (on-line)

Tramitação editorial:

Data de submissão: 15/10/2020

Data de aceite definitivo: 09/11/2020

DOI: <https://doi.org/10.5281/zenodo.4289430>

Data de publicação: 24/11/2020.

A MEDIAÇÃO COMO INSTRUMENTO PARA A JUSTA SOLUÇÃO DE CONFLITOS¹

THE MEDIATION AS INSTRUMENT FOR THE FAIR SOLUTION OF CONFLICTS

Carolina Fuss²

Andréa Barcat Nogueira de Freitas³

Resumo

O tema deste artigo é a mediação como efetiva atividade socioprofissional, sendo uma alternativa na resolução de conflitos. Investigou-se o seguinte problema: “A mediação possui modelos específicos de atuação?”. Cogitou-se a seguinte hipótese “Diante do novo cenário apresentado, é crucial formatar e capacitar uma nova ordem na advocacia que esteja pronta para assessorar com tecnicidade suficiente aqueles que fazem essa opção”. O objetivo geral é “buscar a promoção do diálogo”. Os objetivos específicos são: “Buscar a assistência dos conflitos por terceiros fora da causa, que devem encaminhar propostas com imparcialidade e procurar que as partes as resolvam.”; “capacitar as partes que estejam inseridas na contenda para que possam liderar o diálogo frente ao conflito e promover

¹ Este artigo contou com a revisão linguística de Hiandra Souza Pereira, formada em Letras

² Mestra em Psicologia Social, do Trabalho e das Organizações (Psto) pela Universidade de Brasília (2014); CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7696702048392542>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-0804-4537>, E-mail: carolinafussi@gmail.com.

³ Psicóloga e Docente do Curso de Direito, Faculdade Processus (2019). CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9955974730256799>, Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-2463-6674> E-mail: andreabarcat@gmail.com.

assim a resolução do problema”; “a solução extrajudicial dos conflitos”. Este trabalho é importante para um operador do Direito devido à limitação imposta pelo modelo jurídico tradicional; para a ciência, é relevante pois o dissenso sendo tornado em consenso, e tendo como fundamento a visão positiva dos interesses contrariados, configura respostas satisfatórias às crescentes demandas sociais apresentadas nas relações humana e agrega à sociedade pelo fato de apresentar novas possibilidades de atuação alternativa na administração de conflitos, onde a cultura do litígio abre espaço para voltar ao diálogo e à possibilidade de chegar a um acordo. Isso ocorre porque a mediação tende a facilitar essa possibilidade entre as várias partes existentes, dando o suporte técnico necessário ao Judiciário, uma vez que muitos conflitos podem ser solucionados pelas mesmas. Trata-se de uma pesquisa qualitativa teórica com duração de seis meses.

Palavras-chave: Conflito. Mediação. Diálogo. Extrajudicial. Acordo.

Abstract

The theme of this article is mediation as an effective socio-professional activity, being an alternative in conflict resolution. The following problem was investigated: "Does mediation have specific models of performance?". The following hypothesis was considered "In view of the new scenario presented, it is crucial to format and train a new order in law that is ready to advise those who make this option with sufficient technicality". The general objective is to "seek to promote dialogue". The specific objectives are: "Seek assistance from conflicts by third parties outside the cause, who must submit proposals with impartiality and seek that the parties resolve them."; "To enable the parties that are part of the dispute so that they can lead the dialogue in the face of conflict and thus promote the resolution of the problem"; "The out-of-court solution to conflicts". This work is important for an operator of the Law due to the limitation imposed by the traditional legal model; for science, it is relevant because the dissent being made in consensus, and having as a basis the positive view of contradicted interests, it configures satisfactory responses to the growing social demands presented in human relations and adds to society by presenting new possibilities of alternative action in conflict management, where the culture of litigation opens space to return to dialogue and the possibility of reaching an agreement. This is because mediation tends to facilitate this possibility between the various existing parties, providing the necessary technical support to the Judiciary, since many conflicts can be resolved by them. This is a qualitative theoretical research lasting six months.

Keywords: Conflict. Mediation. Dialogue. Extrajudicial. Wake up.

Introdução

A Mediação produz novos entendimentos e configura um procedimento educativo e facilitador de tomadas de decisões sem interferência de terceiros. O método consensual de resolução de disputas pode apoiar o judiciário, pois a mediação, como instrumento, abraça o conflito como uma possibilidade positiva para a evolução social.

Dessa forma, procuramos analisar a mediação como atividade socioprofissional alternativa de resolução de conflitos, preconizando um meio eficaz, construtivo e autêntico de regulação social, com múltiplas formas de abordagem através da relação estabelecida entre um real conflito e a busca de uma solução pacífica, podendo ser aplicável nos mais diversos campos de

atuação, com diferentes modelos de intervenção. (CUNHA e MONTEIRO, 2017, p. 199)

Independentemente das circunstâncias que a delimitam, simultaneamente, à sua epistemologia e para sua pragmática, a mediação defende, sem exceção, o enaltecimento dos indivíduos que a buscam e a alteração das premissas do conflito inicial a um acordo que se pretende construir em conjunto através de seus personagens intervenientes. Muitas e variadas questões podem alcançar a devida resolução em suas lides e isso é o que nos propomos debater. O conflito é costumeiramente compreendido como algo prejudicial ao contexto de um indivíduo. Um momento instável, de sofrimento psíquico, de angústia pessoal, o qual dificilmente seria percebido como momento de conquistas e possíveis transformações (SALLES, 2011, p. 49).

Como consequência e sem qualquer pretensão de esgotar o assunto, este trabalho pretende apontar como os institutos de autocomposição estão sendo compreendidos e efetivamente utilizados pelos profissionais do direito em suas formas menos controversas de conflito, buscando não apenas a celeridade da solução, mas principalmente a desconstrução do impasse. Dessa forma, é possível verificar, através da retomada do

diálogo e até do relacionamento anterior à luta, o advento de leis e normas regulatórias dos meios apropriados de solução de conflitos, se nossos operadores do Direito estão sendo preparados para se apresentarem como formuladores de soluções e não apenas como fomentadores do litígio, visto que a cultura só pode ser modificada através das ações, com a compreensão de que fazendo o novo, eliminando o conflito e abrindo canais de comunicação, todos ganham. A função básica das leis é a de ordenar que os seres humanos coexistam e coordenem os interesses da vida social, resolvam os conflitos que surjam e busquem o equilíbrio das relações existentes. Com a cultura de longa data em nossa sociedade de transformar conflitos de interesse em disputas processuais, os cidadãos acreditam que é somente através da justiça comum que a paz social pode ser alcançada. Como regra, o cliente desconfia de qualquer proposta de conciliação, parecendo que o advogado, por conveniência, trai sua missão (ACQUAVIVA, 2011, p. 41).

Nesse contexto holístico de pacificação, onde à medida que os litigantes se tornam os verdadeiros protagonistas da própria construção de sua estrutura relacional, a mediação aposta fortemente no presente, separando os mediados da história passada (muitas vezes ainda muito recente, e que por vezes, mantém a ruptura e a disfuncionalidade entre eles) e, portanto, do conflito. Esse contexto emocional torna-se um círculo vicioso de reprodução compulsiva em que as pessoas às vezes entram facilmente.

Esforços têm sido realizados por advogados e profissionais de diferentes áreas, visando alcançar meios e formas que permitam uma melhor equação entre a previsão e a garantia de direitos na legislação, bem como o acesso efetivo ao exercício de tais 4 premissas no cotidiano, nas vidas de pessoas e instituições. Confrontado com o modelo jurídico tradicional, que não é suficiente para fornecer respostas satisfatórias às crescentes necessidades sociais e às dificuldades encontradas pelo judiciário como possível gerenciador de conflitos, faz-se necessário considerar outras maneiras de alcançar a auto-organização das disputas judiciais, como as oferecidas pela mediação. (SILVA e ARAÚJO, 2016, p. 36).

A mediação possui modelos específicos de atuação? Cada área a ser trabalhada através dessa metodologia possui interesses e valores distintos a

serem identificados? Independentemente das circunstâncias que a delimitam, simultaneamente, à sua epistemologia e para sua pragmática, a mediação defende, sem exceção, o enaltecimento dos indivíduos que a buscam e a alteração das premissas do conflito inicial a um acordo que se pretende construir em conjunto através de seus personagens intervenientes. Muitas e variadas questões podem alcançar a devida resolução em suas lides e isso é o que nos propomos debater

O conflito é costumeiramente compreendido como algo prejudicial ao contexto de um indivíduo. Um momento de instabilidade, de sofrimento, de angústia pessoal, no qual dificilmente é percebido como um momento de possível transformação (SALLES, 2011, p. 49).

Percebemos que a Mediação, frente a limitação imposta pelo modelo jurídico tradicional, traz novas possibilidades para atuar como alternativa na administração de conflitos, onde a cultura do litígio abre espaço para voltar ao diálogo e à possibilidade de chegar a um acordo. Isso ocorre porque a mediação facilita essa possibilidade entre várias partes existentes, dando o suporte necessário ao Judiciário, uma vez que muitos conflitos podem ser solucionados pelas mesmas. O dissenso sendo tornado em consenso, e tendo como fundamento a visão positiva dos interesses contrariados, surgem através da cooperação mútua e contando com a participação do mediador como facilitador dessa comunicação, respostas satisfatórias às crescentes demandas sociais apresentadas nas relações humanas.

Esse projeto de pesquisa se justifica no atual cenário sóciopolítico-econômico, considerando a jurisdição, que é a alma do Estado Democrático de Direito, e os meios de resolução de conflitos que resolvem as disputas mais inflexíveis, onde as partes geralmente não precisam de contradições, ampla defesa, duplo grau de jurisdição, entre outras garantias processuais. Na maioria das vezes, os litigantes precisam tão somente serem ouvidos e expressarem o que pensam, além de desabafar suas emoções. Muitas vezes vemos nas disputas de direito da família, a busca pelo judiciário para aliviar a mágoa causada pelo rompimento de um casamento, a infidelidade em um relacionamento afetivo. Os litigantes precisam do Estado para dizer quem está certo ou para promover um diálogo entre eles? Este é o objetivo principal da mediação: buscar a promoção do diálogo.

Nesse sentido, a mediação não é apenas um meio de otimizar o judiciário no sistema judicial, mas também pode promover o desenvolvimento econômico e a rapidez dos procedimentos, além de coordenar a vida social. Portanto, a democracia e o Estado de Direito devem promover a mediação, não apenas no campo judicial, mas também no extrajudicial, a fim de alcançar a dignidade humana e, assim, construir uma sociedade justa e sólida.

O entendimento do método utilizado busca alcançar a eficácia do caminho proposto até o ponto final do estudo. Portanto, não deve ser confundido com conteúdo (teoria) ou processo (métodos e técnicas). Assim, a metodologia vai além da descrição dos procedimentos a serem utilizados na pesquisa, indicando a escolha teórica feita pelo pesquisador para abordar o objeto de estudo. A pesquisa bibliográfica é realizada a partir do levantamento de referências teóricas já analisadas e publicadas por meios escritos e eletrônicos. Qualquer trabalho científico começa com o levantamento da bibliografia a ser utilizada, que permitirá ao pesquisador saber o que foi estudado sobre o assunto. No entanto, existem pesquisas científicas baseadas apenas em pesquisa literária, onde referências

teóricas publicadas coletam informações e conhecimentos iniciais sobre o tema a ser discutido (FONSECA, 2002, p. 32).

Este projeto de pesquisa se desenvolveu em 04 (quatro) meses, sendo dividido em 03 (três) etapas: A primeira constituída pelo levantamento e devida revisão bibliográfica, acerca do tema em comento. A leitura e análise dos conteúdos a serem utilizados de forma especificada, comportam a segunda etapa. A terceira e última etapa diz respeito à elaboração do projeto em si, dada as condições determinadas para a montagem do texto a ser entregue. É importante esclarecer que surgiram imprevistos decorrentes de dificuldade de acesso ao novo formato de orientação oferecido pela Instituição, fato este que gerou possibilidade de dilação do prazo de entrega do presente trabalho.

A pesquisa qualitativa não se preocupa com a representação numérica, mas com o aprofundamento da compreensão do tema apresentado. Possui também características que correspondem às necessidades do estudo abordado, pois envolve amostras pequenas, que não precisam ser representativas de grandes populações, e considera a correta compreensão e definição do problema e dos objetivos da pesquisa como parte dos dados a serem pesquisados. Pesquisadores que adotam a abordagem qualitativa se opõem ao pressuposto de que defendem um modelo único de pesquisa para todas as ciências, uma vez que as ciências sociais têm especificidade, o que pressupõe sua própria metodologia. Assim, pesquisadores qualitativos rejeitam o modelo positivista aplicado ao estudo da vida social, uma vez que o pesquisador não pode fazer julgamentos ou permitir que seus preconceitos e crenças contaminem a pesquisa. (GOLDENBERG, 1997, p. 34).

Etimologicamente, metodologia é o estudo da organização, que é o caminho seguido pela pesquisa ou estudo. Refere-se assim à organização e aos tipos propostos para um estudo sistemático. Entendemos que desenvolver um projeto de pesquisa ou artigo científico necessita a busca de muitos subsídios para essa tarefa, e essa preparação envolve a leitura do tópico a ser investigado e da metodologia de pesquisa a ser usada. Na abordagem qualitativa, um informante não pode ser considerado apenas representativo da cultura estudada, pois os fenômenos observados com os sujeitos assumem uma cor diferente de acordo com sua história pessoal. Assim, o que levantamos são, talvez, situações que não são constantes, mas pelo menos recorrentes, de diferentes casos, em que a análise nos permitirá fazer aparecer uma unidade. (GERHARDT, 2009, p. 103).

O entendimento do método utilizado busca alcançar a eficácia do caminho proposto até o ponto final do estudo. Portanto, não deve ser confundido com conteúdo (teoria) ou processo (métodos e técnicas). Assim, a metodologia vai além da descrição dos procedimentos a serem utilizados na pesquisa, indicando a escolha teórica feita pelo pesquisador para abordar o objeto de estudo.

A pesquisa bibliográfica é realizada a partir do levantamento de referências teóricas já analisadas e publicadas por meios escritos e eletrônicos. Qualquer trabalho científico começa com o levantamento da bibliografia a ser utilizada, que permitirá ao pesquisador saber o que foi estudado sobre o assunto. No entanto, existem pesquisas científicas baseadas apenas em pesquisa literária, onde referências teóricas publicadas coletam informações e conhecimentos iniciais sobre o tema a ser discutido. Foram selecionados cinco artigos científicos, extraídos de busca realizada no Google Acadêmico a partir das seguintes palavras-chave conflito, mediação, diálogo, extrajudicial e acordo.

A pesquisa qualitativa não se preocupa com a representação numérica, mas com o aprofundamento da compreensão do tema apresentado. Possui também características que correspondem às necessidades do estudo abordado, pois envolve amostras pequenas, que não precisam ser representativas de grandes populações, e considera a correta compreensão e definição do problema e dos objetivos da pesquisa como parte dos dados a serem pesquisados. Pesquisadores que adotam a abordagem qualitativa se opõem ao pressuposto de que defendem um modelo único de pesquisa para todas as ciências, uma vez que as ciências sociais têm especificidade, o que pressupõe sua própria metodologia. Assim, pesquisadores qualitativos rejeitam o modelo positivista aplicado ao estudo da vida social, uma vez que o pesquisador não pode fazer julgamentos ou permitir que seus preconceitos e crenças contaminem a pesquisa. (GOLDENBERG, 1997, p. 34).

Etimologicamente, metodologia é o estudo da organização, que é o caminho seguido pela pesquisa ou estudo. Refere-se assim à organização e aos tipos 7 propostos para um estudo sistemático. Entendemos que desenvolver um projeto de pesquisa ou artigo científico necessita a busca de muitos subsídios para essa tarefa, e essa preparação envolve a leitura do tópico a ser investigado e da metodologia de pesquisa a ser usada. Na abordagem qualitativa, um informante não pode ser considerado apenas representativo da cultura estudada, pois os fenômenos observados com os sujeitos assumem uma cor diferente de acordo com sua história pessoal. Assim, o que levantamos são, talvez, situações que não são constantes, mas pelo menos recorrentes, de diferentes casos, em que a análise nos permitirá fazer aparecer uma unidade. (GERHARDT, 2009, p. 103).

A Mediação Como Instrumento Para a Justa Solução de Conflitos.

O presente estudo acadêmico avalia as mudanças e as novidades sócio-comportamentais, a partir do advento de novas leis. Refere-se às possibilidades que surgem através de novos meios para solução adequada de conflitos, questionando o que seria considerado um novo modelo em termos normativos para composição de disputas (WATANABE, 2014, p. 36).

Vivemos em uma sociedade com uma cultura profundamente arraigada em transformar conflitos sociais em litígios jurídicos. Primitivamente prevalecia a autotutela, onde a justiça era aplicada pelas próprias partes envolvidas no conflito, que acabava por ser solucionado com a imposição da vontade do mais forte. Com a evolução para o monopólio da jurisdição do Estado, coube a este dizer o Direito e, portanto, dirigir a conduta humana na vida social, normatizando o agir humano para que cada pessoa tenha o que lhe é justo. (WATANABE, 2014, p. 36)

Dessa forma, ainda prevalece o pensamento de teóricos e práticos no Direito de que as partes são adversárias e que as disputas devem ser resolvidas por um terceiro imparcial com a aplicação da lei abstrata ao caso concreto, observando assim um fenômeno denominado de “cultura da sentença”, onde os tribunais preferem que os juízes julguem em vez de procurar uma possível solução amistosa e justa de disputas, porque é mais fácil e mais confortável para terceiros decidir sua disputa do que resolvê-la através do diálogo e retorno da relação existente anterior ao conflito. (WATANABE, 2014, p. 39).

Assim, na concepção formal de autocomposição de litígios, um sistema fortemente marcado pela supremacia judicial, verificamos a consolidação de

formas alternativas de resolução de disputas como uma instância pacificadora de conflito social. A dinâmica que passa pelo processo de administração da justiça nos sistemas atuais, compreende o valor da autocomposição na construção do direito de acesso à justiça, e é o escopo deste assunto, que para esse fim, dá ênfase especial à mediação como procedimento capaz de responder efetivamente a conflitos emergentes em várias nuances sociais e comunitárias.

A mediação também é apresentada como um processo democrático e emancipatório, na medida em que ilumina, facilita e ajuda a extrair diferenças e tomar decisões sem que outros tenham que intervir. Nessa perspectiva, entende que a mediação é alternativa para conceber conflitos como uma possibilidade positiva de evolução social e quebra os quadros de referência hierarquicamente ordenados, determinados pelo conjunto normativo, ignorando a complexidade dos conflitos. (SILVA e ARAÚJO, 2016, p.21).

A mediação é também um dos meios mais controversos de resolução de conflitos e suscita divergências doutrinárias, principalmente quanto à representação da mesma por advogados. A mediação ainda encontra alguma resistência por parte de advogados e desconhecimento das pessoas para recorrerem a este meio alternativo extrajudicial. (SILVA e ARAÚJO, 2016, p.29).

O mediador deve ser prudente, cauteloso e diligente, consistente com o princípio da autoridade do mediador. Deve ter a capacidade de mediar o diálogo entre as partes e garantir a qualidade dos processos e resultados. Se um mediador está constantemente melhorando, ele deve ser qualificado e treinado para usar técnicas de mediação apropriadas.

O mediador não deve permitir que as partes discutam com raiva e ódio; ele deve ser capaz de acalmar as partes para que elas possam usar a razão e os bons sentimentos. Na maioria dos casos, a maior responsabilidade do mediador é ouvir essas partes e ajudá-las a expor de forma clara emoções e sentimentos existentes na demanda. (SILVA e ARAÚJO, 2016, p.33).

Diante do novo cenário apresentado e que incentiva a mediação como método de resolução de conflitos, é crucial formatar uma advocacia que esteja pronta para assessorar aqueles que fazem essa opção. O papel do advogado, presente e atuante na mediação é crucial e deve ocorrer em todas as suas etapas, desde a escolha do método até o término do contrato.

Em muitos casos, a prática do advogado começará antes mesmo da escolha do método. Isso ocorre porque as pessoas ainda estão acostumadas a litígios em processos judiciais e geralmente procuram seus advogados antes de iniciar qualquer procedimento de solução de controvérsias. Muitas vezes, eles nem sabem ou ouviram falar de diferentes métodos de procedimentos judiciais. (ALMEIDA e PANTOJA, 2015, p. 37)

Portanto, é inevitável que o advogado entre em contato primeiro com o cliente e faça todos os esclarecimentos necessários sobre a maneira como o conflito é resolvido, apontando suas vantagens e o impacto legal das muitas soluções possíveis para o conflito e controvérsia.

O sucesso da mediação dependerá do advogado. Como resultado, a parte incentiva o papel dos advogados na mediação, especialmente nas etapas finais do processo, construindo consensos, que podem ter duração reduzida e podem ser aprovados pelo tribunal. (ALMEIDA e PANTOJA, 2015, p. 42)

Vale ainda dizer que o advogado que esteja bem preparado para uma sessão de mediação, será tão relevante quanto ter conhecimento para dominar uma audiência judicial: Apenas como uma atuação diferente. Na sessão de

mediação o advogado adotará postura colaborativa às partes e não combativa a outro patrono, principalmente dada a escolha do método ter sido uma opção consciente e estratégica do caminho a seguir.

Como vimos, embora o objetivo do sistema seja capacitar as partes para que possam liderar as possibilidades de diálogo, apesar do conflito, e promover sua resolução do problema, a presença do advogado, torna-se figura indispensável para a administração da justiça, permanecendo assim de fundamental importância. Assim, a mediação passou a contribuir para o moderno desempenho do direito como ferramenta enriquecedora aos serviços oferecidos pelos advogados. (BACELLAR, 2012, p.132)

Atualmente, temos um grande ônus de demandas que aguardam resolução do judiciário, causadas, entre outros fatores, por aumento da demanda processual, busca de acesso à justiça pela sociedade civil, falta de condições materiais, proteção judicial efetiva, entre outros fatores. Contribuições sociais da chamada “lentidão da justiça”, que acaba resultando no não cumprimento de direitos e insatisfação pública.

Sabendo que a verdadeira intenção da mediação é oferecer opção para encerrar demanda litigiosa, os advogados precisam utilizar essa alternativa como ferramenta para desenvolver um trabalho que seja diferenciado e de excelência, incentivando cada vez mais seus clientes, as partes, a participar de métodos consensuais de resolução de conflitos. (BACELLAR, 2012, p.153)

O advogado, deve fundamentalmente ter o conhecimento adequado nesse meio alternativo para aconselhar seu uso e preparar o cliente, além de esclarecer todas as suas dúvidas. Portanto, ao aconselhar esses meios alternativos de solução de controvérsias, deve esclarecer seu cliente sobre os mesmos, ou seja, deve explicar os procedimentos e suas particularidades que o distinguem do processo judicial tradicional, expondo os pontos fortes e fracos, destacando os obstáculos que possam surgir.

A autocomposição pode ser dividida e apresentada em três formas clássicas, de acordo com a doutrina majoritária. Nesse sentido, no caso de interesses materiais, a composição automática é permitida em uma das seguintes áreas: transação, submissão ou resgate, que podem ser processuais ou não processuais. A autocomposição, que é vista como uma solução para o conflito por um dos candidatos que concorda espontaneamente em sacrificar seu interesse próprio, seja no todo ou em parte, pelo bem dos outros, torna-se a solução altruísta para a disputa. Essa abordagem alternativa reporta à possível cessação da exclusividade do Estado na resolução de conflitos e pode ser aplicada dentro ou fora do processo judicial. (BRAGA NETO, 2008, p. 32)

Em todas essas hipóteses, surge um novo e concreto preceito jurídico, nascido da vontade e interesse das partes, substituindo e validando a vontade da lei, normalmente derivada do encontro de fatos concretos com a norma abstrata contida na lei objetiva. Neste procedimento, dentre os principais objetivos adotados, é possível citar a solução extrajudicial dos conflitos.

No entanto, apesar de sua importância, deve-se enfatizar que esse não deve ser o único fundamento a ser perseguido na mediação de conflitos. Outros pontos a serem abordados: a gestão dos conflitos, que efetivamente permitirá o tratamento adequado do problema percebido, bem como a manutenção dos vínculos emocionais existentes entre as partes, como a busca pela inclusão, pacificação social e social. (BRAGA NETO, 2008, p. 48)

O principal campo de ação da mediação são as relações continuadas, nas

quais, após a resolução do conflito, as partes manterão laços de longo prazo. Estão presentes em várias áreas, como família, trabalho, empresa e direito relacionado. No entanto, nada impede o praticante de resolver disputas ocasionais aplicando técnicas de mediação para substituir ou complementar a conciliação ou negociação entre litigantes.

Da mesma forma, é possível que o advogado mediador busque a prevenção de conflitos, por exemplo, quando se reúnem representantes de empresa e funcionários na busca de favorecer as condições de trabalho. Conflitos deslocados, mal-entendidos e falsos conflitos são frequentemente encontrados onde a via extrajudicial é a maneira mais adequada para tratar a solução, porque a imposição do Judiciário nem sempre é o caminho certo a ser seguido para resolver mais que disputas, como também os sentimentos, afeto e privacidade dos envolvidos.

Os conflitos do direito da família costumam trazer emoções, ressentimentos e sentimentos não resolvidos de uma união em decomposição. Elas envolvem amor, um amor traído, um amor que desaparece, um amor que se dissolve ou um amor não correspondido que causa mágoa e, portanto, precisa de um tratamento mais delicado. Faz-se necessário trabalhar com as partes em outra perspectiva, em outra abordagem, onde o foco esteja no ser humano. (SOARES, 2001, p.2)

À sombra do apresentado até agora, existe o cuidado de observar que no contexto da mediação, o zelo por parte do mediador em facilitar a comunicação e restaurar o diálogo perdido entre as partes, de modo a possibilitar uma comunicação pacífica e eficaz, é fator essencial. “O ato de falar (ou seja, não apenas falando, mas ouvindo) e ser capaz de ficar frente ao problema com outra visão e de novas maneiras, ajuda os envolvidos a encontrarem a melhor forma de resolver seus conflitos”.

Nesse sentido, verifica-se mais uma vez, a mediação é instrumento adequado para restauração e desenvolvimento do diálogo entre os envolvidos, com a ajuda e participação da comunidade, em geral, para que a disputa possa ser superada. Além da afirmação dos valores e princípios estruturais da própria democracia participativa, que desperta os cidadãos à necessidade de um papel ativo. (SOARES, 2001, p.5)

O diálogo não tem seu significado associado apenas à manutenção de uma conversa, mas à real necessidade de colocarem-se no lugar do outro, a fim de entender seu ponto de vista, respeitar as opiniões alheias, compartilhar as experiências vividas, as informações disponíveis e tolerar longas discussões para buscar um entendimento que satisfaça tanto as partes envolvidas quanto a comunidade, direta e indiretamente afetada.

A paz é fomentada quando a administração dos conflitos é resolutiva e procura promover o diálogo; quando é possível discutir direitos, deveres e responsabilidade social; quando se torna possível substituir o sentimento de concorrência inerente ao sistema contraditório estruturado no Brasil, pelo ideal de cooperação: “A busca da mediação é ser instrumento para promover a paz social e reduzir a violência. Dessa forma, a paz social é entendida como significado que vai além da inexistência de violência, seja física ou moral, passando pela necessidade de efetivar os direitos fundamentais” (SALES; ALENCAR; FEITOSA, 2009, p. 291).

De fato, a construção de um diálogo entre os envolvidos em um conflito e a pacificação social não poderá ser alcançada em comunidades onde há fome, alto desemprego, indivíduos realizando trabalho forçado ou mesmo em condições

análogas à escravidão, exploração sexual maciça de crianças, falta de moradia decente, baixos níveis de educação, precariedade na saúde, além de outros males sociais que interferem diretamente no desenvolvimento harmonioso e sustentável da sociedade, inclusive afetando a paz social. (SALES; ALENCAR; FEITOSA, 2009, p.291)

No entanto, a mediação como instrumento pacífico e participativo para a resolução de conflitos, configura justificativa pertinente ao diálogo entre as partes envolvidas acerca de seus problemas, comportamentos, direitos e deveres, e toda essa discussão é baseada em cooperação, que fortalece o compromisso ético de um diálogo honesto.

Dessa forma, uma mediação democrática, construída nos espaços de participação onde os envolvidos conseguem aprender e vivenciar a cidadania, rompe o silêncio e cria nova perspectiva de participação que ultrapassa os espaços privados da comunidade, contribuindo assim, tanto para o fortalecimento do ambiente social, como na construção civil de um Estado que propicie a integração comunitária em seus múltiplos desdobramentos. (GODÓI e CALAÇA, 2018, p. 174)

A mediação como meio alternativo e solucionador de disputas privadas, sendo informal, confidencial, voluntária e não contenciosa, onde as partes com sua participação ativa e direta são auxiliadas por um mediador na busca de uma solução negociada. e amigável ao conflito entre eles. Esse meio de autocomposição é sem dúvida um meio paradoxal e não representa uma maneira de abandonar a pessoa com sua capacidade de decidir, falar e buscar uma solução, algo que geralmente acontece em processos tradicionais. A doutrina dominante entende que não é um meio autônomo, porque a mediação também usa negociação e arbitragem. (MOTA, 2016, p. 36)

Como tal, é considerado também ferramenta alternativa de resolução de disputas e não um meio. É transversal a toda solução estabelecida, tornando-se assim, um meio autônomo em relação a todos os outros. A mediação pode ser integrada ao sistema de justiça de várias maneiras, podendo ser estabelecida – como foi feito recentemente em alguns estados alemães - ou sistemas opcionais de mediação voluntária. Existe ainda a possibilidade de que a mediação seja inserida nos tribunais - como nos Tribunais da Paz - ou extrajudicialmente - como acontece nos sistemas públicos de mediação. (MOTA, 2016, p. 35)

Dada a inadequação do modelo jurídico tradicional em fornecer respostas adequadas e satisfatórias às crescentes demandas sociais e as dificuldades apresentadas pelo judiciário de atuar como órgão de gestão de conflitos, foi criada a necessidade de pensar em formas alternativas de resolver conflitos, como a mediação. Delineando algumas linhas gerais sobre o conflito, as crises estatais, a provisão judicial, bem como a precariedade da relação processual para perceber de modo efetivo quando este lhe é oferecido, e contribuir para o surgimento de uma decisão que possa restabelecer a harmonia social.

Este estudo argumenta que as experiências de mediação podem contribuir, em certa medida, para a conquista de um relacionamento mais humano e próximo da realidade social dos envolvidos. Verificou-se ainda que a mediação como visão de mundo, apresenta um paradigma ecológico, baseado em critérios epistêmicos de significado. (SILVA e ARAÚJO, 2016, p. 22)

A crise do Estado e Judiciário enfrentada pelos custos processuais, a possibilidade das partes, o conhecimento da lei e demanda adequada, a ação de judicializar os conflitos iniciados do surgimento de novos direitos e garantias entre

muitos outros problemas que a Justiça possui diante da aplicação de direitos e garantias, é demonstrado que métodos consensuais de solução de controvérsias podem apoiar o judiciário, pois muitos conflitos podem ser resolvidos pelas próprias partes.

Nessa obliquidade, fica claro que o acesso ao sistema jurídico equitativo é plausível, o judiciário poderá considerar e decidir questões que realmente não podem ser resolvidas pelo acordo entre as partes, dando assim aos tribunais, mais prontidão e importância, trabalhando como cone, filtro, às poucas demandas insolúveis de mediação e conciliação. (SILVA e ARAÚJO, 2016, p. 27)

As várias realidades, e as necessidades diversificadas de nossa sociedade complexa, exigem o uso de representação em várias situações. No entanto, a mediação como um instituto que favorece aos litigantes chegar a um acordo é relevante para situações hostis entre as partes, tanto no início quanto em situações em que é impossível a participação de uma das partes, onde existe a perspectiva de uma boa resolução. (SILVA e ARAÚJO, 2016, p. 32)

O papel do advogado deve então ser o de ajudar plenamente seu cliente e não apenas interferir no processo de mediação, pois esse papel deve ser exclusivo das partes. A presença do advogado não é obrigatória, uma vez que a interação entre as partes visa solucionar a disputa. Alguns mediadores admitem que a presença de advogados nem sempre é favorável, pois ainda há muita desconfiança por parte dos advogados e, além de estarem acostumados a processos muito judiciais com base na lei e não no interesse das partes.

Por fim, a mediação pode ser pré-judicial, precedendo a proposição da ação (judicial ou arbitral) ou já contemporânea do processo judicial, implicando sua suspensão. A diretiva não se posicionou sobre esta questão, permitindo no artigo 5º qualquer sistema. Uma característica essencial da mediação é o empoderamento das partes, ou seja, as partes mantêm o poder de resolver sua disputa. As partes estão no controle de todo o processo, que promove sua liberdade em vários momentos, como quando submetem a disputa à mediação, quando aceitam o acordo na mediação ou mesmo quando desistem da mediação. (VEZZULLA, 2014, p.56)

Considerações Finais

Novos entendimentos são produzidos através da mediação, que é procedimento educativo e facilitador de tomadas de decisões sem interferência de terceiros. O método consensual de resolução de disputas pode apoiar o judiciário, pois a mediação abraça o conflito como uma possibilidade positiva para a evolução social.

Os institutos de autocomposição ao serem compreendidos e efetivamente utilizados pelos profissionais do direito em suas formas menos controversas de conflito, buscam não apenas a celeridade da solução, mas principalmente a desconstrução do impasse. Dessa forma, é possível verificar, através da retomada do diálogo e até do relacionamento anterior à luta, o advento de leis e normas regulatórias dos meios apropriados de solução de conflitos, se nossos operadores do Direito estão sendo preparados para se apresentarem como formuladores de soluções e não apenas como fomentadores do litígio, visto que a cultura só pode ser modificada através das ações, com a compreensão de que fazendo o novo, eliminando o conflito e abrindo canais de comunicação, todos ganham.

Considerando que a mediação possui modelos específicos de atuação e que cada área a ser trabalhada através dessa metodologia possui interesses e valores distintos a serem identificados, possui circunstâncias específicas que a delimitam, simultaneamente, frente à sua epistemologia e para sua pragmática, a mediação defende, sem exceção, o enaltecimento dos indivíduos que a buscam e a alteração das premissas do conflito inicial a um acordo que se pretende construir em conjunto através de seus personagens intervenientes.

Nesse contexto holístico de pacificação, onde à medida que os litigantes se tornam os verdadeiros protagonistas da própria construção de sua estrutura relacional, a mediação aposta fortemente no presente, separando os mediados da história passada (muitas vezes ainda muito recente, e que por vezes, mantém a ruptura e a disfuncionalidade entre eles) e, portanto, do conflito. Esse contexto emocional torna-se um círculo vicioso de reprodução compulsiva em que as pessoas às vezes entram facilmente.

Percebemos que a Mediação, frente à limitação imposta pelo modelo jurídico tradicional, traz novas possibilidades para atuar como alternativa na administração de conflitos, onde a cultura do litígio abre espaço para voltar ao diálogo e à possibilidade de chegar a um acordo. Isso ocorre porque a mediação facilita essa possibilidade entre várias partes existentes, dando o suporte necessário ao Judiciário, uma vez que muitos conflitos podem ser solucionados pelas mesmas. O dissenso sendo tornado em consenso, e tendo como fundamento a visão positiva dos interesses contrariados, surgem através da cooperação mútua e contando com a participação do mediador como facilitador dessa comunicação, respostas satisfatórias às crescentes demandas sociais apresentadas nas relações humanas.

Vale ressaltar a importância da mediação em várias áreas do direito, e por meio desta revisão, poderemos ver se existe um mecanismo próximo ao judiciário que permita às partes entender melhor seus problemas e alcançar um consenso eficaz e produtivo. Por certo estabelecer a mediação como única possibilidade para resolver o problema é inapropriado, sendo assim, torna-se injustificável seu uso em alguns casos, caso contrário, as partes estariam recebendo a responsabilização exclusiva para a solução de problemas que por vezes não é deles: A mediação deve ser buscada, não dada a lentidão do poder competente, mas sim pelos litigantes a identificarem como vantajosa para o litígio.

Esforços têm sido realizados por advogados e profissionais de diferentes áreas, visando alcançar meios e formas que permitam uma melhor equação entre a previsão e a garantia de direitos na legislação, bem como o acesso efetivo ao exercício de tais premissas no cotidiano, nas vidas de pessoas e instituições. Confrontado com o modelo jurídico tradicional, que não é suficiente para fornecer respostas satisfatórias às crescentes necessidades sociais e às dificuldades encontradas pelo judiciário como possível gerenciador de conflitos, faz-se necessário considerar outras maneiras de alcançar a auto-organização das disputas judiciais, como as oferecidas pela mediação. (SILVA e ARAÚJO, 2016, p. 36).

Referências

ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. **O advogado perfeito**. 2ª edição. São Paulo: Rideel, 2011. (Série prática jurídica);

ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende, PANTOJA, Fernanda Mediana. **Técnicas e Procedimento de Mediação no Novo Código de Processo Civil**. In: ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de (org). A Mediação no Novo Códigode Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2015;

BACELLAR, Roberto Portugal. **Mediação e Arbitragem**-Coleção Saberes do Direito. São Paulo. Saraiva. 2012;

BRAGA NETO, Adolfo. Alguns Aspectos Relevantes sobre a Mediação de Conflitos. In:GRINOVER, Ada Pellegrini, WATANABE, Kazuo; LAGRATA NETO, Caetano. **Mediação e Gerenciamento do Processo**. São Paulo: Atlas, 2008;

CUNHA, Pedro, MONTEIRO, Ana Paula. **Epistemologia e Prática da Mediação: Por uma Cultura de Paz**. Arquivos Brasileiros de Psicologia, vol. 69, núm. 3, 2017, pp. 199- 207 Universidade Federal do Rio de Janeiro. ISSN 0100-8692;

FONSECA, J. J. Saraiva. **Metodologia da pesquisa científica**. Fortaleza: UEC, 2002;

GERHARDT, Tatiana Engel, SILVEIRA, Denise Tolfo. **Métodos de Pesquisa**. 1ª ed. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2009. ISBN 978-85-386-0071-8;

GOLDENBERG, Miriam. **A arte de pesquisar**. Rio de Janeiro: Record, 1997;

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, (AGO/DEZ),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, (Coleção Trabalho de Curso, Vol.I);

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

GRISARD, Waldyr Filho. **A Mediação como Instrumento Eficaz na Solução dos Conflitos de Família**. Revista IOB Direito de Família, Porto Alegre, v.1, n.1, p.48, 1999;

LOPES, Francisco Ribeiro, COITINHO, Viviane Teixeira Dotto. **A Mediação como Método Educativo Para os Conflitos Escolares Envolvendo Crianças e Adolescentes**.
online.unisc.br/acadnet/index.php/article/download/16125/4019.ISSN2358-3010;

RIBEIRO, Wesllay Carlos. **A Mediação como Meio de Resolução de Conflitos na Área de Saúde**. São Paulo v.18 n.3, p. 62-76, nov. 2017./fev. 2018 n. ISSN 2316-9044;

SALES, Lília Maia de Moraes, CHAVES, Emmanuela Carvalho Cipriano. **Mediação e Conciliação Judicial - A Importância da Capacitação e de Seus Desafios**. SCIELO - Sequência nº 69 Florianópolis, July/Dec. 2014. On-line version ISSN 2177-7055;

SALES, Lília Maia de Moraes, ANDRADE, Mariana. **A mediação de conflitos como efetivo contributo ao Poder Judiciário Brasileiro**. Brasília a. 48 n 192 out/dez. 2011. ISSN 0034-835x;

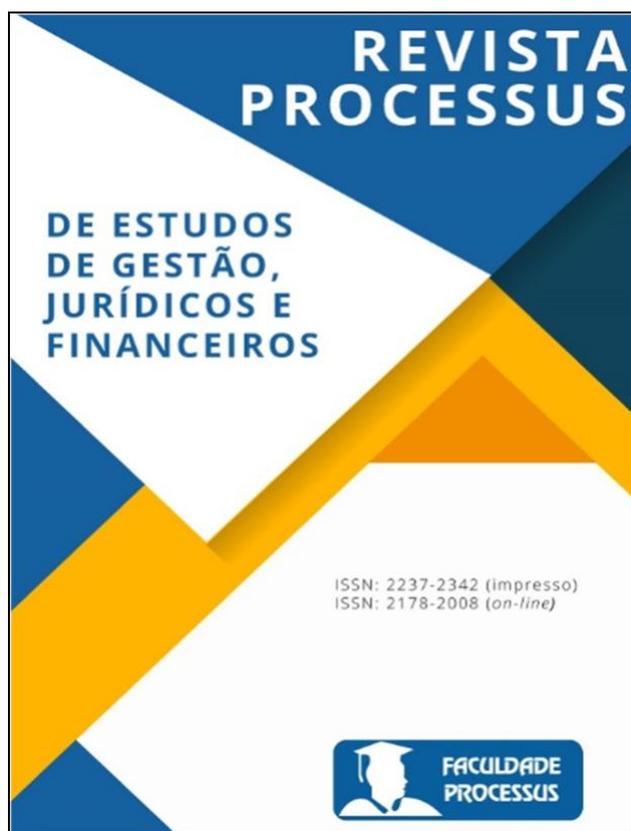
SALES, Lília Maia de Moraes, ALENCAR, Emanuela Cardoso O., FEITOSA, Gustavo Raposo. **Mediação de Conflitos Sociais, Polícia Comunitária e Segurança Pública**. Revista Sequência, nº 58, p. 281-296, jul. 2009. Disponível em: <http://www.periodicos.ufsc.br>. Acesso em 18 mar. 2016, p. 282;

SILVA, Adonias Osias, ARAÚJO, Carla Regina de Freitas. **Mediação como instrumento para Justiça da Paz**– Revista Científica Multidisciplinar Núcleo do Conhecimento. Vol. 1. Ano. 1. Março/2016, p: 21- 39 – ISSN: 2448-0959

SOARES, Ana Cristina Nassif. **Mediação Familiar: Interdisciplinaridade e Processos Conversacionais na Resolução de Conflitos**. 8º Congresso de extensão universitária da UNESP, p.1-4, 2015. ISSN 2176-9761.

VEZZULLA, Juan Carlos. **Mediação responsável e emancipadora**. Revista do Advogado. São Paulo: AASP, n. 123, p. 56-61, ago. 2014;

WATANABE, Kazuo. **Mediação como política pública social e judiciária**. Revista do Advogado. São Paulo: AASP, n. 123, p. 35-39, ago. 2014



Revista Processus de Estudos de Gestão, Jurídicos e Financeiros

ISSN: 2237-2342 (impresso)

L-ISSN: 2178-2008 (on-line)

Tramitação editorial:

Data de submissão: 12/10/2020

Data de aceite definitivo: 25/11/2020

DOI: <https://doi.org/10.5281/zenodo.4299308>

Data de publicação: 30/11/2020.

CHINA`S INCREASING INTEREST IN AFRICA: CASE STUDY OF NIGERIA

O CRESCENTE INTERESSE DA CHINA NA ÁFRICA: UM ESTUDO DE CASO DA NIGÉRIA

Olena Bandurina¹

Resumo

O artigo foca no crescente interesse da China na África: estudo de caso da Nigéria. Basicamente, o artigo concentra-se no Investimento Estrangeiro Direto da China na Nigéria, particularmente na esfera da agricultura, telecomunicações, infraestrutura e zonas de livre comércio. A pesquisa do estudo de caso levanta algumas questões de pesquisa. Ambos os lados se beneficiariam com a cooperação econômica ou apenas a China teria a vantagem? Quais são as principais oportunidades e desafios do impacto social e econômico dos investimentos chineses na Nigéria? A análise é realizada com base em estudo de caso. O estudo é baseado em diferentes tipos de dados provenientes de materiais documentados sobre as relações China-Nigéria, dados estatísticos oficiais, artigos, jornais, relatórios e entrevistas com acadêmicos neste campo. Além dessas fontes, foram consideradas informações de fontes secundárias, como monografias e artigos acadêmicos.

Palavras-chave: Investimento estrangeiro. China. África. Petróleo. Infraestrutura.

¹ Adam Mickiewicz University in Poznań, Poland. Master degree obtained in Political science and Journalism Doctorate student at Adam Mickiewicz University. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-6512-4499>. CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7563402398653852>. E-mail: oleban@st.amu.edu.pl.

Abstract

The article focuses on China's Increasing Interest in Africa: Case Study of Nigeria. Basically, the article is concentrated on the China's Foreign Direct Investment in Nigeria particularly in the sphere of agriculture, telecommunications, infrastructure and free trade zones. The case study research raises a few research questions. Would both sides benefit from the economic cooperation or would only China maybe have the upper hand? What are the main opportunities and challenges of social and economic impact of Chinese investments in Nigeria? The analysis is conducted on the basis of case study. The study is based on different kinds of data sourced from documented materials on China-Nigeria relations, official statistical data, articles, newspapers, reports and interviews with scholars in this field. Besides these sources, information from secondary sources like monographs and academic articles was taken into consideration.

Keywords: Foreign investment. China. Africa. Petroleum. Infrastructure.

China's Increasing Interest In Africa: Case Study Of Nigeria

China's deepening integration into the global economy and emergence as an economic power has seen its influence expand in Africa, reshaping political and economic relationships on the continent. China has a long history of political links in Africa, but the relatively recent growth of China's economic and security links in the region pose both challenges and opportunities that will require complex and sensitive diplomatic efforts to ensure that the interests of China, the United States, the European Union and African nations are all protected, and that a regional and global environment that promotes stability and economic growth is fostered (Thompson, 2005: 20-29).

The purpose of the particular case study is to examine the nature of Chinese investments in Nigeria and to understand how this influences economic, political and social development in the country. The study also seeks to provide the recommendations on improvement of policies to impact on social and economic development in Nigeria.

In order to conduct the case study, different kinds of data were sourced from documented materials on China-Nigeria relations, statistical graphics, articles, newspapers and various reports. Interviews were also conducted with scholars in this field, workers and representatives.

China's emerging involvement in Africa

The Chinese emerging involvement in the African continent raises a lot of question of whether or not collaboration is beneficial for African countries and their long-term goals. There is an equal bilateral relationship as between China and Africa that developing in such fast way, or impacts more people that one between China and Nigeria. China being the Asian giant going global meets the African giant who aims to become one of the world's top 20 economies.

By and large, China has the same reasons to engage in Africa as do other major foreign actors. Beijing needs African oil to diversify its energy imports in order to safeguard the sound development of its economy, and requires other natural resources to sustain manufacturing capabilities. Chinese companies, similar to their European and American counterparts, also see promising opportunities in catering to African markets. But their respective strategies naturally differ on many accounts.

Similar to any other international actors China's engagement in Africa is mainly motivated by its demand for natural resources and new markets. Beijing's activities on the continent have transformed from being purely politically and ideologically motivated into being highly affected by its economic development goals. But their respective strategies naturally differ on many accounts.

While the EU's strategy in Africa is also driven by ambitions to improve governance, tackle climate change and foster open and competitive energy markets, China is reluctant to become involved in politics and issues that it regards as sensitive. This non-interference principle deprives China of the right to deny any form of economic cooperation with potentially undemocratic governments (Hellström, 2009: 3-4).

The more China extends itself around the globe, the heavier the burden will be. While the country has deep pockets, there are economic and financial challenges at home, and if things go belly up domestically it could put strains on President Xi Jinping's ambitions. As the Chinese general Sun Tzu wrote in "The Art of War" two and a half millennia ago, "first count the cost" (Champion Leung, 2018).

As China is making symbolically clear through its high level visits and forums, it values its economic and diplomatic relations with different African countries. Trade is growing rapidly, and its composition is important – Africa now supplies 28% of China's imported oil and gas (Eisenman, Kurlantzick, 2006: 219-224).

China's economy has grown by double digits in recent years, boosted by social and economic reforms, foreign investment and a gradual opening of its banking sector. This development has forced Beijing to go abroad in search for oil, minerals and other resources. In order to secure and sustain this growth, and provide for the rising living standards and increased consumption demanded by its population, modern China needs global markets, suppliers and investment outlets, including in Africa. China is also seeking diplomatic allies, not just for its long-standing rivalry within the Republic of China, but as it engages with the processes of greater international political and economic integration. Having said this, given the widespread tendency to refer to 'the Chinese' in relation to Africa, it is worth pointing out that Chinese actors are of course diverse with at times competing and contradictory interests (Haugen, 2006).

China's investments in Africa, and trade with the continent, are growing at a breakneck pace. Between 1990 and 2006, its foreign direct investment stock grew from less than \$50 million to \$2.6 billion, according to official data (Besada, Hany, 2008: 2). Overall trade between China and African countries grew five-fold between 2000 and 2006, and passed \$100 billion in 2008. This reflects a ten-fold increase in bilateral trade in less than a decade (Wen, 2007). Sino-African trade is dominated by Chinese demand for natural resources. Four commodities – oil, iron, wood and diamonds – account for 80 percent of Africa's exports to China (Pillay, Nehru, Davies, Martyn, 2008).

Africa provides China with about one-third of its oil imports and Angola has become its largest supplier of crude oil. Arguably, due to the rapid increase of Chinese investment and trade interests in Africa, Beijing is now more dependent than ever before on stability on the continent and good relations with African governments. China continues to be an important donor to African countries, and its development aid to the continent has grown ostensibly (Hellström, 2009: 9).

Chinese companies present in Africa range from oil and mineral exploration firms to makers of textiles and household commodities. Beijing stepped up its efforts both to expand its oil imports and to diversify its oil suppliers. Moreover, China has increased its oil imports from Africa and has augmented the number of its African suppliers. In 2004, the country was reported to have oil stakes in as many as 11 African states (*Africa Energy*, 2004: 12-19). In January 2006, China's top offshore oil producer, CNOOC, agreed to pay \$2.3 billion for a 45% stake in a Nigerian oil and gas field, its largest-ever overseas acquisition (*Wall Street Journal*, 2006).

China's leading telecommunications companies have significant interests on the continent: Huawei Technologies is active in 16 African countries and ZTE Corporation has sales offices in more than 30 capitals on the continent. Almost three-quarters of China's accumulated outward foreign direct investment (FDI) in Africa is concentrated in ten

countries, with five resource-rich nations at the top: Sudan, Zambia, Algeria, Nigeria and South Africa (*Ministry of Commerce of China, 2006*).

Chinese investments in Nigeria

Nigeria is considered to be a country with the economy for potential growth, moreover, the natural resources and population makes it an attractive place for foreign investors. During the last decade, the country continues to witness the unexpected emergence of Chinese companies, many of them are largely in the manufacturing and construction sectors.

Nigeria is a democratic country with a Presidential system of Government under Federal arrangements of three tiers of Government: Federal, State and Local Government Areas. In 1960 Nigeria gained independence from Great Britain but despite numerous anti-poverty plans carried out in the country, the development aspirations have not been achieved, as more than 54% of the population living on \$1 per day.

The self-enrichment of Nigeria began after the discovery of oil in the late 1950s that came together with neglecting of other striving sectors of the economy like manufacturing and agriculture. According to the article of Emeka Esogbue about oil in Nigeria, “The discovery of oil in Nigeria came with corruption, corruption with mismanagement, mismanagement with marginalization and marginalization with agitations” (*Library of Congress, 2008*). This is the true perspective as 80% of the total revenue from oil goes to the government officials, 16% just to cover the cost of operation. However, from the 80% that is for the government, only 1% goes to the people as the result of corruption. Corruption has resulted in the large-scale mismanagement of public funds, which has led to the collapse of the infrastructural and social service base.

In addition, it is important to stress out that Chinese traders put an eye on Nigeria dating back from the 1960s, but the signing of the Joint Communiqué on the establishment of Diplomatic Relations happened just in 1971 (*Embassy of China in Nigeria, 2004*). Chinese relations with Nigeria have been smooth and steady, as both countries have supported and cooperated with each other on numerous cases on the international arena.

The next three decades, diplomatic relations between Asia and Africa haven't produced significant economic results. At the same time when China was transforming into an economic power, the 80s and 90s for Nigeria were marked by series of military coups. The economic relations began to develop steadily after the return of democratic rule in Nigeria. The election of Olusegun Obasanjo's in the late 90s went together with the start of changing Chinese policy direction toward Africa in 2000.

In 2001, the two countries signed numerous agreements on the establishment of a Nigeria Trade office in China and a China Investment Development and Trade Promotion Center in Nigeria. According to McKinsey, in the 90s, half of all African trade was with Western Europe, and Asia accounted for only a seventh. By 2008, Asia has doubled, while Western Europe had shrunk to equal. In 2009, China overtook the US as Africa's biggest trading partner, China-Africa trade surpassed \$220 billion of dollars in 2014, up from about \$10 billion at the turn of the century (Leke, Lund, Roxburgh, Wamelen, 2010). And in 2014 China was Nigeria's biggest national trading partner, accounting for 12% of Nigeria's total trade, second only to the European Union and ahead of India, Brazil and United States.

In 2006, the two governments signed a memorandum of understanding on the establishment of a strategic partnership. Furthermore, China's keen interest in securing a steady supply of fuel for its rapidly expanding economy is petrol sector which is the center of investment strategy. Nigerian officials also made some predictions that petroleum, power, telecommunications and manufacturing would be the main sectors for investments.

China pointed out quite a clear strategy towards Nigeria. The Ministry of Commerce of China identified that the main aims of the government's policy towards Nigeria are increasing the presence of Chinese multinational corporations, expanding the Nigerian

market for Chinese manufactured goods, strengthening the presence of China in Nigeria's gas and oil sectors, and leveraging its investments as a gateway for entering the ECOWAS market (Rigo, 2014: 83).

The approach of Nigeria's President Obasanjo towards China in the direction of "oil for infrastructure" consisted of awarding oil contracts on good terms in exchange for China's commitment to deliver key infrastructure projects. According to Gregory Mthembu-Salter, Obasanjo's decision reflected Nigeria's need for improved infrastructure and growing frustration with the conditionality associated with Western aid.

In 2010 Goodluck Jonathan assumed the presidency and the relationship began to rebound and China declared its new plan for a strategic partnership with Nigeria, following political equality, mutual trust and economic win-win cooperation. The main key objectives of such plan were to enhance political mutual trust, to promote strategic cooperation in the areas of agriculture, oil, electricity, and telecommunications, strengthen co-operation in international affairs, to promote world peace, enhance coordination and human rights.

The productive cooperation between the two countries has resulted in the signing of a number of agreements on trade, protection of investments, mutual support and friendship. For example, taking into account the investment deal in July 2005 China and Nigeria signed a crude oil sale deal worth \$800 million between China International Petroleum and Nigerian National Petroleum Corporation. China's offshore oil producer CNOOC agreed to part with \$2.3 billion for a stake in Nigeria's oil and gas field (*China Daily*, 2007). In 2010 Memorandum of Understanding on peace and cooperation was also one of the important documents signed between China and Nigeria.

In the beginning of their cooperation, Chinese involvement in Nigeria was driven by natural resources, but since that period China's involvement in Nigeria has since expanded far beyond oil. China's public and private companies are developing special economic zones within Nigeria and are building new roads, railways and also airports across the country. China is helping low-income countries to cooperate in order to help them reach their aims in further development.

China's cooperation with Nigeria bringing both countries economic boost, but only a few stumbling blocks could impede progress. Nigerian people are constantly expressing dissatisfaction with the labor practices by Chinese companies, and cheap imported goods that impact national producers. If not taking into account the attributions of responsibility for smuggled goods the two countries still continue to have friendly relations and good will.

Foreign direct investment flow to Nigeria

Nigeria has been one of the few African countries that benefited from Foreign Direct Investments to Africa on a rather significant level. The percentage that Nigeria had in Africa's total FDI in 1990 was over 24% but this amount fell down to 21.07% in 1995. In 2001 the FDI lowered to 5.88% but rose up the next year to 11.65%. The data from United Nation Conference on Trade and Development (UNCTAD) shows that Nigeria was Africa's second FDI recipient after Angola in 2002. From 2004 up to 2007 Nigeria received an impressive amount of investment up to \$13, 956 million in 2006. Following the 2009 Foreign Direct investment flows to Nigeria decreased steadily from \$11.5 billion to \$4 billion in 2015. (UNCTAD, *World Investment Report*, 2009).

From less than \$2 billion in 2000, trade between China and Nigeria reached nearly \$18 billion just ten years later. Between 2003 and 2009, Nigeria was a top destination for Chinese Foreign Direct Investment on the continent, second only to South Africa.

Chinese FDI stocks in Nigeria totaled \$1.03 billion in the period, while FDI stocks for the continent were \$9.3 billion. China's interest in Nigeria is due to energy reserves and a huge domestic market of 150 million inhabitants with growing disposable income. The biggest part of incentive is in China's own successful economic transformation and its capacity to deliver and finance large infrastructure projects in Nigeria.

Chinese investments are concentrated in the oil industry, manufacturing, construction and telecommunication. A study for the African Economic Research Consortium reports that China has established more than 30 solely-owned or joint-venture companies in the construction, oil and gas, services and education sectors of the Nigerian economy (Olugboyega, Oyerantin, 2010). It is an important fact that FDI from Chinese private investors concentrated mainly in the agro-allied industries, manufacturing and communications, contrary to the public Chinese FDI which is directed to natural resources and infrastructure.

The Standard Bank Group Ltd has predicted that Chinese investments in Africa will reach \$50 billion by 2015 and partly it was right. The inward stocks investment to Nigeria increased quite fast from \$23,786 million in 2000 up to \$89,735 in 2015. China's head of mining and metals, George Fang once mentioned that Chinese investments in infrastructure are preparing the groundwork for economic advancement on the continent. This action is supposed to convert the investment into viable while leaving a future economic legacy for African countries.

The Chinese government and businessmen responded to the call for investment opportunities in Nigeria, they have also made positive contributions to the country. It is also a well-known fact that Nigeria's military has benefited from China's technical assistance in the areas of training and hardware supply. China made assistance in the health sector in the "Roll-Back Malaria" programme by providing drugs and mosquitoes treated nets and trained medical personnel estimated at \$3.4 million in 2002.

In 2006 in order to support infrastructure in Nigeria, a Memorandum of Understanding was signed between Nigeria's Ministry of Science and Technology and Huawei Technologies to provide national information communication technology infrastructure. In order to improve education, the government of China has sponsored the training of Nigerian University staff in the learning of Chinese language as one of the means to further more effective cooperation and transaction relations with Nigeria.

Looking beyond the oil

China has been looking to diversify its sources of oil to reduce its dependence on the Middle East. African countries accounted for almost 1/3 of China's total oil imports over the last decade. Moreover, its entry into the Nigerian oil market has not been without complications (Wong, 2009). The former President Olusegun Obasanjo launched an initiative to entice China and other Asian countries in order to acquire oil blocks. He made a proposal to the Right of the First Refusal on oil blocks at discounted rates in exchange for their commitment to invest in downstream and in infrastructure projects. The first bidding round for oil licenses was organized in 2005 with 77 blocks on offer and after failing in completing the oil-for-infrastructure deals in 2005, the Nigerian government held a "mini-round" in 2006 created only for "serious downstream investors". Chinese actors acquired not just bidding rounds but also a few additional assets during Obasanjo's tenure.

In May 2006 the oil bloc bidding round was held and China's National Petroleum Commission (CNPC) was awarded four oil blocs and two oil production licenses in return for commitment to invest \$2 billion to rehabilitate Kaduna's struggling refinery, all this in order to secure their confidence in the Nigerian oil industry (Mthembu-Salter, 2013). Another bidding round in 2007 when 45 oil blocs were on offer, with 24 pre-assigned to 12 companies on Right of First Refusal. The CNPC together with China National Offshore Corporation were given oil bloc in return for a \$2.5 billion loan from China's Export and Import Bank and investment in the Kaduna refinery respectively. This loan from China Exim Bank was supposed to be used for the reconstruction of the Lagos-Kano railway and construction of a hydroelectric power station in Mambila.

During Obasanjo administration, Chinese companies also have acquired other oil assets outside the bidding round and all these were performed by the administration that was seeking to gain the Chinese confidence. For example, Sinopec taking a 29% stake in bloc 2 of the Nigeria-SaoTome Joint Development Zone and CNOOC's paying \$2.3 billion for a 45% in an oil mining license in the lucrative Akpo offshore field, both in 2006.

In May 2007, Yar'Adua became the President of Nigeria and also the foreign policy resulted in significant changes for Nigeria after his inauguration. This change of government greatly affected China-Africa investment relations. Due to the policy of the new President, the practical price of oil at the market benchmark was established and the oil-for-infrastructure projects were cancelled. These changes, however, didn't decrease Chinese investments in the oil sector in Nigeria. China's Sinopec's buying of Canada's Addax Petroleum for \$7.22 billion, Addax is one of the largest independent Oil producers in West Africa with extensive on and offshore operations in Nigeria. China expressed her desire to acquire a large number of oil and gas assets, which is estimated by scientists to contain 6 billion barrels of oil reserves.

In 2010, Nigerian National Petroleum Corporation (NNPC) signed a \$28.5 billion MoU with the CSCEC for the construction of additional Greenfield refineries and a petrochemical Plant in Nigeria. According to the agreement, 80% of the projects' cost was to be funded with a term loan provided by China Insurance Corporation and consortium of Chinese banks and only 20% contribution from Nigerian Petroleum Corporation.

On the other hand, while it could be said that all the development opportunities remain as long as Chinese investments in Nigeria continues, not all the Chinese investments are beneficial to the Nigerian economy. Findings have shown different challenges of Sino-Nigerian investment relations, especially Chinese investments in Nigeria. Some of these problems include the unidirectional character of Chinese-Nigerian relations; concentration of Chinese investments in oil and mineral resources; low level of technology transfer; inferior goods from China; and discouraging of local creativity for manufacturing.

As a result, Asian multinational oil companies gaining access to high-potential oil assets but failing to deliver on the promised infrastructure projects. With contracts cancelled or suspended, much of the headway Chinese oil companies had made into the Nigerian oil market was swiftly overturned. According to a Chatman House report, Nigeria lost up to \$10 billion in failed oil deals with Asian countries (Vines, 2009). Moreover, oil-for-infrastructure deals were not positive to Nigeria as the Asian oil companies only offered to cover the expenses for infrastructure projects partly, through government-to-government loans.

Infrastructure and telecommunication

Nigeria's underdeveloped infrastructure is considered as one of the major impediments to economic development and governments have vowed to rectify the situation. During the Obasanjo era, Nigeria became strongly involved in the infrastructure improvements through oil-to-infrastructure deals. Even though most of these projects were cancelled, Chinese companies are currently at work on construction ventures across Nigeria.

Chinese companies have built and are still in the process of building power plants in Ogun, Ondo, Kogi and Enugu States. The China Civil Engineering Construction Corporation, the biggest Chinese construction company in Nigeria, has more than 50 projects underway and has invested more than \$10 billion in the country. One of the biggest projects is \$850 million railway which is linking the capital Abuja with the northern city of Kaduna. One more important player in the construction sphere is China Geo-Engineering Corporation that started out digging boreholes in the 1980s and quickly moved on to larger projects. The biggest branch of this Corporation is in Nigeria, employing more than 200 Chinese staff.

The impact of Chinese investments in Nigeria's Telecommunication is hard to underestimate. Nigeria is one of the top countries for receiving Chinese investments in

telecommunication sphere. Some of the leading telecommunication giants of China are present in Nigeria such as a multi-national telecommunication company Zhong Xing Telecommunication Equipment Company, Huawei, “Star Time” and another Chinese-owned TV operator has just opened in Nigeria.

Recently, “Star Time”, a Chinese Television cable network increasingly began to penetrate into the Nigerian market. The “Star Time”, according to the conclusion of the marketing director of the Communication firm, has invested about \$70 million in Nigeria since 2009 (*Business Day*, 2011). “Star Times” has revealed its partnership with the Nigerian television as Nigeria itself plans to meet the 2015 deadline set by International telecommunication union for digital TV transition. Moreover, cell phones manufacturing outfit that are to employ local labor is non-existent, so practically Nigerians are short-changed at all expenses of the Chinese.

Zhong Xing Telecommunication Equipment Company and Huawei have won major contracts from Nigeria`s main telecommunication operators (Egbula, Zheng, 2011). Huawei`s officials said its prices were 5% to 15 % lower than those of its chief international competitors, Nokia and Ericsson. ZTE`s prices are said to be 30% to 40 % lower than European telecommunication companies.

In 2005, ZTE won a contract with Nigeria`s main telecommunications operator, Nitel, to expand the country`s CDMA wireless communications network across seven north-eastern states. In 2010, the government of Nigeria awarded ZTE a \$400 million contract to build a national security communications system, and the financing will be provided by Exim Bank of China.

Huawei is the main rival of ZTE in China and Nigeria. In 2004 Huawei secured a \$80 million contract to provide GSM network equipment to Nigeria`s V-mobile. In 2010 the company partnered with MTN Nigeria in a \$40 million project to bring telephonic services to hundreds of rural communities. The company said it has invested \$10 million in the Huawei`s Technology Support Center in Abuja and Training Center for Western Africa, as the proof of its commitment in order to develop local expertise for the telecommunication industry.

Investments in agricultural sector

Apart from Chinese investment in the oil and gas sector, it is important to note that Foreign Direct Investment from Chinese private investors are concentrated in agricultural business, manufacturing and communications (Egbula, Zheng, 2011). Huge land acquisitions from foreign investors have recently raised concern both for the rights of traditional landowners and also for the ability of local farmers to compete. Moreover, these fears may be overstated concerning the case of Nigeria. Chinese investors are making steps into Nigeria`s agriculture sector and also acquiring land, but generally in the way of the relatively small-scale purchases of farmland.

Chinese investment has also created a lot of local job opportunities and bolstering the agricultural sector, which suffers from the lack of funding. China`s Seed Corporation contracts local farmers to cultivate Chinese hybrid rice seeds on a 300-hectare farm, marketing half of the harvest locally and exporting the rest to China. In Nigeria and other African countries, the land is rarely sold out, but Chinese firms have found another way to approach African land, in order to gain access to land indirectly they conclude infrastructure deals and other construction projects.

Taking into account the agricultural sector, China great success in ensuring food sufficiency for its over 1 billion population, through agricultural development, was exactly what President Obasanjo tried to seek the cooperation of the Chinese investors in the development of Nigeria`s agricultural sector. The former President did it in order to diversify the economy and reduce the country`s over-dependence on petroleum oil which was the major source of the Nigeria`s foreign exchange.

The period from 1999 to 2011 has witnessed a tremendous growth in China-Nigeria bilateral relations, during which China's investments in Nigeria's agricultural sector blossomed. Moreover, despite efforts by the Chinese investors to invest in Nigeria's agricultural sector, the sector performed below expectation. The factor responsible for this was the inability of the Nigerian government in presenting the agricultural sector in a more attractive way to the Chinese investors. For example, it was the domestic investment in the oil and gas sector that made it so extremely attractive to the Chinese investors who have been investing tremendously in this sector.

That's why in order to receive an increasing boost of foreign investments, the government of Nigeria should develop agricultural sector by investing more and make it more attractive to foreign and local investors. It is important for the Nigerian government to learn some lessons from Chinese agricultural development model which is quite impressive. During the last years, the government of China has implemented policies aimed at giving an increase in investments in the agricultural sector in order to ensure food sufficiency for its large population. Chinese strategy in agriculture is a lesson to Nigeria to learn how to harness their plentiful human and natural resources for the growth in the agricultural sector which will, in turn, give a boost to the national economy and also help to improve food sufficiency.

Nigeria can cooperate with China in many ways, each year increasing agricultural productivity. It is important to focus on agriculture in order to improve the welfare of Nigerian rural populations, who despite rapid urbanization continue to be economically and politically significant. Moreover, its demand for agricultural products is high, China's foreign trade and investment in agriculture is relatively low, and Chinese provision of economic technical cooperation is much needed given the withdrawal of Nigerian traditional donors from the sector.

Nigeria is in need for Chinese technical assistance programs and enhancing technologies and support to farmers as China did during its food insecurity period. Chinese experience in agricultural research and some policies for rapid development and advanced management that would be for practical reasons for Nigeria's agricultural producers. The Chinese contribution to the development of Nigeria's agriculture should focus on deepening the understanding in Nigeria of China's own framework for agricultural development, technical and financial support (Gubak, Maiwada, 2015).

Investments in free trade zones

During the past years, China has accumulated a wealth of experience and success using Special Economic Zones to promote industrial process and increase foreign investment flow. China currently operates at least 100 SEZs on its own shores, some of which are specialized in areas such as technology or trade. Export Processing Zones and Free Trade Zones have been part of Nigeria's development strategy to increase industrialization, create new jobs and attract FDI since the early 1990s. The zones in Nigeria are regulated and also licensed by the Nigerian Export Processing Zones Authority established in 1992 under the Federal Ministry of Commerce

The development of Lekki and Ogun Free Trade Zones gave Chinese investors control of 165 square kilometers of prime, waterfront real estate in Lagos State and 100 square kilometers in Ogun. The free trade zone plots were transferred under a 99-year leasehold arrangement. Not taking into account receiving compensation, villagers displaced by zones have complained bitterly and some Nigerians have condemned the projects as a "land grab" by foreigners (*Sahara Reports*, 2010).

The Lekki Free Trade Zone occupies a total of 165 square kilometers on the Lekki peninsula, which is about 60 kilometers southeast of Nigeria's economic center. The zone is administrated through a joint venture between the Lagos State government; Lekki Worldwide Investments, a private company established by the Lagos State government; a

China-Africa Lekki Investment Ltd., and a consortium of four Chinese enterprises that includes the China-Africa Development Fund.

The Chinese consortium assumes 60% ownership and the Lagos State government and LWI each hold 20% of equity. Initially, the Chinese investors were to provide \$200 million in funding, while LWI was to inject an additional \$67 million. The State government of Lagos was responsible for providing land and infrastructure as well as relocating and compensating villagers by the project.

The authority to declare a new Free Trade Zone lies exclusively with the President of Nigeria. The Nigerian Export Processing Zones Authority established in 1992 under the Federal Ministry of Commerce. In 1996, the Oil and Gas Free Zone Authority was created and given regulatory authority over all oil and gas related industrial zones and over all oil and gas activities in EPZs and FTZs.

It is necessary to stress out that China's Special Economic Zones in Africa are the means for China to showcase the effectiveness of its development model to share its experience with friendly nations. China is always in a good position thanks to the relocation of labor force, low-tech businesses such as textiles and building materials overseas open up space for Chinese own transformation in economy.

The Lekki and Ogun free trade zones offer promising opportunities for Chinese and other investors eager to be closer to raw materials sources and to important markets in Africa, USA and Europe. From one side free trade zones create new job opportunities and transfer skills and technology and from the other side the zones mainly serve Chinese interests and without greater engagement with local industry, they will contribute little to the achievement of Nigeria's development objectives.

Social and economic impact of chinese investments in Nigeria

Will Chinese unconditional aid, trade and corporate social responsibility help reduce Nigerian poverty and drive Nigerian economy to the higher level? There are several key sets of variables that, if achieve positive consequences have the potential to drive sustainable economic growth and help to evaluate Nigeria's future perspectives. In order to achieve sustainable growth and economic development, demonstrable progress must be achieved in the areas of policy choices, institutions, human capital, entrepreneurial activity, cultural dimension and leadership (Utomi, 1998).

Interviews with a wide array of scientists suggest that Nigerian local and national officials, are not setting policies that will have the strongest possible impact on Nigeria's long-term economic goals. At the same time while many of current policies are likely to benefit Nigeria and contribute to economic development in specific areas, the strategies are neglecting essential long-term needs, important segments of the population and the targeting of the important segments leading to a stronger economic situation. Moreover, development models suggest that a strong middle class is the backbone of growth and the government has not focused its attention on providing the basic need for a much bigger part of the population.

Another component for achieving economic growth and sustainable development is human capital development. Human capital strengthens adaptability and appropriate allocation of resources in society and also improves the ability of agents to adapt to changes and respond to new opportunities (Schultz, 1975: 827-46).

Thus, various investment agreements signed between Nigeria and China cover the aspect of human capital development but the evidence has shown that many of the Chinese investors devote little or no articles at all for the development of human capital. Some Chinese companies have been accused of bringing into the country finished goods and equipment together with Chinese expatriates, thus starving the country of the necessary technology.

The case study also suggests that on human capital development, language barriers and cultural differences weigh heavily against the transfer of the technological skills and education from Chinese to Nigerian citizens. As cheap Chinese labor is often used, huge industrial projects very rarely transfer skills to local African population.

Within the domain of south-south cooperation, Nigeria-China trade and investment relations are hinged on reciprocity, mutual benefit and common development. That's why, China quest for raw materials and markets has found support in Nigeria, which wants investment, new skills and the transfer of technology to strengthen its development which could make the relationship beneficial for both sides (*Nigeria First*, 2006).

In order to conduct a full spectrum analysis of the socio-economic impact of investments in Nigeria, it is necessary to factor the Nigerian business environment that make local products less competitive as these issues drive up costs of production. Of all the components that lead to sustained economic growth, one can argue the strong degree of progress that has been made in the development of Nigerian entrepreneurs. Some Nigerian businessmen have learned to export successfully using Chinese models and have profited by partnering in joint ventures with the China's entrepreneurs.

Entrepreneurship is the ability to adjust or reallocate resources in response to changing circumstances. As such, entrepreneurship is an aspect of all human behavior, not a unique function performed by a class of specialists. "No matter what part of the economy is being investigating, we observe that people are consciously reallocating their resources in response to changes in economic conditions" (Schultz, 1979: 2). Businessmen, farmers, housewives, students and even university presidents, deans and research directors make Schultz's list of entrepreneurs.

Schultz conceives entrepreneurial ability as a form of human capital. Like other forms of human capital, this ability can be increased through education, training, and experience, health care and so on. While education and other human-capital investments also lead to improvements in technical efficiency, Schultz argues that efficiency improvements cannot account for all of the effects of education on economic performance during periods of modernization.

Taking into account that there a lot of closure of many enterprises which faced a high cost of production in the country, resulting in increased unemployment, investments of the Chinese and indeed other foreign investors are highly appreciated in Nigeria's economy.

Another important factor that stimulates economic growth in Nigeria is leadership. Nigeria's elite officials have made China's engagement a priority, but the strongest leadership has been observed on the Chinese side. African leaders have dictated to the Chinese which development projects they would like to undertake, but the absence of true leaders who are willing to stand up and articulate a long-term development strategy that appropriately addresses the needs of the majority of Nigerian citizens remain a key challenge.

Another factor that influences economic development in Nigeria is various bureaucratic obstacles and lack of strong institutions that led to constrained progress in such areas as technology transfer, agriculture and infrastructure. Some Chinese companies are involved in the manufacturing and infrastructure development sectors of the economy and their activity has positively impacted on the country's industrial base.

The loss of revenue for local industries is another factor. Unlike the Chinese manufacturers who have easier access to loan facilities, lower cost of production and reduced import tariffs, the local firms operate under unfavorable conditions, with inadequate infrastructure and social facilities, high interest on loan facilities and high costs of production being the order of the day. As a result, domestic production cannot compete with the imported goods resulting in the loss of domestic market and revenue.

Kaplinsky considered that Chinese investments are impacting Africa in two ways. The first one is the competition in the internal market for domestic manufacturers; the second

one is competition in external markets from export-oriented industry (Kaplinsky, McCormick, Morris, 2007). Another aspect of China's trade pattern in the country is the shifting trends from manufacturing to trading and a higher volume of trading by the flood of cheap Chinese wholesale and retail shops used to establish its networks to sell goods (Alden, 2005: 147-164). With the cheaper prices of Chinese goods, low-income households can now afford to own luxury products like electronic gadgets and make purchasing of clothing, but in the long term, the citizens do not benefit from the quality of this kind of clothes.

Unemployment is one more pressing problem in Nigeria. The National Bureau of Statistics puts the unemployment rate at 19.7%, but many scientists believe this is a gross underestimation (*National Bureau of Statistics*, 2016). Doesn't matter what the actual figure will be, the need for jobs is a constant topic among officials and ordinary Nigerians who would like to see foreign investment lead to job creation. According to the Chinese government, Chinese companies operating in Nigeria and other countries imports over 30.000 Chinese to work in the third countries, the job markets were negatively affected by employment opportunities for the locals becomes very limited. But these pales in comparison to the 350.000 manufacturing jobs that labor union said have been lost because of Chinese imports. For example, the use of Chinese labor, rather than local workers in Chinese sponsored projects in Ethiopia, Sudan and Namibia has been criticized locally. With the flow of goods from China, conflict over labor practice and market strategies are turning out to be an important issue (Anshan, 2007: 69-93).

Still not taking into account unemployment rate of Nigeria, there was a lot of jobs created as a result of Chinese investors setting up business in Nigeria. There have been investments in the construction, manufacturing, agricultural and infrastructural sectors of the country, which had led to a number of Nigerians gaining a job. However, there is no official available data, which demonstrates the exact number of Nigerians employed in these companies.

Taking into account the construction industry that also witnessed a significant involvement by the Chinese, has also some positive effects on Nigeria's economy. In order to boost socio-economic activities and operations governments at local, states and federal level devoted more energy and resources to the infrastructural sector development. Most of the attention was devoted to rail, road and power plants as for example the Rivers state government is part of a joint venture project to build a 125km six-lane road in Port Harcourt.

At the same time, Chinese firms have been quite successful in securing contracts but the manner in which they are secured has been a concern to the industrial unions. In a communiqué by the National Union of Civil Engineering Construction, an affiliate of the Nigerian Labor Congress and the International Building Workers Federation, workers' rights neither were represented properly nor did the Chinese companies paid the promised wages. Chinese construction firms have been accused of the delivering poor quality work in comparison with other multinational companies, like Berger Construction Company and Gitto Construction.

It is necessary to question whether Chinese investment in Africa is a threat to African countries or it is a gain? To answer this question, it is necessary to look at what Western partners had done and what they are currently doing. Granted that the West has provided a significant amount of aid, increased Chinese aid to Africa pales in comparison to what the West had offered Africa as Overseas Development Assistance. However, several billions of dollars offered for the past decades ought to have positively changed the face of Africa. But the vote of Western development partners is in favour for sectors that are critical to Africa economic development. This has contributed to making Africa to record 5.8% economic growth in 2007, its highest ever (Hanson, 2008).

It is important to recognize that Chinese government imposes no political conditions on African government before signing contracts for exploitation or other economic activities. Chinese firms are willing to invest in Nigeria where western companies are unwilling.

Western investors are unwilling to invest in the areas that are of crucial importance for Africa such as physical infrastructure, industry and agriculture. Moreover, China is in need of infrastructure of all types and funding of \$20 billion per annum required in infrastructure investment is laborious (*The China in Africa Toolkit*, 2009: 39).

Talking about the agricultural sector that was given the impediment of growth in this sector of Nigeria`s economy, food security is still an important challenge for Nigeria. Chinese investments can really impact Nigeria`s economy, there are a number of lessons China can share with Nigeria so as to enable her to attain agricultural growth and reduce poverty. It is a well-known fact that commercial agricultural production is vital for strengthening Nigeria`s economic situation. After several economic reforms in 2005, the government of Nigeria started making efforts to diversify its investment far beyond oil sector and began to invest in other crucial sectors.

Although, information about Chinese activities in Nigeria points to increasing economic, social and technical cooperation, the composition of Chinese FDI into Nigeria is fragmented. According to statistics, China has set up over 30 solely owned companies or joint ventures in Nigeria actively involved in the construction, oil and gas technology (Ogunkola, Bankole, Adewuyi, 2008). More often economic policies in Nigeria works against its core objectives, at the same time it strongly encourages investments and investors, there are no institutions that could check and balance on the activities of the companies and the countries that invest in the Nigerian economy.

Ogunsanwo is quite pessimistic about the sincerity in China`s developmental intentions in Nigeria by saying that China “cannot honestly be extremely enthusiastic in encouraging the conversion or transformation of crude oil exporting countries such as Nigeria to petroleum products exporting countries”. There is only one reason for explanation “China needs enormous amounts of imported crude oil for its industry and is searching everywhere including Angola, Sudan, Nigeria and Gabon and in other African countries where such oil is accessible” (Andekola, 2013). Zweig and Jianhai stated that “Beijing`s resources-based foreign policy has little room for morality” (Zweig, Jianhai, 2005: 25-38). After all, some of the very rich resources are found in nations with a history of ineffective governance. China has established relations with rogue nations, at times mired with violent reactions from the citizens of those nations.

If Nigeria were an ordinary country with no resources, the Chinese government could, conceivable have been at loss on the Nigerian resources and possibly concentrated on other countries in order to provide them with valuable resources. But the country has superpower potential that makes it impossible to ignore: its enormous oil reserves, to which China still wants access, a growing appetite for new infrastructure and a large population with growing consumer demands.

The Chinese foreign trade policies are not always filled with selfless intentions; although China may not always have a positive economic impact on the economies of their trading partners given diversity in trading partners. China-Africa relations are first on the grounds of economic investments and marketing strategies especially in the arena of manufacturing.

Another impact of China in Nigeria is a more sustainable development of bilateral cooperation, thanks to Chinese MNCs that are expanding their investments in Nigeria in order to create more job opportunities. According to the Chinese President Xi Jinping, this win-win cooperation provides benefits for their population and both countries need to promote bilateral ties from a strategic level and with a long-term approach (*BBC Monitoring Asia Pacific*, 2016).

From another side, for some scientists, this relationship seems like a zero-sum game. China is without no doubt a productive economic partner for Nigeria, given the fact that they provide aid and have a strategic economic partnership, but it`s also cost some price for Nigeria itself. According to the Financial Times, the perception holds that Chinese

companies are exploitative of local labor in terms of working environment, conditions, wages, and opportunities for growth within the companies (Ogunlesi, 2015). In 2015, a labor union for construction workers gave the government two weeks ultimatum to address complaints of inappropriate treatment of Nigerian workers by Chinese-run companies.

While it is incontrovertible that Chinese investment brings development to Africa to some extent, the fact remains that the impact of the Chinese investment on host economy is dependent on four important factors:

1. the investment motives of the investing firms;
2. The time horizon of the investment;
3. The extent of linkages to other firms;
4. The capacity of local firms to absorb spill-over and face competition (Gu, Jing, 2009: 573).

The motives for investment are also the reason of attractiveness of African market and intense competition faced by private firms in China. Africa is on its way for economic growth thanks to cooperation with China but much more can still be achieved. The absence of strategic engagement on a long run has a broader impact on poverty and social benefits for people in the continent. It points out two main concerns: 1. the resource rich African countries which ought to have a greater leverage in dealing with the Chinese didn't convert it into negotiating power. 2. The African Union has been unable to coordinate African engagement with China to capitalize fully on Chinese engagement for a continental gain (Haroz, 2011: 65-88).

Incentives for attracting FDI

In order to understand the massive flow of investments to Nigeria, it is necessary to examine reasons and special conditions that the government creates for attracting investment flow in the country. While some of the incentives refer to all sectors of the economy, others target specific sectors. For example there are some sector-specific incentives such as tax exemption on dividends from manufacturing companies in petrol chemical and liquefied natural gas sub-sector, 1% duty on all agricultural and industrial machines; there is also some investment allowance of 5% for solid minerals, as well as exemption from payment of customs and import duties; and investment tax allowances for industries in the sector of petroleum.

The following incentives were mentioned in the list of investment incentives from the Nigerian Investment Promotion Council:

1. Companies Income Tax: potential and existing investors in all sectors except petroleum, pay a 30% rate.
2. Pioneer Status: seven-year tax holiday to industries which are situated in disadvantaged local government areas.
3. Tax relief for research and development conducted in Nigeria
4. In-Plant Training- for industries with in-plant training facilities, 2% tax concession granted for 5 years.
5. Capital allowance- for any year of assessment is 75% of assessable profits for the manufacturing companies and 66% for others.
6. Investment in Infrastructure- 20% of the cost for providing social facilities, where they did not exist.

Other conditions that attract investments include the granting of generous expatriates' quota to the investing firm on the need to have skilled and knowledgeable hands to lead the business through the gestation stage. Moreover, investors who are investing in privatized companies as core investors are given the Rights to First Offer in the event that government wants to further divest from such companies.

In order to maximize FDI benefits, conditions like the promotion of local content, tax remittance, protection of the environment, strict accordance with labor, health and trade rights and skills and technology transfers must be met. Moreover, local content can be promoted through an active participation of local entrepreneurs in the operations of the firms to improve knowledge and skills. Many companies, including Chinese, do not comply with the condition of technology transfer. Chinese firms are notorious for relying on cheap Chinese labor for many of the major industrial projects and thus do not see the need for skills transfer to the locals (Utomi, 2008). Thus, it is more efficient and convenient to recruit skilled Chinese than local workers since they are more familiar with the very demanding Chinese work practices of longer hours.

References

- Adekola O. (2013), *New Perspectives to Nigeria`s Foreign Policy towards China*, IOSR Journal of Humanities and Social Science, 6(5), <http://dx.doi.org/10.9790/0837-0650106> (05.05.2019).
- Alden C. (2005), *China and Africa*. Survival, 47(3).
- Anshan L. (2007), *China and Africa: Policy and Challenges*. China Security, 3(3).
- Besada H. (2008), *Ministry of Commerce of the People`s Republic of China*, 2006 Statistical Bulletin of China`s Outward Foreign Direct Investment, China`s Growing Economic Activity in Africa.
- Business Day* (2011), *Star Time Invests \$70 Million Dollars in Nigeria*, www.businessdayonline.com/NG/index.php/markets/companies-and-markets (13.05.2019).
- Champion M., Leung A. (2018), *Does China have what it takes to be a superpower?* Bloomberg, <https://www.bloomberg.com/graphics/2018-china-superpower/> (21.03.2019).
- China Daily* (2007), *China-Africa Trade Links*.
- China, Nigeria Presidents Call for Boosting Ties* (2015), BBC Monitoring Asia Pacific. ProQuest (20.02.2019).
- Egbula M., Zheng Q. (2011), *China and Nigeria: A Powerful South-South Alliance*, West African Challenges, <https://www.oecd.org/china/49814032.pdf> (09.03.2019).
- Egbula, M., Zheng Q. (2011), *China and Nigeria: A Powerful South-South Alliance*, Sahel and West Africa Club Secretariat (SWAC/OECD).
- Eisenman J., Kurlantzick J. (2006), *China`s Africa Strategy*. Current History. *Embassy of the People`s Republic of China in the Federal Republic of Nigeria* (2004), China Nigeria relations, <http://ng.china-embassy.org/eng/zngx/cne/t142490.htm> (19.03.2019).
- Gu, Jing (2009), *China`s Private Enterprises in Africa and the Implications for African Development*, "European Journal of Development Research, Vol. 21:4.
- Gubak D., Maiwada S. (2015), *Chinese Trade and Investment in Nigeria`s Agricultural Sector: A Critical Analysis*, American International Journal of Social Science, Vol. 4, No. 2.

Hanson S. (2008), *China, Africa and Oil*, Council on Foreign Relations, http://www.cfr.publication/9557/china_africa_and_oil.html (05.05.2019).

Haroz, D. (2011), *China in Africa: Symbiosis or Exploitation*, Fletcher Forum of World Affairs, Vol.35: 2.

Haugen H. (2006), *Chinese in Cape Verde: the lucky, the unlucky, the players and the dealers*. Paper presented at A 'Chinese Scramble': The Politics of Contemporary China-Africa Relations, Sidney Sussex College, Cambridge, UK.

Hellström J. (2009), *China's Emerging Role in Africa, A strategic overview*, FOI Studies in African Security.

Kaplinsky R., McCormick D., & Morris M. (2007), *The impact of China on Sub-Saharan Africa*, Working Paper 291, Institute of Development Studies.

Leke A., Lund S., Roxburgh C. and Arend van Wamelen (2010), *What's driving Africa's growth?*, McKinsey&Company, <http://www.mckinsey.com/global-themes/middle-east-and-africa/whats-driving-africas-growth> (24.03.2019).

Library of Congress Federal Research Division (2008), Country Profile: Nigeria, <https://www.loc.gov/rr/frd/cs/profiles/Nigeria.pdf> (19.03.2019).

Ministry of Commerce of the People's Republic of China, 2006 Statistical Bulletin. Mthembu-Salter G. (2013), *Elephants, Ants and Super Powers: Nigeria's Relations with China*. South Africa Institute of International Affairs, <http://www.voltairenet.org/OMG/pdf> (05.04.2019).

National Bureau of Statistics (2016), Unemployment/Under-employment Watch Q1, Nigeria.

Nigeria first (2006), *Nigeria-China to Boost Strategic Partnership*, April 27.

Ogunkola O., Bankole A., & Adewuyi A. (2008), *China-Nigeria Economic Relations*. Trade Policy Research and Training Programme, <http://dspace.africaportal.org/jspui/bitstream/123456789/32058/1/Nigeria.pdf> (03.02.2019).

Ogunlesi T. (2015), *Financial Times: The Exchange. Nigeria and China deals: what's the benefit for us?*, <http://blogs.ft.com/the-exchange/2015/12/04/13219/> (12.03.2019).

Olugboyega A., Oyerantin at. Al (2010), *The Impact of China-Africa Investment Relations: The Case of Nigeria*.

Pillay, Nehru and Davies, Martyn J. (2008), *Unlocking Africa's Promise: China & African Mining*, The China Monitor.

Rigo M. (2014), *The Africa Policy of the People's Republic of China- It's impact on Nigeria and Zambia*, Corvinus University of Budapest, http://dspace.uni.lodz.pl:8080/xmlui/bitstream/handle/11089/11236/6.076_092_rigo.pdf (18.03.2019).

Sahara Reports (2010), *In Nigeria: Beijing Gazumps New Delhi-Africa-Asia Confidential*, <http://saharareporters.com/report/nigeria-beijing-gazumps-new-delhi-africa-asia-confidential> (15.04.2019).

Schultz T. W., (1979), *Concepts of Entrepreneurship and Agricultural Research*. Kaldor Memorial Lecture, Iowa State University.

Schultz T.W. (1975), *The Value of the Ability to Deal with Disequilibria*. J. Econ. Lit. 13, No. 3.

The China in Africa Toolkit: A resource for African Policymakers (2009), China in Africa Project working paper. South African Institute of International Affairs.

Thomson D. (2005), *African Renaissance*, Center for Strategic and International Studies, Volume 2, Issue 4.

UNCTAD, Division on Investment and Enterprise, World Investment Report, Statistical Annex, http://unctad.org/en/Pages/DIAE/World%20Investment%20Report/World_Investment_Report.aspx (14.04.2019).

Utomi P. (1998), *Managing Uncertainty: Competition and Strategy in Emerging Economies*, Ibadan: Spectrum Books.

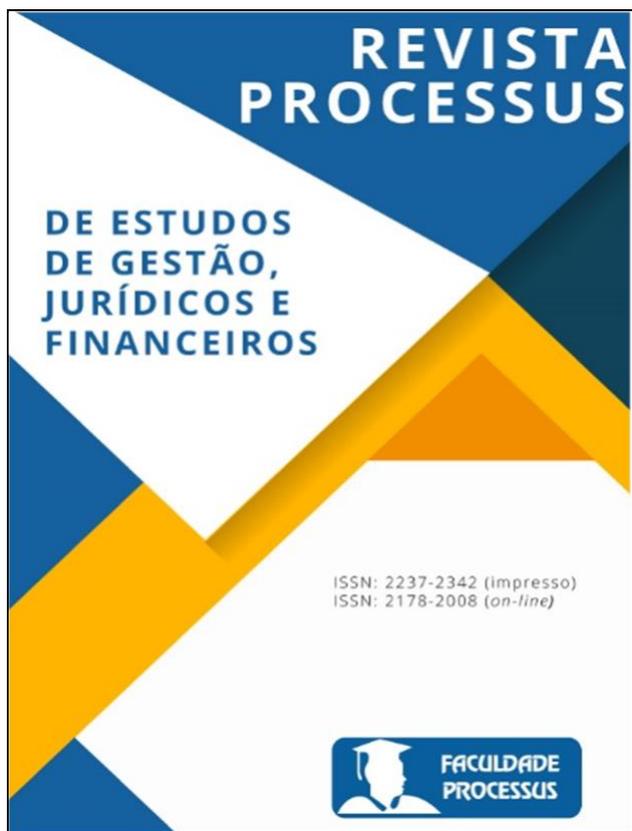
Utomi P. (2008), *China and Nigeria*, Center for Strategic and International Studies.

Vines A. (2009), *Thirst for African Oil Asian National Oil Companies in Nigeria and Angola*, Chatham House Report, <http://tribune.com.ng/sun/front-page-articles/4856-oil-forinfrastructure-how-nigeria-lost-over-10bn-in-oil-dealstheyaradua-obasanjo-connection-oil-sector-law-to-the-rescue> (10.04.2019).

Wen (2007), *China sincere in helping Africa*, China Daily.

Wong L. (2009), *Thirst for Africa oil- Asian National oil companies in Nigeria and Angola*. A Chatham House Report.

Zweig D., Jianhai B. (2005), *China's Global Hunt for Energy*. Foreign Affairs, 84(5).



Revista Processus de Estudos de Gestão, Jurídicos e Financeiros

ISSN: 2237-2342 (impresso)

L-ISSN: 2178-2008 (on-line)

Tramitação editorial:

Data de submissão: 28/10/2020

Data de aceite definitivo: 29/11/2020

DOI: <https://doi.org/10.5281/zenodo.4301026>

Data de publicação: 01/12/202

RESPONSABILIDADE SOCIAL NO TERCEIRO SETOR: ELO ENTRE A CIDADANIA E A DEMOCRACIA

SOCIAL RESPONSIBILITY IN THE THIRD SECTOR: LINK BETWEEN CITIZENSHIP AND DEMOCRACY

SOCIAL RESPONSABILIDAD EM EL TERCERO SECTOR: VÍNCULO ENTRE CIUDADANÍA Y DEMOCRACIA

*Maria Aparecida de Assunção¹
Silvana Maria Barbosa da Silva Costa²*

Resumo

O presente trabalho propõem-se analisar o papel contemporâneo das organizações do terceiro setor na prestação de serviços sociais assistenciais diante de um novo modelo de gestão social baseado na responsabilidade social,

¹ Mestre em Administração pela Universidade Federal de Minas Gerais-BH, pós-graduada em Marketing pela Fundação Getúlio Vargas de Brasília-DF e atua como professora e coordenadora da Faculdade Processus. <http://lattes.cnpq.br/7360512032768370>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2788-0023>. E-mail: profaparecida@institutoprocessus.com.br

² Mestre em Transportes pela Universidade de Brasília e professora da Faculdade Processus e do Centro Universitário Euro Americano. Laates: <http://lattes.cnpq.br/5544475312106575>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-2563-9308>. E-mail: silvana.costa@institutoprocessus.com.br

na democracia e na cidadania. Sendo assim, este artigo propõe verificar qual é o novo papel das organizações que integram o terceiro setor na prestação de serviços sociais de assistência aos necessitados com base em um novo modelo de gestão social baseado nos princípios da responsabilidade social, na democracia e na cidadania. Sua importância se dá pelo envolvimento que se espera da própria sociedade que agindo coletivamente, aplica a cidadania plena. Trata-se de uma pesquisa bibliográfica de natureza descritiva qualitativa.

Palavras-chave: Terceiro Setor. Gestão Social. Democracia. Responsabilidade Social. Cidadania.

Abstract

This paper aims to analyze the contemporary role of third sector organizations in the provision of social assistance services in the face of a new model of social management based on social responsibility, democracy and citizenship. Therefore, this article proposes to verify what is the new role of organizations that integrate the third sector in the provision of social assistance services to the needy based on a new model of social management based on the principles of social responsibility, democracy and citizenship. Its importance is given by the involvement that is expected of the society itself that acting collectively, applies full citizenship. This is a bibliographic research of qualitative descriptive nature.

Keywords: *Third sector. Social Management. Democracy. Social Responsibility. Citizenship.*

Resumen

Este artículo tiene como objetivo analizar el papel contemporáneo de las organizaciones del tercer sector en la prestación de servicios de asistencia social frente a un nuevo modelo de gestión social basado en la responsabilidad social, la democracia y la ciudadanía. Por tanto, este artículo se propone comprobar cuál es el nuevo papel de las organizaciones que integran el tercer sector en la prestación de servicios de asistencia social a los más necesitados, a partir de un nuevo modelo de gestión social basado en los principios de responsabilidad social, democracia y ciudadanía. Su importancia se debe a la implicación que se espera de la propia sociedad que actúa colectivamente, aplica la plena ciudadanía. Se trata de una investigación bibliográfica de naturaleza cualitativa y descriptiva.

Palabras clave: *Tercer sector. Gestión social. Democracia. Responsabilidad social. Ciudadanía.*

Introdução

Até os anos 90, o chamado terceiro setor, entendido como ação organizada da própria sociedade em defesa do bem-estar coletivo, teve quase sempre um papel marginal visto como forma de assistencialismo e caridade, associado a questões religiosas, políticas ou direcionado na defesa de interesses corporativos relacionados a sindicatos e associações.

Assim, com a reforma do Estado ocasionada pela crise financeira e econômica iniciada nos anos 90, teve início em 1995 uma nova fase na história do terceiro setor no Brasil. Nessa fase não havia mais espaço para a colaboração marginal que marcou a sua atuação desde o fim do século XIX até meados dos anos de 1990. Mais do que isso, trata-se de uma relação formal de parceria com o setor público firmada e articulada no âmbito da gestão social.

A partir de então, com as crescentes limitações de recursos humanos e financeiros, o Estado passa a se concentrar na função de coordenação e regulação da política social e a dividir com a sociedade organizada o seu papel de prestador de serviços sociais.

Portanto, com o surgimento do novo papel desempenhado pelas organizações do terceiro setor, a exemplo das organizações da sociedade civil, estas passam a integrar um novo modelo de gestão social que privilegia a participação da comunidade, o envolvimento cooperativo com outras instituições e a construção de sistemas de avaliação e controle qualitativo, bem como atenção vigilante aos processos de instrumentação das políticas sociais. Formando, portanto, um elo robusto entre a cidadania e a democracia.

Sendo assim, este trabalho propõe analisar o papel contemporâneo das organizações do terceiro setor na prestação de serviços sociais assistenciais diante de um novo modelo de gestão social baseado na responsabilidade social, na democracia e na cidadania.

1. RESPONSABILIDADE SOCIAL NO TERCEIRO SETOR: elo entre a Cidadania e a Democracia.

De acordo com a autora Maria Cecília Prates Rodrigues³ em seu artigo intitulado “Demandas Sociais versus Crise de Financiamento: o papel do terceiro setor no Brasil” a autora comenta:

É preciso entender que o papel social do terceiro setor no Brasil começou a ser formalmente reconhecido a partir de 1995, com o processo de reforma do Estado (Presidência da República, 1995), quando se admitiu que, "se por um lado, o Estado já não consegue atender com eficiência a sobrecarga de demandas a ele dirigidas sobretudo na área social, por outro, já dispõe de um segmento da sociedade, o terceiro setor, fortalecendo-se institucionalmente para colaborar de forma cada vez mais ativa na produção de bens públicos" (Mare, 1998a).

A partir de então, com as crescentes limitações de recursos humanos e financeiros, o Estado passa a se concentrar na função de coordenação e regulação da política social e a dividir com a sociedade organizada o seu papel de prestador de serviços sociais.

Abordando o tema em seu aspecto jurídico, temos que a nossa Constituição Federal tem como principais objetivos construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza

³ RODRIGUES, Maria Cecília Prates. **Demandas Sociais versus Crise de Financiamento: o papel do terceiro setor no Brasil.** Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/28327> acessado em 10 de novembro de 2020.

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

A Constituição Federal de 1988, reconhecendo a necessidade da participação social em determinadas políticas específicas, abriu espaço para o compartilhamento do poder, nas diferentes áreas, ampliando a democracia e reconhecendo a participação social como elemento fundamental na organização das políticas públicas. Por sua vez, a participação social permite ao cidadão, além de controlar as ações do Estado, participar do processo de implementação e decisão das políticas sociais, atuando em caráter complementar nos campos da educação, saúde, assistência social, previdência social e trabalho.

Deste modo, uma das formas de intervenção para a transformação social é a atuação das Organizações da Sociedade Civil – OSC, integrante do chamado terceiro setor, que já possuem uma regulamentação jurídica específica fundada na Lei 13.019 de 2014 conhecida como o Marco Regulatório das Organizações da Sociedade. O Marco Regulatório é uma agenda política ampla que visa aperfeiçoar o ambiente jurídico e institucional relacionado com as organizações da Sociedade Civil e suas relações de parceria com o Estado.

Diante da importância do tema da participação social na elaboração de políticas públicas os autores Lígia Affonso, Guilherme Gonçalves e Vanessa Teixeira⁴ assim se posicionaram:

As relações entre Estado e sociedade nas políticas públicas, por meio dos canais de participação social, geram impactos positivos como o aprofundamento e consolidação da democracia em nosso país. A elaboração das políticas públicas torna-se mais eficiente uma vez que a participação dos cidadãos na vida pública pode torná-los aptos a intervir nos processos de discussão e deliberação de seus interesses, tendo suas demandas atendidas, o que contribui para o desenvolvimento da sociedade, redução das desigualdades sociais e políticas e, conseqüentemente, para a democratização da gestão pública.

A elaboração, a implementação e a execução das políticas públicas entendidas como um conjunto de decisões governamentais que visam atender às demandas e necessidades da sociedade com o intuito de estabelecer o bem-estar social e o interesse público são coordenadas pela administração pública em conjunto com o terceiro setor por intermédio de uma gestão pública adequada.

O princípio básico da gestão pública é a responsabilidade que os gestores possuem com os bens que pertencem à sociedade e que, assim, elevam o nível de compromisso, responsabilidade, ética e transparência. Dessa forma, a gestão pública, além de ser uma questão de eficiência e eficácia, é também uma questão de legalidade e legitimidade.

⁴ AFFONSO, Lígia Maria Fonseca; GONÇALVES, Guilherme & TEIXEIRA, Vanessa. **Gestão social**. Porto Alegre: SAGAH, 2018, p 39.

As organizações do terceiro setor, a exemplo das organizações da sociedade civil, integram um modelo de gestão social que privilegia a participação da comunidade, o envolvimento cooperativo com outras instituições e a construção de sistemas de avaliação e controle qualitativo, bem como atenção vigilante aos processos de instrumentação das políticas sociais.

O modelo de gestão social se baseia em um processo de organização, decisão e produção de bens públicos de proteção social, que se desenvolve perseguindo uma missão institucional de uma organização que tende a incorporar atributos do espaço público não estatal, na abordagem que faz da questão social. Esses atributos são os elementos que, de forma coordenada e convergente, devem ser observados e tomados como parâmetros no desenvolvimento do processo de gestão.

No que diz respeito a análise da organização interna das instituições que compõem o terceiro setor, essas instituições se encontram sob o exame da democraticidade e responsabilização, e devem executar de forma hábil e qualificada as ações necessárias para o cumprimento de sua missão que envolve o compartilhamento das informações, a responsabilização pela gestão e, principalmente, a promoção da inclusão e do pluralismo na relação com as comunidades. Logo, para atingir os objetivos e metas traçadas pela organização em foco deve existir internamente um trabalho coletivo eficiente. Assim, a doutrinadora Eloisa Helena enfatiza o trabalho conjunto no âmbito das organizações do terceiro setor da seguinte maneira:

“ a organização é de todos os que trabalham nela e reflete todos os seus esforços –, de um lado, expressa os movimentos em direção à constituição de uma democracia interna e, de outro, sugere que a organização se manifeste com a representatividade dos interesses coletivos que indica a socialização dos problemas e a busca de soluções coletivas. Essa situação colabora internamente para o envolvimento de todos, sugerindo e contribuindo conforme suas condições, e externamente para o estabelecimento de redes de relações institucionais que apoiem e viabilizem formas de crescimento. O sistema de colaboração interno pode ser considerado tendente a ser participativo, educativo e contínuo, articulando o topo e a base da entidade”.

Diante do que foi exposto conclui-se que as organizações do terceiro setor são instituições dotadas de instrumentos próprios de avaliação de processos que alcançam o controle social da gestão; utilizando-se para isso um espaço social híbrido dotado de atributos de interesse público, e que são capazes de superar a visão assistencialista do passado e determinar-se como um espaço local de proteção e garantia social.

2. RESPONSABILIDADE SOCIAL EMPRESARIAL E DEMOCRACIA

Os caminhos da construção da sociedade democrática perpassam pela constituição de relações éticas e transparentes entre Estado, mercado e sociedade civil e pela presença e o lugar que ocupam as associações e corporações privadas.

A democracia é condicionada pela atual realidade mundial e nacional, refletindo que para além de sua natureza política institucional, ainda frágil, deve avançar nas esferas econômica e social. A democracia se concretiza no cotidiano, exigindo regras de convivência, respeito, justiça social, direitos humanos, dissensos e consensos e gestão estratégica. O conflito lhe é inerente e, portanto, deve-se estar sempre atento à busca de negociações, apresentando alternativas que envolvam os diversos segmentos da sociedade.

A nossa história político-econômica, acrescida de uma tradição cultural autoritária, clientelista dos nossos governantes e do nosso empresariado, da pouca convivência com o processo de democratização (instaurado após a Ditadura Militar) ao pretender conquistar o desenvolvimento sustentável, só poderia defrontar-se com tais contradições.

Nas últimas duas décadas vem aumentando o interesse e conseqüente investimento do empresariado brasileiro na área social. Discutem-se temas sobre o gerenciamento social, implementação de projetos sociais comunitários, o empresário ético e a responsabilidade social.

Na compreensão dos institutos, fundações, associações empresariais que vêm buscando assumir uma gestão socialmente responsável nos negócios, a responsabilidade social empresarial é uma forma de conduzir as ações organizacionais pautada em valores éticos que visem integrar todos os protagonistas de suas relações: clientes, fornecedores, consumidores, comunidade local, governo (público externo) e direção, gerência e funcionários (público interno), ou seja, todos aqueles que são diretamente ou não afetados por suas atividades, contribuindo para a construção de uma sociedade que promova a igualdade de oportunidades e a inclusão social no país. As empresas, adotando um comportamento socialmente responsável, são poderosos agentes de mudança ao assumirem parcerias com o Estado e a sociedade civil, na construção de um mundo economicamente mais próspero e socialmente mais justo.

É o caso de se perguntar quais são os motivos que têm impulsionado segmentos do empresariado brasileiro a adotar a postura de responsabilidade social empresarial.

Historicamente, a filantropia e a assistência não fizeram parte da cultura empresarial brasileira. Segundo Rico (2001), até o início do nosso processo de industrialização e mesmo a partir dele as ações sociais empresariais foram heterogêneas, pontuais, dependentes e tuteladas pelo Estado. Inexistiam ações assistenciais sistemáticas aos pobres, a partir de medidas tomadas pelo Estado. A prática dessas ações era uma forma de os ricos ascenderem aos valores aristocráticos, pela prática do "bem" através de esmolas (SPOSATI, 1988). O Estado brasileiro limitava-se a reconhecer as ações assistenciais praticadas pelas irmandades, atribuindo um papel diferenciado à Igreja.

A assistência social privada, agraciada como benesses estatais, era a forma transfigurada com que o poder público insinuava assistir à miséria [...] sustentada pela Irmandade de Misericórdia, forma combinada do público e privado, do religioso e leigo [...] (SPOSATI, 1988, p. 85).

Tal postura assistencialista, via de regra, usada como sinônimo de filantropia, consiste na prestação de um auxílio material ou financeiro destinado

a atender uma problemática imediata tal como alimentação, saúde, habitação, dentre outras. A prática clientelista envolve uma relação de dominação e dependência estabelecida entre quem detém o poder sobre os serviços sociais e os usuários.

Rico (2001) acrescenta que as ações heterogêneas e pontuais da filantropia privada explicam-se, historicamente, pelo papel que a burguesia brasileira desempenhou no processo de acumulação capitalista, ou seja, dependente e tutelada pelo Estado, demonstrando desinteresse por constituir uma identidade de classe dominante no processo de constituição de um capitalismo nacional e na contribuição de um desenvolvimento econômico, político e social.

A proposta do empresariado brasileiro não era pautada em princípios liberais, na defesa da livre iniciativa e do livre mercado, pois sua opção deu suporte à intervenção estatal em várias áreas da economia, em especial naquelas em que o setor privado não tinha interesse em atuar ou em áreas que exigem um longo prazo de investimento, como é o caso dos setores da infraestrutura (BOSCHI, 1990).

Tal postura do empresariado, desvinculada de uma identidade de classe burguesa nacionalista, tutelada e dependente do Estado, usufruiu, obviamente, de suas benesses, praticamente até o regime militar.

A partir do processo de transição democrática, nos anos 70 e especialmente a partir da década de 80, é que se pode identificar uma ação social empresarial com a expectativa de participação no desenvolvimento social do país.

Nos anos 80, a intensificação do processo tecnológico – acréscimo do surgimento das sofisticadas tecnologias de informação, da eliminação das fronteiras dos Estados nacionais, da socialização dos valores liberais de mercado e da polarização nacional-global – se associou ao processo que se denominou globalização econômica.²

A internacionalização da economia e a conseqüente abertura para um mercado global implementaram de forma rigorosa o novo modo de ser das relações econômicas. O capital empresarial não está vinculado a um Estado-nação enquanto lócus de aplicação do mesmo.

Diante dessa nova organização empresarial global, as organizações privadas possuem uma nova diretriz nos rumos da obtenção do lucro, pois simplesmente as vantagens oferecidas em relação a valores (preços) não estão sendo suficientes para a obtenção de um mercado consumidor. Cada vez mais a qualidade do produto está relacionada à relação da empresa com a sociedade e seu comportamento ético e esses fatores determinam o comportamento dos consumidores (PAES, 2003, p. 25).

Segundo Mifano (2002), a responsabilidade social das organizações surgiu num contexto no qual há uma crise mundial de confiança nas empresas. Para tanto, as organizações empresariais começaram a promover um discurso politicamente correto, pautado na ética, implementando ações sociais que podem significar ganhos em condições de qualidade de vida e trabalho para a classe trabalhadora ou, simplesmente, podem se tornar um mero discurso

de *marketing* empresarial desvinculado de uma prática socialmente responsável.

Uma das consequências de um projeto social bem-sucedido é o seu reconhecimento institucional, comunitário e social; em outras palavras, a construção de uma imagem positiva por meio de um investimento que contribuiu diretamente para a melhoria da vida comunitária, provocando impactos positivos na comunidade. As organizações empresariais têm como tendência financiar atividades, dando preferência àquelas relacionadas com os bens e serviços que produzem ou comercializam. Hoje há uma preocupação no sentido de avaliar até que ponto as práticas de responsabilidade social de uma empresa são percebidas pelo consumidor e reforçam a sua marca e como desenvolver um planejamento integrado no qual as ações sociais sejam incorporadas à valorização da marca da empresa.

Destaque-se que a responsabilidade social empresarial está associada de forma intrínseca a dois fatores, que definem a essência da sua prática: ética e transparência na gestão de negócios.

Estes fatores concretizam-se no cotidiano das organizações privadas. Há empresas que ofertam produtos e serviços de reconhecida qualidade para seus consumidores. Todavia, se no desenvolvimento de suas atividades utilizam a prática de jogar dejetos nos rios, não estarão sendo éticas nas suas relações com a sociedade, revelando uma atividade negligente em relação ao meio ambiente. Rios poluídos geram doenças e enormes gastos com a saúde curativa, com tratamento de água e esgoto (saneamento básico), prejuízos em atividades como pesca ou turismo, etc. As prefeituras terão de proceder a recuperação da água poluída com verbas provenientes de impostos que arrecadam do cidadão, ou seja, o cidadão paga duas vezes por aquilo que não provocou: quando compra o produto e quando o seu dinheiro é destinado à recuperação da água poluída. O resultado prático, segundo Dowbor (2001), é uma sociedade que, além de perder dinheiro, vai perdendo o que lhe é essencial: a sua qualidade de vida.

Nesse sentido, o ser ético nos negócios supõe que as decisões de interesse de determinada empresa respeitem os direitos, os valores e os interesses de todos os indivíduos que de uma forma ou de outra são por ela afetados (INSTITUTO ETHOS, 2003).

Transparência é o outro conceito central da responsabilidade social empresarial que caminha ao lado da atitude ética. Ser transparente é atender às expectativas sociais, mantendo a coerência entre o discurso e a prática e não sonegando informações importantes sobre seus produtos e serviços.

Um dos instrumentos notáveis que incentiva a atitude de comunicação transparente da empresa com os públicos com os quais se relaciona é o balanço social.

O balanço social é um documento publicado anualmente, reunindo um conjunto de informações sobre as atividades econômicas, ambientais e sociais desenvolvidas pela empresa que apresenta os seus principais compromissos públicos, as metas para o futuro, os problemas que imagina enfrentar e os possíveis parceiros com quem pretende trabalhar para equacionar os desafios previstos. Por meio do balanço social, a empresa mostra o que fez pelos

empregados e seus dependentes e pela população sobre quem exerce influência direta. É "um instrumento pelo qual a empresa divulga o investimento em projetos e/ou ações sob a ótica da responsabilidade social" (MENEGASSO, 2002, p. 8).

Embora não seja obrigatória a divulgação do balanço social no Brasil, algumas instituições como a Fundação Instituto de Desenvolvimento Empresarial e Social – Fides e o Instituto Brasileiro de Análises Sociais – Ibase vêm desenvolvendo modelos de balanço social com o objetivo de incentivar e facilitar a sua publicação pelas empresas. O próprio Ibase, em 1997, divulgou um modelo baseado na Lei n. 3.116.

Reconhecer publicamente os esforços da responsabilidade social desenvolvidos por empresas é o objetivo do Selo Empresa Cidadã, que em 2003, em sua 3ª edição, premiou 28 organizações privadas. Essa iniciativa foi criada a partir da Resolução Legislativa n. 05/98, de autoria da então vereadora Aldaíza Sposati.

O Selo Empresa Cidadã é concedido a organizações que contribuem para o desenvolvimento da comunidade e que adotam um comportamento ético na busca da consolidação da cidadania. Este prêmio é concedido às empresas que se destacam nas seguintes áreas do balanço social: meio ambiente, ambiente de trabalho, ambiente social e qualidade de vida, ambiente urbano, qualidade dos produtos e serviços, desenvolvimento dos direitos humanos e difusão da conduta de responsabilidade social. É através do balanço social que as empresas tornam públicos os seus compromissos e condutas de responsabilidade social, difundindo o vínculo entre a ética e o processo produtivo. O balanço social é um instrumento de controle sobre as obrigações das empresas em relação a todos os seus atores: empregados, clientes, fornecedores financiadores, comunidades (governos locais e nacionais, além daquelas obrigações relacionadas aos proprietários).

As empresas que recebem o Selo Empresa Cidadã adquirem algumas vantagens: podem utilizá-lo em produtos, embalagens, propagandas e correspondências. Conseqüentemente, passam a ser reconhecidas pelo compromisso com a qualidade de vida, equidade e desenvolvimento dos funcionários e sua família, pela comunidade e preservação do meio ambiente (CIEE, 1999).

Salienta-se que são segmentos do empresariado que defendem a ideia da elaboração e da divulgação do balanço social como um instrumento de demonstração do seu envolvimento social junto à sociedade, considerando inclusive que o mesmo é um dos indicadores da responsabilidade social empresarial.

A nova política de desenvolvimento deve se basear na busca incansável da transformação produtiva com equidade social. A nova ética é a da co-responsabilidade dos grandes setores da vida brasileira (governo, mundo empresarial e terceiro setor) no enfrentamento das desigualdades sociais intoleráveis (SENNA, 2001, p. 11).

Viviane Senna é a responsável por um dos institutos que mais tem se destacado nas questões da implementação de projetos sociais aliada aos princípios da responsabilidade social empresarial: Instituto Ayrton Senna.

Nesta fala destaca-se o seu propósito dirigido ao "enfrentamento das desigualdades sociais intoleráveis", ou seja, a questão social no Brasil de hoje.

Esta questão é aqui compreendida *como um processo de exclusão social que não é passageiro, mas ao contrário, amplia-se e se reproduz [...], perpetuando-se no âmbito dos diferentes níveis da prática social* (NASSER, 2000, p. 305).

Esse processo reflete-se sob a forma de sucessivas perdas na totalidade da vida dos indivíduos, enquanto seres sociais. Entende-se que a centralidade do processo de exclusão social vincula-se ao conjunto de problemas políticos, sociais e econômicos intrínsecos à sociedade capitalista.

O processo de exclusão social supõe o conceito de pobreza, expresso através de um parâmetro monetário vinculado ao custo de atender às necessidades básicas no âmbito privado, ou seja, as despesas necessárias para atingir o mínimo de bem-estar considerado aceitável em determinada região do país. Outros componentes que são incluídos no conceito de pobreza envolvem outros aspectos de condição de vida não imediata ou diretamente vinculadas à renda corrente – como condições de moradia e acesso a serviços públicos básicos (ROCHA, 2001, p. 72).

Sendo a pobreza um fenômeno associado a várias causas inter-relacionadas, tais como baixo nível de escolaridade, crescente expansão das atividades informais no mercado de trabalho, redução dos postos de trabalho e desemprego, é imprescindível destacar que a incidência da pobreza absoluta no Brasil está indissolúvelmente associada à forte desigualdade na distribuição de renda.

Conforme dados publicados na *Folha de S.Paulo*, em 2/04/2004, 2,4% das famílias detêm 33% da riqueza produzida no país, proporção que vem aumentando desde a década de 80 (quando perfaziam um total de 1,8%), passando a concentrar mais riqueza. As famílias ricas, em 2000, referem-se às que tinham renda mensal superior a R\$ 10.982, em valores de hoje.

Considerações Finais

Com a reforma do Estado ocasionada pela crise financeira e econômica iniciada nos anos 90, teve início em 1995 uma nova fase na história do terceiro setor no Brasil; onde o terceiro setor deixou de ser um mero colaborador marginal que tinha desde o fim do século XIX até meados dos anos de 1990 para atuar em uma relação formal de parceria com o setor público firmada e articulada no âmbito da gestão social. Esta parceria formal fomentou ainda mais o estabelecimento do "elo" entre cidadania e sociedade vista sob o ângulo da responsabilidade social.

Diante desse contexto, verificou-se que as organizações do terceiro setor, a exemplo das organizações da sociedade civil, passaram a integrar um novo modelo de gestão social que privilegia a participação da comunidade, o envolvimento cooperativo com outras instituições e a construção de sistemas de avaliação e controle qualitativo, bem como atenção vigilante aos processos de instrumentação das políticas sociais.

Dessa forma, os objetivos inerentes das organizações do terceiro setor são facilmente abordados, ou seja, o desenvolvimento (1) político, (2)

econômico, (3) social e (4) cultural no meio em que cada OS (Organização Social) atua; cumprindo sua principal finalidade que é o alcance do “bem-estar social”.

Este novo modelo de gestão social se fundamentou em um processo de organização, decisão e produção de bens públicos de proteção social, que se desenvolve perseguindo uma missão institucional de uma organização que tende a incorporar atributos do espaço público não estatal, na abordagem que faz da questão social. Esses atributos são os elementos que, de forma coordenada e convergente, devem ser observados e tomados como parâmetros no desenvolvimento do processo de gestão.

Nesse sentido, é importante destacar que a esfera pública representa a sociedade civil na qual com seus anseios manifestados e segundo Cançado (2011, *in* AFFONSO *et al.*, 2018 p.183), existem três categorias teóricas em esfera pública, no contexto da gestão social: (1) a democracia deliberativa, que pode ser considerada como processo decisório da gestão social; (2) a racionalidade para a condução da gestão social e, por fim, (3) as comunidades de prática, como dinâmicas de interação da gestão social na esfera pública.

Dentre essas categorias destaca-se aqui a “democracia deliberativa” que por meio dela é possível oportunizar maiores chances de emancipação do homem, exercitando as faculdades políticas inerentes a qualquer cidadão que entenda ser considerado um direito natural a sua participação nas decisões de gestão pública que afetem a vida das pessoas em geral.

Portanto, entende-se que as organizações do terceiro setor são instituições dotadas de instrumentos próprios de avaliação de processos que alcançam o controle social da gestão e que são capazes de superar a visão assistencialista do passado e determinar-se como um espaço local de proteção e garantia social; tornando-se um “elo” robusto de proteção entre a sociedade e a cidadania, deixando ainda a lacuna para ser preenchida no que tange a estratégias e políticas de desenvolvimento sustentável.

Compreende-se, também, que para segmentos do empresariado envolvidos com os princípios da responsabilidade social empresarial e que procuram implementar projetos sociais, mesmo que incipientes diante da crise social em que está mergulhado o Brasil, é um grande desafio assumir na prática uma nova gestão empresarial.

Referências

AFFONSO, Ligia Maria Fonseca; GONÇALVES, Guilherme & TEIXEIRA, Vanessa. **Gestão social**. Porto Alegre: SAGAH, 2018. 192 p..

BOSCHI, R.R.; DINIZ, E. **Empresários e constituinte: continuidade e rupturas no modelo de desenvolvimento capitalista no Brasil**. In: CAMARGO, A.; DINIZ, E. (Org.). Continuidade e mudança no Brasil na Nova República. São Paulo: Vértice: Revista dos Tribunais, 1989.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm, acessado em 10 de novembro de 2020.

BRASIL. **Lei 13.019 de 2014**. Estabelece o regime jurídico das parcerias entre a administração pública e as organizações da sociedade civil, em regime de mútua cooperação, para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco, mediante a execução de atividades ou de projetos previamente estabelecidos em planos de trabalho inseridos em termos de colaboração, em termos de fomento ou em acordos de cooperação; define diretrizes para a política de fomento, de colaboração e de cooperação com organizações da sociedade civil; e altera as Leis nºs 8.429, de 2 de junho de 1992, e 9.790, de 23 de março de 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/13019.htm, acessado em 10 de novembro de 2020.

CABRAL, Eloisa Helena de Souza. **Terceiro setor: gestão e controle social**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. 248 p..

CIEE – Centro de Integração Empresa-Escola. Revista Agitação, Brasília, ano Revista Agitação, Brasília, ano V, n. 30, out./dez. 1999.

DOWBOR, L. **Gestão social e transformação da sociedade**. In: DOWBOR, L.; KILSZTAJN, S. (Org.). Economia social no Brasil. São Paulo: Ed. Senac, 2001. p. 17-41.

MENEGASSO, M.E. **Responsabilidade social das empresas: um desafio para o Serviço Social**. São Paulo, 2001. (Texto apostilado).

MIFANO, G. **A crise mundial de confiança nas empresas: uma questão de Responsabilidade Social**. Disponível em: . Acesso em: 28/08/2003. (Evento da Bolsa de Valores de São Paulo, 14/08/2002).

NASSER, A.C.A. **Sair para o mundo – trabalho, família e lazer: relação e representação na vida dos excluídos**. In: DOWBOR, L.; KILSZTAJN, S. (Org.). Economia Social no Brasil. São Paulo: Ed. Senac-SP, 2001. p.305-314.

PAES, A. **A Responsabilidade Social Empresarial (RSE): espaço de intervenção profissional do Serviço Social**. 2003. Trabalho de Conclusão de Curso. Faculdade de Serviço Social da PUC-SP, São Paulo, 2003.

RICO, E.M.. **Filantropia Empresarial e a Gestão de Projetos Sociais**. 2001. 159 p. Tese (Doutorado). Estudos de Pós-Graduação em Ciências Sociais da PUC-SP, São Paulo, 2001.

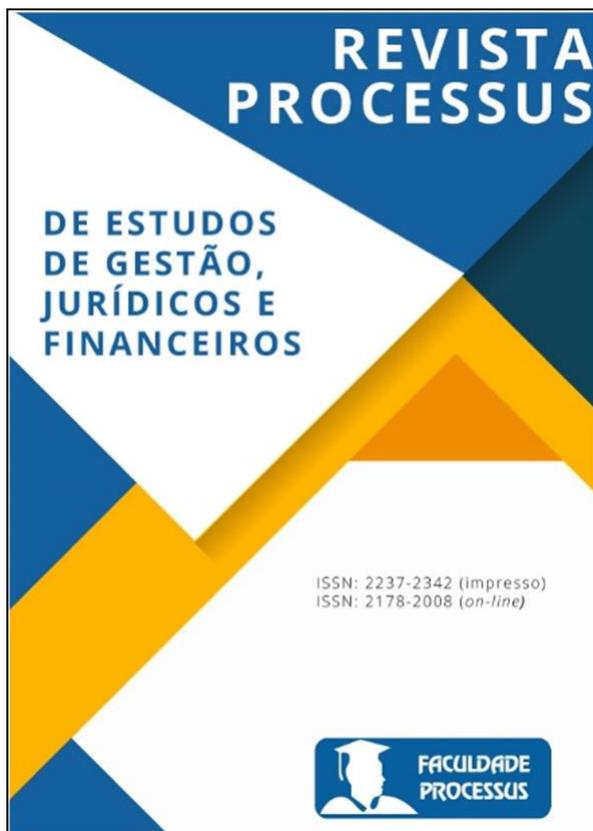
_____ **Gestão Social e Exclusão: o paradoxo do desenvolvimento econômico, viável, social e ambientalmente sustentável**. Cadernos de Serviço Social. Faculdade de Serviço Social. PUC-Campinas. Ano XI, n. 20/21, p. 7-27, jan./dez. 2002b.

_____. **O empresariado, a filantropia e a questão social.** São Paulo em Perspectiva, São Paulo, Fundação Seade, v. 11, n. 4, p. 60- 69, out.-dez. 1997.
ROCHA, S. Alguns consensos sobre a pobreza no Brasil. In: DOWBOR, L.; KILSZTAJN, S. (Org.). Economia Social no Brasil. São Paulo: Ed. Senac-SP, 2001. p. 71-88.

RODRIGUES. Maria Cecília Prates. **Demandas Sociais versus Crise de Financiamento:** o papel do terceiro setor no Brasil. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/28327> , acessado em 10 de novembro de 2020.

SENNA, V. **O caminho dos caminhos. 10 mandamentos para a carreira.** Folha de S.Paulo, São Paulo, 22 abr. 2001. Folha Empregos. Edição Especial, p.11.

SPOSATI, A.O. et al. **A assistência na trajetória das Políticas Sociais Brasileiras.** São Paulo: Cortez, 1985.



Revista Processus de Estudos de Gestão, Jurídicos e Financeiros

ISSN: 2237-2342 (impresso)

L-ISSN: 2178-2008 (on-line)

Tramitação editorial:

Data de submissão: 21/10/2020

Data de reformulação: 11/11/2020

Data de aceite definitivo: 12/12/2020

DOI: <https://doi.org/10.5281/zenodo.4319208>

Data de publicação: 12/12/2020.

DIREITO À SAÚDE E A PANDEMIA DA COVID-19: DESAFIOS PARA O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO BRASILEIRO

COVID-19 RIGHT TO HEALTH AND THE PANDEMIC: CHALLENGES FOR THE DEMOCRATIC STATE OF BRAZILIAN LAW

Alexsandro Dantas Maia¹

Resumo

O presente artigo reflete sobre como o Estado brasileiro compreende e promove o direito à saúde no país, tendo como eixo de análise a criação e o fundamento constitucional do Sistema Único de Saúde – SUS, bem como, sob uma perspectiva crítica, identificar os percalços referentes aos investimentos públicos, à inabilidade governamental em sua gestão e os efeitos da lógica neoliberal no que tange às políticas públicas de saúde em tempos de pandemia. Neste cenário, observou-se o processo de judicialização do direito à saúde, em que, muitas vezes, é necessário recorrer ao Poder Judiciário, à jurisdição constitucional, a fim de remediar a omissão estatal na garantia de direitos fundamentais. Destacou-se, em especial, as perspectivas jurisdicionais do substancialismo e procedimentalismo no contexto da saúde. Por fim, analisou-se o direito à saúde e as medidas governamentais no enfrentamento à pandemia do novo coronavírus e o impacto nas deliberações judiciais dentro do que se convencionou chamar jurisdição de crise.

¹ Professor de Direito pela Faculdade Processus. CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2070812436209413>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-4858-3765>. E-mail: alexmaia80@gmail.com

Palavras-chave: Direito à saúde. SUS. Estado Democrático de Direito. Jurisdição constitucional. Covid-19. Substancialismo *versus* procedimentalismo. Jurisdição de crise.

Abstract

This article will reflect on how the Brazilian State sees and promotes the right to health in the country, starting from a pioneering proposal (the Unified Health System – SUS – created from the interpretation of the constitutional text), but coming up against multiple difficulties, such as lack of investment, management inability and the advancement of the neoliberal vision in the creation of public policies. Faced with this scenario, the alternative way to assert the right to health is often to resort to the Judiciary, to constitutional jurisdiction, which aims to remedy the state's omission in guaranteeing rights, if this is verified by the judge's interpretation (substantialism versus proceduralism). Based on this reflection, and still from the perspective of the right to health, governmental measures to deal with the pandemic of the new coronavirus and the impact on judicial deliberations inside of what is conventionally called crisis jurisdiction will be analyzed.

Keywords: *Right to health. SUS. Democratic state. Constitutional jurisdiction. Covid-19. Substantialism versus proceduralism. Crisis jurisdiction.*

Introdução

Surgiu, após a Segunda Guerra Mundial, primeiramente na Alemanha – e rapidamente se alastrou para outras nações ocidentais – a noção de dignidade humana atrelada ao sentido de liberdade individual, de igualdade, de solidariedade e de segurança. Tais conceitos são relacionados em torno da preservação de direitos civis e políticos, em uma dimensão negativa, que pressupõe uma não ação do poder público, e, também, como parte constituinte de uma coletividade que precisa ser assistida pelo Estado em suas necessidades básicas, ou fundamentais, como o direito à moradia, à educação e à saúde, sobretudo em uma dimensão positiva, prevendo a obrigação estatal em promover o bem-estar social e a sua manutenção (CIARLINI, 2008, p. 22).

No Brasil, a Constituição Federal de 1988, considerada mundialmente como uma das avançadas do mundo no que diz respeito à defesa de direitos e garantias fundamentais, é categórica quanto ao papel do Estado de prover uma existência digna aos cidadãos brasileiros, de garantir o mínimo existencial aos mais vulneráveis, sem o qual não é possível, inclusive, em falar-se em liberdade e democracia. Essa determinação constitucional adquire uma sobrepujante importância diante da desigualdade social vigente no país, considerado um dos mais desiguais do mundo:

[...] A metade mais pobre da população, quase 104 milhões de brasileiros, vivia com apenas R\$ 413 mensais, considerando todas as fontes de renda. No outro extremo, o 1% mais rico – somente 2,1 milhões de pessoas – tinha renda média de R\$ 16.297 por pessoa. Ou seja, essa pequena fatia mais abastada da população ganhava quase 40 vezes mais que a metade da base da pirâmide populacional.²

² SAMPAIO, Vitor Hugo. O mínimo existencial: O direito a uma existência digna diante do colapso do Estado de bem-estar social. *Jus.com.br*. São Paulo: 2020. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/79850/o-minimo-existencial-o-direito-a-uma-existencia-digna-diante-do-colapso-do-estado-de-bem-estar-social>. Acesso em 19 junho 2020.

Logo após promulgação da Carta Magna, é criado o Sistema Único de Saúde – SUS, cujo intuito é oferecer atendimento universal e igualitário à população brasileira, no sentido de assegurar serviços médicos de toda e qualquer natureza já documentada (cobertura completa) e promovendo a prevenção de doenças e o aumento da qualidade de vida em programas como o Saúde da Família. (REVISTA SAÚDE PÚBLICA, v. 34, 2000)

A implantação de um sistema unificado para o atendimento integral à saúde em um país de dimensão continental como o Brasil revelou-se um desafio, que demandou a construção política com representantes públicos, cientistas, médicos e da própria comunidade civil, ativa em assembleias convocadas para debater a criação de políticas públicas na área, esforços conjuntos visando o cumprimento do compromisso assumido pelo Estado, por meio de sua Constituição, de satisfazer o direito de todos à saúde.

O SUS é inaugurado seguindo um modelo assistencialista, focado nos atendimentos hospitalares e de emergência – e permanece assim até hoje em muitas localidades –, modelo esse que se mostrou insuficiente e dispendioso, o que possibilitou os primeiros questionamentos sobre métodos alternativos que tornassem a assistência à saúde mais eficiente. (REVISTA SAÚDE PÚBLICA, v. 34, 2000)

A partir da promulgação da Constituição Federal em 1988, foram definidas como diretrizes do Sistema Único de Saúde (SUS) a universalização, a equidade, a integralidade, a descentralização, a hierarquização e a participação da comunidade. Ao ser desenvolvido sobre esses princípios, o processo de construção do Sistema Único de Saúde visa reduzir o hiato ainda existente entre os direitos sociais garantidos em lei e a capacidade efetiva de oferta de ações e serviços públicos de saúde à população brasileira.³

1. As transformações do Sistema Único de Saúde

O Ministério da Saúde apresentou que o SUS surge como “um modelo caro, ineficiente e desumano, que degrada a prática profissional e não atende às necessidades da população”, (REVISTA SAÚDE PÚBLICA, v. 34, 2000, p. 1); afirmação feita numa cartilha institucional do órgão sobre o Programa Saúde da Família, colocado em prática a partir de 1994, e cujo objetivo seria o de corrigir os erros de uma gestão voltada para o assistencialismo e para a utilização irracional de seus recursos tecnológicos. A nova proposta traz, então, uma gestão mais focada na prevenção.

Acontece, portanto – a partir da implantação deste novo programa, inspirado em experiências exitosas em países como Canadá, Reino Unido e Cuba – uma mudança de paradigma na gestão do SUS, que passa a investir numa relação mais próxima com a comunidade atendida por ele, a fim de identificar carências, prevenir doenças, e, como resultado, melhorar a qualidade de vida da população e diminuir a procura por atendimentos, racionalizando melhor, assim, o dinheiro investido.

O Programa Saúde da Família concentra-se na atenção básica, como postos, centros ou unidades básicas de saúde, o que é geralmente lembrado como a mudança estrutural mais importante implementada na saúde pública brasileira, já que o foco passa a ser, por meio de “ações básicas”, evitar que as pessoas adoçam. Apesar da empolgação inicial com a medida, já se admitia que a implementação de melhorias

³ FEDERAL, Governo. Informes Técnicos Institucionais: Programa Saúde da Família. *Revista Saúde Pública*. Vol. 34 n. 3. São Paulo: 2000.

deveria ser realizada no sistema como um todo, na atenção integral, como regem os princípios norteadores da criação do SUS. (REVISTA SAÚDE PÚBLICA, v. 34, 2000, p. 3)

Outra mudança significativa dentro Sistema Único de Saúde em busca por melhorias na qualidade do atendimento foi a descentralização de sua gestão, implementada a partir de 1995, elevando os municípios brasileiros à condição de gestores do SUS, responsáveis por ofertar todos os serviços de saúde dentro de suas fronteiras, modalidade de gestão definida com “gestão municipal plena e semiplena”. (MENDES, 2005)

Contudo, para manter os programas de saúde ativos, a maioria destes de iniciativa do Governo Federal, o repasse de dinheiro para o SUS continuaria a ser feito em seis partes: atenção básica, vigilância em saúde, medicamentos, média e alta complexidade e gestão e investimento. O parcelamento assim feito cobriria o financiamento de todos os setores da assistência à saúde.

Isso também foi modificado, recentemente, por iniciativa do Poder Executivo: não há um direcionamento específico dos repasses financeiros para cada setor da saúde, desde 28 de dezembro de 2017. Com isso, é feito um repasse único para a área, cabendo ao município a decisão de como investir, conforme resolução da portaria n. 3.992, o que, para muitos teóricos sobre o assunto, representa um grande retrocesso. (NEVES, 2018)

A mudança é preocupante num momento em que as doenças crônicas são responsáveis por mais de 70% das mortes, e se a gente não cuidar delas na atenção básica, essa pessoa pode ter um AVC, pode ter sequelas que incapacitem para o trabalho o resto da vida. Teremos um modelo que investe menos em promoção e prevenção, que reduzirá a cobertura e acesso na atenção, que concentrará em oferta de consultas especializadas e pronto-atendimento, piorando muito a qualidade de vida e os indicadores de saúde da população.⁴

O investimento em saúde, porém, em nenhum momento foi considerado suficiente ou atendeu satisfatoriamente às expectativas de gestores, servidores públicos ou da população em geral; e o resultado disso é uma gradual precarização do SUS, que ainda hoje oferece um serviço muito aquém de sua pretensa capacidade inicial, e deixa descobertos mesmo os mais vulneráveis, que, em muitos casos, sequer são atendidos por qualquer programa social.

No intuito de possibilitar uma oferta mais democrática no atendimento à saúde, o Mais Médicos, implementado em 2013, no governo da então presidente Dilma Rousseff, levou profissionais da saúde cubanos (por intermédio da Organização Pan-americana de Saúde – OPAS) e de outras nacionalidades a lugares recônditos do Brasil, locais com enorme carência de mão de obra. O número de profissionais inscritos no programa chegou a 24 mil entre 2011 e 2015, e representou uma melhoria significativa da qualidade de vida das pessoas alcançadas. Entretanto, o projeto recebeu duras críticas durante toda a sua vigência, principalmente pela modalidade de contrato de trabalho assinado entre a OPAS e os profissionais cubanos, que prevê o repasse de parte do salário dos profissionais ao governo do seu país, de regime comunista. Na mudança de governo, o programa foi reformulado (Médicos pelo Brasil) e foram prioritárias as vagas para profissionais brasileiros. O novo texto ainda veta a

⁴ NEVES, Julia. Ministério da Saúde altera a distribuição de repasses do SUS. *EPSJV/Fiocruz*. Rio de Janeiro: 2018. Disponível em: <http://www.epsjv.fiocruz.br/noticias/reportagem/ministerio-da-saude-altera-a-distribuicao-de-repasses-do-sus>. Acesso em 12 junho 2020.

participação dos cubanos já inseridos no projeto em seu formato anterior, limitando em muito o seu real alcance. (PAULA, 2017)

Em dezembro de 2016, sob o comando do então presidente Michel Temer e movido como nunca pelos preceitos neoliberais, o Governo Federal concentrou sua energia na pretensão de pagamento da dívida pública e na intensificação do livre mercado, congelando, com anuência da maioria de deputados e senadores, os gastos com saúde e educação por vinte anos, entendimento trazido pela Emenda Constitucional n. 95, de 15 de dezembro de 2016. A proposta inicial incluía o congelamento do salário mínimo, em uma explícita despreocupação com políticas sociais garantidoras do mínimo existencial, porém essa medida foi rejeitada pelos congressistas.

Essa política neoliberal, tão em voga no mundo contemporâneo, apareceu primeiramente na Europa, nos anos 1970, tendo reflexos nos movimentos de contrarreforma, nos anos 1980, no Brasil, e propõe uma intervenção mínima do Estado na economia, pois julga-o como uma instituição deficitária e pernicioso para o pleno desenvolvimento econômico do mercado. Sua postura é, portanto, diametralmente oposta ao Estado redutor de desigualdades sociais previsto na Constituição brasileira, num claro intento de dirimir os avanços sociais garantidos por ela. (NEVES, 2018)

O que as correntes neoliberais propõem, em seu pluralismo, é uma forte mudança na cultura política e nos modos de regulação do Estado, a partir de um conceito de liberdade que se esteia em uma ontologia mercantil. O que a tradição neoliberal propõe é uma refundação do Estado liberal democrático, uma profunda reorganização de seu regime de regulação, uma positivação do conceito de liberdade em direção a seu sentido mercantil, em detrimento dos fundamentos da soberania popular e do universalismo de direitos.⁵

O SUS, que já atravessava dificuldades para oferecer um bom atendimento à população, após o congelamento do orçamento, precisou afunilar ainda mais as políticas de saúde básica para grupos vulneráveis, e, em 2019, o programa Farmácia Popular, que oferecia remédios gratuitos, inclusive de alto custo, à população carente, é também encerrado, deixando de atender sete milhões de pessoas.

Como reflexo da diminuição progressiva do interesse e do investimento na saúde pública, verifica-se um aumento nos processos judiciais de iniciativa popular que buscam, na intermediação do Judiciário, reparar danos por negligência no atendimento público à saúde ou obrigar o Estado a comprar medicamentos e garantir internações.

A jurisdição constitucional, compreendida como uma série de estruturas de julgamento sobre matérias previstas na Constituição, quando amparada por teorias substancialistas⁶, tende a atuar em desfavor da Administração Pública em processos cuja parte queixante é o usuário do Sistema Único de Saúde, que reivindica o seu direito fundamental à saúde. Todavia, cada vez mais essa forma de deliberação do Poder Judiciário vem sendo contestada por teóricos da área do Direito em teses e artigos científicos, e essa contestação começa a também ser acolhida pelos tribunais

⁵ GUIMARÃES, Juarez Rocha; SANTOS, Ronaldo Teodoro dos. Em busca do tempo perdido: anotações sobre os determinantes políticos da crise do SUS. *Scielo Saúde Pública*. Disponível em: <https://www.scielosp.org/article/sdeb/2019.v43nspe8/219-233/>. Acesso em 11 out. 2020.

⁶ “Em síntese, as teorias substancialistas defendem uma atuação mais ativa da jurisdição constitucional na perspectiva de uma defesa material e conteudística dos direitos fundamentais, justificando sua tese em grande medida pela necessidade de tal atuação ante a inefetividade da Constituição e a omissão dos poderes legislativo e executivo.” (GALDINO, 2016, p. 8)

(substancialismo *versus* procedimentalismo). Além disso, as constantes discussões e deliberações judiciais sobre a matéria direito à saúde também recebe muitas críticas, o que tem sido chamado constantemente de judicialização da saúde, assunto do nosso próximo capítulo. (CIARLINI, 2008)

2. Substancialismo *versus* Procedimentalismo: o direito à saúde sob perspectivas antagônicas nas deliberações judiciais

Em uma democracia representativa como o Brasil, a autonomia e a independência entre os três poderes que a constitui – Executivo, Legislativo e Judiciário – precisa ser rigorosamente respeitada para que haja uma situação de equilíbrio institucional. Cada um desses poderes tem funções bem definidas no jogo democrático. Contudo, há matérias de interesse comum, que precisam ser apreciadas por mais de um dos componentes desta tríade, como no caso do direito à saúde.

Conforme dito anteriormente, em atenção à perspectiva constitucional, espera-se uma ação positiva do Estado no sentido de garantir os direitos fundamentais de cada cidadão sob sua tutela. Essa responsabilidade cabe principalmente ao Poder Executivo, que é quem recebe o dinheiro dos impostos e o direciona aos setores da máquina pública, que presta serviços ao cidadão.

A participação popular, no entanto, é possível e prevista dentro das três esferas de poder por mecanismos diversos, como, por exemplo, a possibilidade de se propor uma petição pública ou um abaixo-assinado sobre matéria discutida no Congresso Nacional, fazer reclamações e sugestões nas ouvidorias da Administração Pública e buscar a via judicial para solução de problemas relacionadas ao Direito que não esteja ao seu alcance resolver.

A jurisdição constitucional é o que garante ao cidadão a possibilidade de uma ação processual positiva contra o Estado caso sinta-se lesado em seus direitos e garantias previstas na Carta Magna. Esta possibilidade de ação reivindicatória na justiça tem sido bastante explorada quando o assunto é o direito à saúde. Os números de processos aumentaram nos últimos anos e a tendência majoritária dentro dos tribunais é a de que, se a determinação constitucional realmente não foi cumprida – analisando sob a perspectiva do substancialismo – o Estado terá a obrigação de cumprir a determinação judicial favorável ao queixante.

Se o SUS, desde sua implantação, não conseguiu atender satisfatoriamente o direito dos brasileiros à saúde, a situação tem piorado sobremaneira com as medidas de austeridade adotadas nos últimos anos pelo Governo Federal, com apoio da maioria no Senado e na Câmara dos Deputados. Desde o *impeachment* da presidente Dilma Rousseff, o entendimento vigente, conforme a tendência neoliberal de enxugar a máquina estatal privilegiando o pagamento da dívida pública e o investimento no livre mercado, é o de que se faz necessário, no momento, uma adaptação na oferta dos serviços de saúde conforme a menor capacidade do orçamento. Essa realidade permite o surgimento de uma relativização do entendimento trazido pela Constituição sobre o direito à saúde, que passa a ser analisado também sob o viés procedimentalista, cuja prerrogativa principal é a chamada “reserva do possível”. Se ante a proposta inicial do Sistema Único de Saúde era oferecer atendimento universal e igualitário, o que a própria CONNAS (Conselho Nacional de secretários de saúde) admite é um direcionamento orçamentário às unidades que mais precisam de investimento, na tentativa de fazer cumprir ao menos a oferta do mínimo existencial aos mais vulneráveis:

[...] pode-se afirmar que a efetivação desse direito requer recursos financeiros e, conseqüentemente, uma disponibilidade orçamentária, o que leva a referir dois princípios indispensáveis em razão da peculiaridade do tema: o princípio da reserva do possível, o qual se fundamenta na ideia de que os recursos públicos necessários à efetivação de direitos sociais não são ilimitados; e o princípio do mínimo existencial, para o qual haveria um núcleo básico de direitos sociais e econômicos vinculados à noção de garantia da dignidade humana, e estes deveriam ser sempre, e de imediato, tutelados. Deve-se pensar que tanto os recursos financeiros como os recursos humanos são limitados e, diante disso, diversas vezes precisam ser feitas escolhas.⁷

É natural e até sensato (mas não ideal) considerar-se a noção de equidade para investir nos serviços de saúde quando o dinheiro disponibilizado é muito pouco diante das enormes necessidades da saúde pública, porém a recorrência desta estratégia tem deixado muitos descobertos, e ainda assim se mostra insuficiente até mesmo para o atendimento aos mais necessitados. Essa situação tem sucateado a estrutura do SUS ao longo do tempo que, ao invés de fortalecer-se, conseguindo investir em prevenção, pesquisa e modernização de equipamentos, ele mal consegue prover o atendimento emergencial em muitas unidades de saúde. Soma-se a isso a suspensão do custeio de muitos remédios de alto custo, a falta de profissionais, de materiais, de equipamentos, de estrutura. Tudo isso tem um impacto profundo na vida de quem só pode contar com esse recurso, o que explica a grande quantidade de processos impetrados contra o Estado e também a preocupação da CONASS a respeito do assunto:

Por existir a atuação positiva do Poder Judiciário, em razão do que prevê a atual Constituição Federal, a concretização do disposto no art. 196, no reconhecimento ao direito à saúde, por vezes apresenta-se como um verdadeiro poder individual, absoluto e irrestrito do cidadão contra o Estado, concepção esta que não é a mais adequada ao tratamento dos direitos sociais.⁸

A obrigação de indenizar usuários do SUS que buscam a justiça não é criticada apenas por setores da Administração Pública, isso está, na verdade, gerando um grande debate dentro e fora dos tribunais, entre teóricos sobre assunto, que denunciam uma relação antagônica entre a visão substancialista (que prevê obrigatoriedade da satisfação dos direitos fundamentais pelo Estado) e a visão procedimentalista (noção de liberdade ligada à autonomia, cumprimento dos direitos constitucionais dentro da “reserva do possível” e com intervenção mínima do Poder Judiciário) com grande prejuízo para a última. (CIARLINI, 2008)

Nesse contexto, cresce o número de teses condenando o que tem sido chamado de Judicialização da saúde, sob o argumento de que isso tem trazido um grande prejuízo para Estado e para a população, pois o impacto das indenizações pagas recai, segundo a teoria procedimentalista, numa menor alocação de recursos no atendimento à coletividade.

É fato que, há alguns anos, entre 2012 e 2016, houve uma grande elevação do número de pacientes do SUS que precisavam de medicação de alto custo e, não

⁷ SIMON, Letícia Coelho. Artigo Desafio: Concretização do Direito à Saúde Pública no Brasil. In: CONASS. *Para Entender a Gestão do SUS: Direito à Saúde*. p. 5-6 [2015]. Disponível em: https://www.conass.org.br/biblioteca/pdf/colecao2015/CONASS-DIREITO_A_SAUDE-ART_31.pdf. Acesso em 3 de maio de 2020.

⁸ Ibidem.

encontrando nas farmácias do sistema, procuravam a via judicial para exigir a compra do remédio pelo governo:

A explosão do número de ações judiciais no país por falta de distribuição de determinados remédios, pelo Sistema Único de Saúde (SUS), já levou o Ministério da Saúde a desembolsar R\$ 666,3 milhões este ano [2016]. O valor, pago apenas nos cinco primeiros meses de 2016, chega a 66% de tudo o que foi gasto em 2015, quando a pasta liberou R\$ 1,013 bilhão para este fim, sendo 95% destinados à compra de 22 remédios.⁹

Adeptos da corrente substancialista nas deliberações judiciais argumentam que a satisfação de um “direito fundamental” não pode ser condicionada por motivos quaisquer que sejam, que as decisões tomadas devem partir de princípios constitucionais, o que também não significa que se deva “dar tudo a todos”, “nem tudo o que se pede”, sendo imprescindível a análise de cada caso concreto. (CASTRO, 2012, p. 25)

O jurista Álvaro Ciarlini, em sua tese de doutorado – O direito à saúde entre os paradigmas substanciais e procedimentais da Constituição – faz uma crítica contundente à argumentação substancialista, que ele denomina, em vários momentos, de ativismo judicial. Sua argumentação, apesar disso, propõe uma convivência pacífica entre as duas correntes (substancialismo e procedimentalismo) dentro da Jurisdição constitucional, e, para tanto, recorre à teoria agonística de Mauffe, segundo a qual a democracia deve ser constituída não sobre a hegemonia das convicções de quem ocupa o poder, mas da convivência pacífica entre pontos-de-vista distintos, que normalmente se alternam nas posições de poder, propõe então transformar as relações antagônicas em relações agonísticas, o que pressupõe posicionamentos ideológicos irreconciliáveis, mas que convivem, não se anulam. (CIARLINI, 2018, p. 58)

3. A atuação do SUS e o direito à saúde no Brasil em tempos de pandemia da covid-19

Em dezembro de 2019, a mídia começou a noticiar o surgimento, na China, de um vírus de fácil transmissão e com alta taxa de mortalidade para a família dos coronavírus, O Sars-CoV-2, causador da covid-19, que mudaria completamente a rotina das populações ao redor do mundo na busca desesperada por contê-lo. Nem a mais otimista das previsões poderia esperar que o SUS oferecesse uma barreira consistente contra a evolução da pandemia no Brasil, sem ele, porém, o impacto da covid-19 seria ainda mais trágico.

Logo após a aceitação do cenário alarmante e inédito trazido pela propagação mundial da doença em questão de dias – muito por conta do incentivo à livre circulação de pessoas e mercadorias dentro de uma economia global capitalista –, o isolamento social e a constante higienização pessoal e de objetos tornou-se a primeira grande “arma” contra a epidemia, conforme orientação da OMS (Organização Mundial da Saúde); medidas importantes, mas insuficientes diante do problema excepcional.

A essas orientações, somou-se uma série de medidas provisórias no Congresso para propor a alocação de recursos públicos no combate à covid-19¹⁰, políticas que amparam o trabalhador informal, sem renda após a determinação do

⁹ CRESCIMENTO das ações judiciais contra o SUS. *Blog ABRAMGE*. São Paulo, 28 junho 2016. Disponível em: <https://blog.abramge.com.br/saude-em-geral/crescimento-das-acoes-judiciais-contr-o-sus/>. Acesso em 24 maio 2020.

¹⁰ Segundo dados do Governo Federal, até julho já foram repassados mais de 60 bilhões de reais para ajudar os estados e municípios no enfrentamento da crise.

fechamento da maioria dos estabelecimentos, protocolos médicos atualizados a todo momento, e, ainda assim, a contenção da doença está longe de ser alcançada no país, e muitos depositam suas esperanças na criação de uma vacina eficaz e que seja aprovada no curto prazo.

O fato de a epidemia ter começado na China, com uma rápida propagação para a Europa e apenas num segundo momento se espalhar pelas Américas, serviu para que o Brasil tentasse se preparar de alguma forma, antecipando o isolamento social e o fechamento de estabelecimentos não essenciais – medidas já adotadas em várias partes do mundo – e mobilizando profissionais em busca de um rápido enfrentamento à ameaça para quando os casos começassem a aparecer por aqui.

Mas o atraso de anos não poderia ser superado em dias ou meses, e apesar do esforço coletivo, a covid-19 tornou-se rapidamente um enorme desafio para a saúde pública brasileira, com o aumento exponencial de infectados e mortos dia após dia, e ainda hoje apresenta-se como um problema sem solução. Então, o que o Estado brasileiro deve fazer para conseguir dar uma resposta satisfatória à doença que ameaça sua população diante de um cenário tão desfavorável? Muitas medidas emergenciais foram adotadas nesse sentido, a mídia concentrou seus esforços em dar informações atualizadas sobre a covid-19 no mundo e também a nível local, denunciando uma incredulidade inicial do Executivo quanto às sérias consequências da pandemia para a saúde da população e uma movimentação ativa no Legislativo no intuito de responder aos anseios de toda uma sociedade amedrontada:

Para o caso, a Lei n. 13.979/2020, que prevê várias medidas para evitar a contaminação ou a propagação da doença, destacando-se o isolamento, a quarentena e a realização compulsória de exames médicos, testes laboratoriais, vacinação e tratamentos médicos específicos, é a fonte normativa para a matéria. Os entes públicos que não as aplicam estão sujeitos à responsabilidade.¹¹

A pandemia do novo coronavírus tem sido um desafio global por ser uma doença até então desconhecida, de fácil transmissão e com taxa de letalidade muito acima das doenças respiratórias já catalogadas. Com exceção da China, Coreia do Sul, e alguns outros poucos países, o que se vê é o aumento constante de casos em todo o mundo. No Brasil, porém, essas dificuldades vividas hoje no enfrentamento à pandemia também podem ser apontadas como reflexo de decisões tomadas sob a ótica neoliberal, que diminuiu drasticamente o investimento do Estado nos serviços públicos ofertados à população.

Como, então, se poderá fazer cumprir as prerrogativas do Estado Democrático de Direito na proteção de seu povo, no respeito ao interesse coletivo em detrimento do particular e na satisfação de seus direitos à uma vida digna, saudável e em harmonia com o meio, se, seguindo a cartilha do neoliberalismo, o país tornou-se vulnerável e completamente despreparado para lutar pela sobrevivência do seu povo ante uma ameaça real e de forte impacto na vida das sociedades humanas?

Analisando de perto essa guerra contra o vírus da covid-19, não há como ignorar o empenho e a coragem dos profissionais de saúde da linha de frente, funcionários públicos que combatem, além de um vírus mortal altamente contagioso, a falta de infraestrutura, de EPIs, de treinamento adequado, do mínimo que possa garantir a segurança dessas pessoas, cidadãos brasileiros como todos os outros, mas encarregados de arriscarem suas próprias vidas para tentar salvar outras:

¹¹ ROMANO, Rogério Tadeu. Covid-19 e responsabilidade civil do Estado. *Jus Navigandi*, São Paulo, 14 ago. 2020.

Até as 23h de domingo (29), a Associação Médica Brasileira (AMB) havia recebido 2.513 denúncias sobre falta de Equipamentos de Proteção Individual contra o coronavírus, em 520 municípios pelo país.

[...]

Álcool em gel é reclamação de mais de um terço das denúncias (35%) e máscaras faltam em quase 90% dos estabelecimentos denunciados. Óculos e/ou *face shield* (72%), capote impermeável (65%), gorro (46%) e luvas (27%) são os itens que mais faltam em hospitais e unidades de saúde.¹²

Desde fevereiro do ano corrente, casos da infecção respiratória aguda causada pela covid-19 rapidamente começaram a aparecer em vários estados do país, e, em pouco tempo, iniciou-se a contagem diária de mortos. O começo da primeira onda da pandemia era praticamente o único assunto nos noticiários, a falta de testes tornava-se um dos principais problemas enfrentados e o estado de São Paulo, maior centro comercial do país, foi e segue sendo o mais impactado.

Em 24 de agosto de 2020, a imprensa noticiou a morte de 226 profissionais da saúde desde o início da pandemia dentre os 257 mil profissionais contaminados pela covid-19 no Brasil até então, alcançando uma das primeiras colocações no ranking de insegurança para o segmento. Dentre o conjunto da população, o contágio segue crescendo, num ritmo mais lento que meses atrás, porém, ainda de forma muito preocupante. Atualmente, ultrapassamos os cinco milhões de infectados e os cento e sessenta mil mortos por complicações causadas pela doença respiratória decorrente da covid-19.

Diante do momento excepcional na história da República Federativa do Brasil, uma medida foi tomada para preservar os agentes públicos no atendimento e na criação de políticas que visam o combate à pandemia do novo coronavírus, imputando responsabilidade civil ou administrativa ao agente somente no caso de erro grosseiro, e não mais nos conhecidos casos de negligência, imprudência ou imperícia, mudança que dividiu opiniões:

Em decorrência do estado de calamidade pública causado pela pandemia, o Poder Executivo editou a Medida Provisória 966, de 13 maio de 2020, a qual, concretamente, modifica o texto constitucional (!!!), limitando a culpa do agente para reduzir o alcance integral inserto no parágrafo sexto do artigo 37, e o assegurado direito de regresso contra o agente causador.¹³

Apesar de muitos teóricos entenderem a alteração feita como uma medida necessária para proteger os agentes públicos diante de uma situação completamente nova e que ninguém sabe ao certo ainda como combater de forma segura e eficaz, Scliar (2020) aponta na nova redação uma quebra com toda uma lógica jurisprudencial consistente:

A responsabilidade civil objetiva, conforme a lei, doutrina fundamentada e jurisprudência sólida, se sustenta em três circunstâncias: o dano efetivo; a

¹² FALTAM EPIs para médicos no combate ao coronavírus em todo o país. *Portal Hospitais Brasil*. São Paulo/SP, 31 março 2020. Disponível em: <https://portalhospitaisbrasil.com.br/faltam-epis-para-medicos-no-combate-ao-coronavirus-em-todo-o-pais/>.

¹³ SCLiar, Wremyr. Responsabilidade civil do Estado e dos agentes públicos em tempos de pandemia. *PUCRS*. Rio Grande do Sul, 11 junho 2020. p. 1. Disponível em: https://www.pucrs.br/direito/wp-content/uploads/sites/11/2020/06/2020_06_17-direito-covid-19-graduacao-artigos_e_ensaios-wremir_scliar-responsabilidade_civil_do_estado_e_dos_agentes_public.pdf.

relação de causalidade; conduta do agente. Elas estão rompidas. A relação de causalidade desaparece, por efeito de medida provisória, do sistema jurídico constitucional brasileiro.¹⁴

Mesmo com toda a polêmica em volta da medida provisória, ela foi aprovada e está em vigor atualmente, o que, se por um lado causa indignação em alguns, consegue ser facilmente acolhida por outros, como medidas necessárias quando se enfrenta uma crise sem precedentes como a que vivemos hoje:

Assim como, no Direito do Trabalho, existe a Teoria do Risco da Atividade Econômica, existe também, no desempenho da atividade estatal, o Risco da Atividade Administrativa. Os agentes públicos são seres humanos suscetíveis a índices aceitáveis de erros que podem ser extraídos de uma média de falhas cometidas em uma determinada atividade durante um período.

[...]

Mitigou-se claramente a culpa, exigindo-se a culpa qualificada pelo erro grosseiro com elevado grau de imperícia, imprudência e negligência para a responsabilização, impediu-se a responsabilização automática, relativizou-se o nexo de causalidade e foram listados elementos contextuais para a caracterização do erro grosseiro.¹⁵

4. Existe Jurisprudência de crise no Brasil?

Períodos e contextos desafiadores da vida em sociedade são responsáveis, muitas vezes, por mudanças drásticas no cotidiano das pessoas. Cataclismos, acidentes de grandes proporções, ou mesmo uma pandemia, são justificativas para estados e municípios decretarem estado de emergência, ou de calamidade pública, para que, dessa forma, possam dar respostas imediatas ao problema apresentado sem ter que esperar o processo burocrático que geralmente caracteriza as ações governamentais.

Na esfera jurídica, contudo, as decisões são tomadas seguindo os preceitos constitucionais e a lei vigente, independentemente de qual seja o contexto histórico-social atravessado. É assim que acontece no Brasil, não há por aqui uma súmula que determine a avaliação do contexto sócio-político-econômico (ainda que em um período de exceção) nas deliberações judiciais.

Apesar disso, segundo Andréa Magalhães, assessora do ministro Luiz Fux no Supremo Tribunal Federal, em entrevista concedida ao Conjur, afirmou que muitos juízes brasileiros, entre eles o próprio ministro Fux, consideram sim o contexto nas decisões dos processos em situações excepcionais, e até mesmo admitem isso nas solenidades ou em justificativas.

Magalhães nomeia esse fenômeno, em sua tese de mestrado, de jurisprudência de crise. Países como Portugal e Lituânia são exemplos de nações que assumem publicamente a adoção dessa medida extrema em momentos cruciais, negociando inclusive com os parlamentares sobre o que seria o ou não aceitável ou necessário para a deliberação judicial de casos que possam enfraquecer as

¹⁴ Ibidem, p. 3.

¹⁵ COUTO, Reynaldo. A proteção e a responsabilidade do agente público de tempos de Covid-19. *Revista Consultor Jurídico*. São Paulo/SP, 15 maio 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-15/direito-civil-atual-protecao-responsabilidade-agente-publico-tempos-covid-19>.

instituições ou sua capacidade de gerir a máquina pública, visando o bem maior, o bem comum.

Magalhães afirma ainda que, no Brasil, apesar de não se assumir publicamente a adoção de critérios que levem em consideração o contexto para dar o veredicto, isso é feito em muitas situações. Dificuldades econômicas são constantemente citadas como justificativas para decisões do Supremo, o que, segundo ela, mostra que não há motivo para não se assumir exatamente o que está sendo considerado na decisão:

A solução, afirma Andréa, é dar transparência. Se a crise já é argumento, melhor então assumir e passar a tratar as dificuldades momentâneas como fundamento. Dessa forma, defende, será possível criar uma metodologia de decisão, com previsibilidade e prestação de contas. “A ideia é usar o consequencialismo como uma das ferramentas de estratégia de decisão.”¹⁶

Outra estratégia muito utilizada por juízes do Supremo Tribunal Federal é a que a autora chama em seu livro de cronoterapia, ou a terapia do tempo. Não se tendo uma solução para o problema naquele dado momento por complicações de qualquer natureza, posterga-se a decisão esperando-se um momento mais oportuno para a deliberação e isso é feito por meio de pedidos de vista do processo, por exemplo. Magalhães chega a admitir que isso foi feito no caso de decisões sobre o fornecimento pelo SUS de remédios de alto custo:

Andréa Magalhães – É uma estratégia de decisão bastante frequente. Temos alguns exemplos, como o da prerrogativa de foro, ou do fornecimento de medicamentos de alto custo pelo SUS, que não tiveram desfecho.¹⁷

Essas últimas reflexões feitas mostram o avanço da corrente procedimentalista dentro do Poder Judiciário, que assume usar de estratégias para não ter que deliberar em desfavor do Estado em certas situações que vão além da preocupação com o contexto, mas seguindo a lógica adotada pelos procedimentalistas de satisfação do direito baseada na “reserva do possível”.

Essa nova postura dos tribunais explica a drástica diminuição no fornecimento de medicação de alto custo e na oferta do atendimento mesmo quando o cidadão procura a via judicial em busca de seus direitos.

Após a decretação de pandemia, representantes do Sistema Único de Saúde anunciam o adiamento de cirurgias eletivas e a suspensão de todos os atendimentos não emergenciais, com o SUS direcionando seus esforços para o atendimento às vítimas da covid-19. A paralisação desses serviços é anunciada também como medida à transmissão do novo coronavírus, já que, ao procurar uma unidade de saúde, o cidadão estaria se expondo ao risco de contrair o vírus. Fato é que isso também pode culminar na morte do paciente, e, assim, o número de mortos por conta do impacto de desta pandemia em uma economia fragilizada como a nossa – sacrificada em nome do propósito neoliberal, onde a subnotificação de mortes por covid-19 também é uma realidade – vai muito além dos números oficiais, que por si só já são bastante desanimadores.

Como contraponto às medidas fracassadas que pretendiam antever e prevenir o colapso do SUS diante da pandemia do novo coronavírus, vimos surgir, também a exemplo do que o ocorria lá fora, a proposta do auxílio emergencial que foi aprovada

¹⁶ Ibidem. p. 2.

Ibidem. p. 5.

pelo governo federal¹⁸ – aqui, no valor de 600 reais para trabalhadores informais e de 1.200 reais para mães solteiras desempregadas, desde que se encaixassem em outras exigências também cobradas no momento do cadastro –, a fim de socorrer milhares de trabalhadores informais que perderam sua fonte de renda com a decretação de isolamento social como medida preventiva ao contágio pela covid-19.

A distribuição do auxílio emergencial configura uma ajuda real e necessária para muitas famílias, que não teriam outros meios de subsistência enquanto durasse a quarentena (respeitando aqui o direito constitucional à saúde). Sem essa medida, haveria uma deterioração da qualidade de vida e da economia tão impressionantes, que não seria interessante para ninguém, nem para os neoliberais, que enxergaram na medida a salvação momentânea da economia, estagnada diante da emergência sanitária mundial. Independentemente das razões que levaram à aprovação do auxílio, vemos emergir, por iniciativa do poder público, uma medida que visou sim a coletividade, o bem comum, sendo, portanto, um exemplo claro de ação condizente com o papel do Estado Democrático de Direito.

Considerações Finais

Muitos países ao redor do mundo estão passando por uma situação semelhante à do Brasil na tentativa frustrada de conter a doença, como os EUA e a Índia¹⁹; os três países juntos constituem os maiores índices de novos casos no mundo. Sem conseguir lidar com a doença, e não suportando mais o distanciamento social por motivos principalmente de ordem econômica, esses países estão assistindo sua população adoecer, voltar à rotina normal sem nenhuma solução, assumindo o risco e rezando pelo surgimento da vacina para acabar com esse pesadelo.

No Brasil, a situação também está totalmente fora de controle. Há, por aqui, um inegável despreparo do SUS na luta contra essa crise sanitária mundial, que se soma ao afrouxamento perigoso das medidas de distanciamento social e aos posicionamentos irresponsáveis do Presidente da República, que insiste em subjugar o poder da pandemia, brigando com e demitindo ministros da saúde durante os momentos mais críticos do enfrentamento, e ainda insistindo em recomendar remédios contra a covid-19 que não têm nenhuma comprovação científica (cloroquina); esse panorama caótico, com alguns poucos acertos, denuncia a dimensão do despreparo e da desorientação do poder Executivo diante do problema e sua reverberação no aumento de casos.

A China, país onde fica a cidade onde ocorreu o primeiro epicentro da pandemia do novo coronavírus, tornou-se referência no combate à doença, registrando, atualmente, em torno de cinco mil mortos pelo vírus desde o seu início e com registros quase inexistentes de novos casos. A forma implacável como combateu a doença incluiu testes maciços nas regiões afetadas, controle rígido do isolamento social e de suas fronteiras, tudo num esforço conjunto com a população para conter a disseminação do vírus e obteve com isso um resultado bastante satisfatório, com direito a homenagens a médicos que representaram esse triunfo da população chinesa contra o maior inimigo da humanidade atualmente.

O desafio mais significativo imposto por essa pandemia ao Estado Brasileiro de Direito e à sua população é a reflexão necessária sobre o impacto negativo da política

¹⁹ DE LIMA, Juliana Domingos. O novo aumento da covid-19 pelo mundo e as ondas da pandemia. *Nexo Jornal*. São Paulo/SP, 18 set. 2020. Disponível em: <https://www.nexojournal.com.br/expresso/2020/09/18/O-novo-aumento-da-covid-pelo-mundo.-E-as-ondas-da-pandemia>.

neoliberal no campo social ao reduzir drasticamente o investimento e o interesse no Sistema Único de Saúde, por incentivar o consumo irracional de bens em nome de um desenvolvimento econômico gerador de desigualdades e extremamente agressivo ao meio ambiente, que certamente responderá a esse ataque.

Referências

CASTRO, Ione Maria Domingues. **Direito à saúde no âmbito do SUS: Um direito ao mínimo existencial garantido pelo Judiciário?** Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2012.

CIARLINI, Álvaro Luís de Araújo. **O direito à saúde entre os paradigmas substanciais e procedimentais da Constituição.** Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, 2008.

COUTO, Reynaldo. **A proteção e a responsabilidade do agente público de tempos de Covid-19.** *Revista Consultor Jurídico*. São Paulo/SP, 15 maio 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-15/direito-civil-atual-protecao-responsabilidade-agente-publico-tempos-covid-19>. Acesso em 27 de junho de 2020.

CRESCIMENTO das ações judiciais contra o SUS. Blog ABRAMGE. São Paulo, 28 junho 2016. Disponível em: <https://blog.abramge.com.br/saude-em-geral/crescimento-das-acoes-judiciais-contr-o-sus/>. Acesso em 24 de maio de 2020.

DE LIMA, Juliana Domingos. **O novo aumento da covid-19 pelo mundo e as ondas da pandemia.** *Nexo Jornal*. São Paulo/SP, 18 set. 2020. Disponível em: <https://www.nexojornal.com.br/expresso/2020/09/18/O-novo-aumento-da-covid-pelo-mundo.-E-as-ondas-da-pandemia>. Acesso em 5 set. 2020.

FALTAM EPIS para médicos no combate ao coronavírus em todo o país. *Portal Hospitais Brasil*. São Paulo/SP, 31 março 2020. Disponível em: <https://portalhospitaisbrasil.com.br/faltam-epis-para-medicos-no-combate-ao-coronavirus-em-todo-o-pais/>. Acesso em 5 de junho de 2020;

FEDERAL, Governo. **Informes Técnicos Institucionais: Programa Saúde da Família.** *Revista Saúde Pública*. Vol. 34 n. 3. São Paulo: 2000.

GALDINO, Matheus Souza. **Teorias substanciais e teorias procedimentais em uma jurisdição constitucional: uma proposta por uma resposta correta e democrática.** *Conteúdo Jurídico*. São Paulo, 2016. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/46052/teorias-substanciais-e-teorias-procedimentais-em-uma-jurisdicao-constitucional-uma-proposta-por-uma-resposta-correta-e-democratica>. Acesso em 12 de junho de 2020.

GUIMARÃES, Juarez Rocha; SANTOS, Ronaldo Teodoro dos. **Em busca do tempo perdido: anotações sobre os determinantes políticos da crise do SUS.** *SciELO Saúde Pública*. Disponível em: <https://www.scielo.org/article/sdeb/2019.v43nspe8/219-233/>. Acesso em 11 out. 2020.

FARMÁCIA popular deixa de atender 7 milhões em 2 anos. *Brasil de Fato*. São Leopoldo (RS), 10 abril 2019. Disponível em: <https://www.brasildefato.com.br/2019/04/10/farmacia-popular-deixa-de-atender-7-milhoes-em-2-anos>.

MAGALHÃES, Andréa. “**Supremo precisa assumir que contexto influencia nas decisões da corte**”. [Entrevista concedida a] Pedro Canário. *Conjur*, São Paulo, dez. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-dez-24/entrevista-andrea-magalhaes-mestre-direito-uerj>. Acesso em 5 junho de 2020.

MENDES, Áquilas Nogueira. **Financiamento, gasto e gestão do Sistema Único de Saúde (SUS): A gestão descentralizada semiplena e plena do sistema municipal no Estado de São Paulo (1995-2001)**. Tese (Doutorado em Economia) Instituto de Economia, Universidade Estadual de São Paulo, 2005.

MOUFFE, Chantal. ***Pensando a Democracia Moderna com e contra Carl Schmitt***. Trad. Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Cadernos da Escola do Legislativo. jul./dez. 1994.

NEVES, Julia. **Ministério da Saúde altera a distribuição de repasses do SUS. EPSJV/Fiocruz**. Rio de Janeiro: 2018. Disponível em: <http://www.epsjv.fiocruz.br/noticias/reportagem/ministerio-da-saude-altera-a-distribuicao-de-repasses-do-sus>. Acesso em 12 junho 2020.

PAULA, Juliana Braga de. **Análise do ciclo de política do Programa Mais Médicos no Brasil: cooperação Cuba Brasil e seus efeitos para o trabalho médico. Tese (Doutorado em Sociologia)** – Faculdade de Saúde Pública, Universidade de São Paulo, 2017.

PRESIDENTE Jair Bolsonaro sanciona ajuda emergencial para trabalhadores informais durante pandemia de Covid-19. *Presidência da República*. Brasília: 2 abril 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/casacivil/pt-br/assuntos/noticias/2020/abril/presidente-jair-bolsonaro-sanciona-ajuda-emergencial-para-trabalhadores-informais-durante-pandemia-de-covid-19>. Acesso em 5 de junho de 2020.

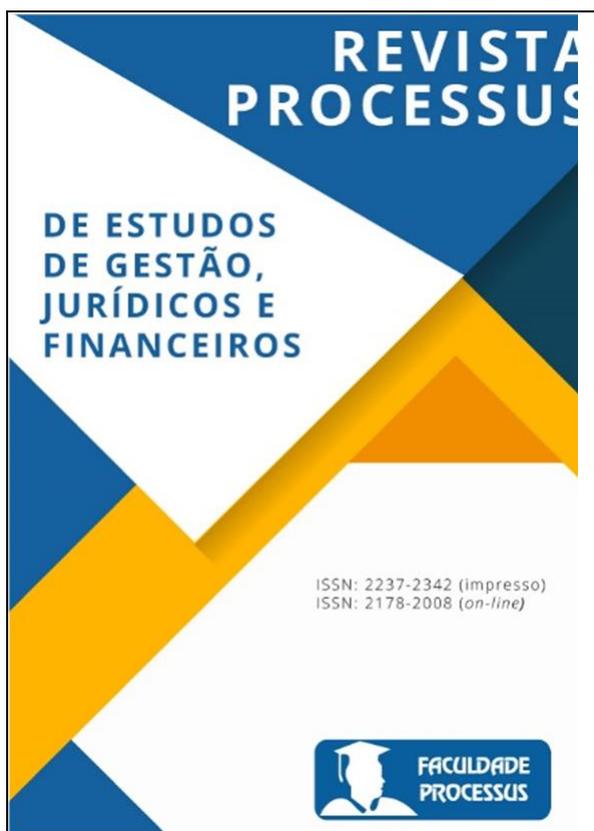
ROMANO, Rogério Tadeu. Covid-19 e responsabilidade civil do Estado. *Jus Navigandi*, São Paulo, 14 ago. 2020.

SAMPAIO, Vitor Hugo. **O mínimo existencial: O direito a uma existência digna diante do colapso do Estado de bem-estar social**. Jus.com.br. São Paulo: 2020. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/79850/o-minimo-existencial-o-direito-a-uma-existencia-digna-diante-do-colapso-do-estado-de-bem-estar-social>. Acesso em 19 junho 2020.

SCLIAR, Wremyr. **Responsabilidade civil do Estado e dos agentes públicos em tempos de pandemia**. PUCRS. Rio Grande do Sul, 11 junho 2020. p. 1. Disponível em: https://www.pucrs.br/direito/wp-content/uploads/sites/11/2020/06/2020_06_17-direito-covid-19-graduacao-artigos_e_ensaios-wremir_scliar-

responsabilidade_civil_do_estado_e_dos_agentes_public.pdf. Acesso em 22 de agosto de 2020.

SIMON, Letícia Coelho. Artigo Desafio: **Concretização do Direito à Saúde Pública no Brasil**. In: CONASS. Para Entender a Gestão do SUS: Direito à Saúde. p. 5-6 [2015]. Disponível em: https://www.conass.org.br/biblioteca/pdf/colecao2015/CONASS-DIREITO_A_SAUDE-ART_31.pdf. Acesso em 3 de maio de 2020.



Revista Processus de Estudos de Gestão, Jurídicos e Financeiros

ISSN: 2237-2342 (impresso)

L-ISSN: 2178-2008 (on-line)

Tramitação editorial:

Data de submissão: 12/10/2020

Data de reformulação: 30/11/2020

Data de aceite definitivo: 12/12/2020

DOI: <https://doi.org/10.5281/zenodo.4319271>

Data de publicação: 12/12/2020.

CRIMINOLOGIA CLÍNICA NA EXECUÇÃO PENAL

CLINICAL CRIMINOLOGY IN CRIMINAL EXECUTION

Juliana Porto Vieira¹

Resumo

Revisões sistemática das atividades e estudos de mapeamento sistemático estão se tornando cada vez mais comum na Execução Penal e, portanto, torna-se ainda mais importante compreender a confiabilidade de tais estudos. Este trabalho busca procurar entender e compreender os indivíduos e grupos que se envolveram com delinquência, estudar a instituição prisional e seus efeitos na sociedade. Investigou-se da concepção da criminologia clínica na execução da pena. O objetivo é a formação de subsídios para entendermos e enfrentarmos questões como a individualização da pena e os efeitos do aprisionamento,

¹ Mestra em Ciências Criminais. Pela Universidade de Coimbra, UC, Portugal. Especialista GESTÃO DE SISTEMAS PRISIONAIS SOCIAL / PÚBLICA e em CRIMINOLOGIA E SEGURANÇA PÚBLICA SOCIAL / PÚBLICA pelo Grupo Educacional IBRA, IBRA, Brasil. Especialista em Ciências Jurídico Criminais pela Universidade de Coimbra, UC, Portugal. Possuindo Formação de Conteudistas para Cursos Virtuais e de Servidores da Execução Penal pela Escola Nacional de Administração Pública, ENAP, Brasil. Conteudista e Professora do Curso de Políticas Públicas no Sistema Prisional. Escola Nacional de Serviços Penais, ESPEN, Brasil. Revisora da Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Distrito Federal.

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3453553448845980>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5692-606X>

Email: profjulianaporto@gmail.com

analisando o cárcere e suas vicissitudes e as discussões em torno das estratégias de intervenção com vistas à reinserção do apenado no convívio social e em torno de sua avaliação.

Palavras-chaves: Direito. Criminologia Clínica. Execução Penal. individualização da pena.

Abstract

Systematic reviews of activities and systematic mapping studies are becoming increasingly common in Criminal Execution and, therefore, it becomes even more important to understand the reliability of such studies. This work seeks to try to understand and understand individuals and groups that have been involved with delinquency, to study the prison institution and its effects on society. The concept of clinical criminology in the execution of the sentence was investigated. The objective is the formation of subsidies to understand and face issues such as the individualization of the penalty and the effects of imprisonment, analyzing the prison and its vicissitudes and the discussions around the intervention strategies with a view to the reinsertion of the convict in social life and around your assessment.

Keywords: Law. Clinical Criminology. Penal execution. individualization of the penalty.

INTRODUÇÃO

Inicialmente será abordado o conceito de criminologia clínica na execução penal, objetivando conhecer a individualização da pena na execução penal, os preceitos constitucionais e as circunstâncias judiciais.

Outrossim, nesse primeiro momento, será abordada a função da Comissão Técnica de Classificação – CTC, estimulando a reflexão sobre a reintegração social dos presos.

1.1 Conceituar a criminologia clínica na execução penal

Iniciaremos nosso estudo pela análise da criminologia clínica na execução penal. Partindo desse ponto é salutar que tenhamos em mente o que vem a ser a criminologia clínica.

Observando o comportamento do criminoso, considerando os aspectos racionais, estruturais, funcionais (fatores internos), a criminologia clínica compreende a conduta delituosa como uma conduta anormal, desviada, como possível expressão de uma anomalia física ou psíquica, dentro de uma percepção pré-determinista do comportamento, pelo que ocupa lugar de destaque o diagnóstico de periculosidade.

Nessa senda, temos a criminologia clínica como uma ciência interdisciplinar que tem por escopo analisar o comportamento delituoso e desenvolver estratégias de intervenção junto ao encarcerado, as pessoas vinculadas a ele e com a execução de sua pena.

Baseando-se em fatores sociais e individuais que promoveram e facilitaram a criminalização por parte do sistema penal e a vulnerabilidade do encarcerado perante o sistema punitivo. A criminologia clínica analisa o indivíduo (como sujeito de direitos), estudando seu comportamento delitivo e motivos que levaram o mesmo a agir de maneira delituosa, almejando não apenas

reabilitação, mas principalmente reintegração deste na sociedade, sem que o mesmo possa buscar seus ideais por meio da criminalidade, mas sim de maneira justa, correta e em harmonia para com a comunidade em que viver.

Segundo Alvin Augustus de Sá^[1]:

"A Criminologia Clínica é a ciência que, valendo-se dos conceitos, princípios e métodos de investigação médico-psicológico (e sociofamiliares), ocupa-se do indivíduo condenado, para nele investigar a dinâmica de sua perspectiva de desdobramentos futuros (prognóstico) para, assim, propor estratégias de intervenção, com vista à superação ou contenção de uma possível tendência criminal e a evitar a reincidência (tratamento)."

O professor Nestor Sampaio traz que^[2],

"A criminologia clínica traça estratégias de intervenção, voltando-se também para os diretores e agentes de segurança penitenciários, visando envolvê-los num trabalho conjunto com os técnicos, assim como envolver todos os demais serviços do presídio e, de forma especial, a família do detento. Ademais, sua aplicação levará em conta as respostas às estratégias de intervenção propostas, valendo-se, não só de avaliações técnicas, mas também das observações dos outros profissionais, incluindo aí os agentes de segurança penitenciários, observações essas que serão tecnicamente colhidas e interpretadas pelo corpo técnico."

D'Assumpção^[3] assevera que o estudo criminológico clínico poderia ser realizado em qualquer ambiente, porém, é desenvolvido dentro dos presídios, devido ser o lugar onde há maior concentração de pessoas que cometeram delitos.

Diante de tais conceitos, podemos concluir que a criminologia clínica tem por objetivo estudar o indivíduo submetido ao cárcere e elaborar estratégias para que possa ser desenvolvida uma execução da pena de maneira exitosa.

Destarte, temos a criminologia clínica como fonte influenciadora na execução penal, o que acarreta a discussão se os profissionais da Criminologia Clínica podem compor a equipe da unidade prisional ou não, como veremos mais a diante.

1.2. Conhecer a individualização da pena na execução penal

Ao longo de sua história a humanidade passou por um processo de individualização, em que as diferenças existentes entre os indivíduos aumentaram à medida que os instintos primitivos humanos sofreram interferência. Logo, diante da complexidade dos indivíduos, surgiu a necessidade de se lançar um olhar especial no âmbito penal à cada indivíduo, aspecto que vem sendo efetivado dentre uma das formas através da individualização da pena.

Se faz necessário reconhecer que existe um conjunto de características que compõe um indivíduo e que o tornam único perante os demais. A preservação da individualidade também é um direito do homem a ser garantido pelo Estado e pelo sistema jurídico, não devendo encontrar-se apartado do sistema penal e do processo de execução da pena. O título privado de liberdade ou em cumprimento de pena não enseja na restrição de todos os direitos do indivíduo e tão pouco deve ensejar na perda da individualidade do ser humano.

Atualmente a individualização da pena tem sido adotada nos sistemas penais modernos. No Brasil, encontra-se consagrada pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 no artigo 5, inciso XLVI.

A definição da palavra individualizar nos reporta dentre tantos sentidos ao de particularizar, distinguir, individuar, diferenciar, entre outras. No entanto quando tratamos de individualização no âmbito penal, o professor José Antonio Boschi^[4], aduz:

A individualização, como garantia (art. 5.º, inc. XLVI), projeta dever de respeito às singularidades próprias e características do indivíduo certo (e não de um homem médio) e do fato a ele imputado. Desses dois aspectos limitadores, deduz-se que a garantia da individualização previne abusos, por impedir tratamento de massa em Direito Penal.

Sendo assim, individualizar uma situação, algo ou alguém, quer dizer particularizar o que antes era genérico, especializando, assim, o geral. Outrossim, a individualização da pena tem o significado de eleger a justa e adequada sanção penal, quanto ao montante, ao perfil e aos efeitos penderes sobre o sentenciado, tornando-o único e distinto dos demais infratores, ainda que co-autores ou mesmo co-réus.

A individualidade da pena possui a finalidade e importância de afastar a padronização da pena, da “mecanizada ou computadorizada aplicação da sanção penal, que abstraia da figura do juiz, como ser pensante, adotando-se em seu lugar qualquer programa ou método que leve à pena pré-estabelecida, segundo um modelo unificado, empobrecido e, sem dúvida, injusto”^[5].

Nessa senda, observando-se a história do Direito Penal brasileiro, encontraremos um processo gradativo de consideração do indivíduo no âmbito penal. O Código Penal de 1940, após as reformas feitas pela Lei 7.209/84, passou a acolher a individualização da pena. Entretanto, conferiu ao magistrado uma ampla discricionariedade na aplicação da sanção penal, realizando a adaptação da pena ao indivíduo tanto na fase da persecução penal quanto na fase da execução pena, como veremos mais à frente.

1.3 Preceito constitucional e legais

Assegurado pelo artigo 5º, XLVI da Constituição Federal, que dispõe “a lei regulará a individualização da pena”, o princípio da individualização passou a ser positivado e a constituir-se como cláusula pétrea. Da mesma maneira, é possível visualizar nos incisos XLV e XLVIII do referido artigo, que tratam respectivamente, da responsabilidade pessoal do agente e do cumprimento da pena em estabelecimentos diferenciados, conforme a natureza do delito, o sexo e a idade do condenado.

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

XLV - nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido; XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

XLVIII - a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado;

Coadunando com o preceito constitucional, o artigo 34 do Código Penal trouxe a positivação da individualização da pena dispondo que “o condenado será submetido, no início do cumprimento da pena, a exame criminológico de classificação para individualização da execução”;

Outrossim, vários dispositivos da Lei de Execução Penal, também fazem menção ao princípio da individualização da pena:

- Artigos 5º “os condenados serão classificados, segundo os seus antecedentes e personalidade, para orientar a individualização da execução penal”,
- Artigo 8º “o condenado ao cumprimento de pena privativa de liberdade, em regime fechado, será submetido a exame criminológico para a obtenção dos elementos necessários a uma adequada classificação e com vistas à individualização da execução”,
- Artigo 41, XII “igualdade de tratamento salvo quanto às exigências da individualização da pena” e
- Artigo 92, § único, alínea b “o limite de capacidade máxima que atenda os objetivos de individualização da pena”.

Destarte, em consonância ao preceito legal, sobrevindo a condenação, os condenados deverão ser classificados a fim de orientar o seu ingresso no sistema prisional. Baseando-se de acordo com a personalidade e os antecedentes de cada sentenciado, elementos a serem aferidos através da análise da folha de antecedentes e da avaliação da personalidade do condenado, acarretando assim, uma classificação.

1.4 As circunstâncias judiciais

As circunstâncias que não fazem parte do crime e não o qualifica, são chamadas de circunstâncias judiciais, circunstâncias legais e circunstância de aumento ou diminuição do quantitativo da pena. Logo, podemos afirmar que são critérios limitadores da discricionariedade judicial.

Ficaram conhecidos no direito penal pátrio dois sistemas de aplicação da pena, sendo um atribuído a Roberto Lyra, chamado de bifásico, e o sistema trifásico, atribuído a Nelson Hungria, sendo este último consagrado no Brasil com a reforma da Parte Geral do Código Penal em 1984.

O método trifásico de aplicação da pena, previsto no art. 68, caput do Código Penal brasileiro, que determina o seguinte:

Art. 68 - A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) Parágrafo único - No concurso de causas de aumento ou de diminuição previstas na parte especial, pode o juiz limitar-se a um só aumento ou a uma só diminuição, prevalecendo, todavia, a causa que mais aumente ou diminua. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Apesar de, na fase da aplicação da pena, existir a possibilidade do magistrado atuar de forma discricionária na consideração das circunstâncias legais e judiciais, este poder não pode ser confundido com uma atuação arbitrária; sendo assim, o magistrado deve motivar como e porque dosou a pena da forma como decidiu na sentença, num exercício de convicção racionalizada. Tal motivação deve ser feita claramente à acusação e à defesa para que seja viabilizada a via recursal no caso de insurgimento do inserto no julgado. Trata-

se de uma das garantias do cidadão, pertinente ao Estado Democrático de Direito, sob pena de nulidade da decisão judicial.

Conforme esse sistema, no primeiro momento o juiz fixará a pena-base, baseando-se pelos critérios previstos no art. 59, ou seja, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e às consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime.

Em seguida, o magistrado deverá considerar as circunstâncias agravantes (art. 61, CP) e atenuantes (art. 65, CP) aplicáveis ao caso concreto, as quais não podem exceder os limites máximos e mínimos do estabelecidos do preceito secundário do tipo penal, segundo o entendimento que atualmente prevalece.

Na terceira e última fase, o julgador deverá observar se incidem causas de aumento ou de diminuição de pena, previstas na Parte Geral e na Parte Especial do Código Penal. Essas circunstâncias, reconhecidas, permitem que a pena vá além ou aquém dos limites legais estabelecidos no preceito secundário do tipo penal.

Ora, diante do exposto, observa-se que a individualização da pena se baseia fundamentalmente nos critérios estipulados no artigo 59 do Código Penal, os quais constituem diretrizes para a fixação da pena-base e em virtude de considerarem aspectos relativos à pessoa do delinquente, prontificam a solidificação do princípio da individualização da pena.

Acerca do tema, José Antônio Paganella Boschi refere,

As circunstâncias judiciais - cuja sede legal é o artigo 59 do CP – se classificam em dois grupos. No primeiro estão as circunstâncias subjetivas (culpabilidade, antecedentes, conduta, personalidade, motivos) e, no segundo, as objetivas (circunstâncias e consequências do fato e comportamento da vítima). [...] A validade da “pesagem” de cada circunstância judicial pressupõe a existência nos autos de informações objetivas que a sustentem. Daí por que deve o magistrado registrar na sentença, com indisfarçável clareza e objetividade, a respectiva fonte provatória, de modo que o procedimento de individualização da pena não espelhe laboriosa mas desarrazoada criação mental.

Ainda nesse sentido, Magalhães Noronha,

Analisando tais critérios, constata-se que a primeira etapa de individualização da pena não tem mais em vista somente o delito. Ao lado da apreciação dos aspectos objetivos que ele apresenta, o juiz deverá considerar a pessoa que o praticou, suas qualidades e defeitos, fazendo, em suma, um estudo de sua personalidade, sem olvidar, sobretudo, a possibilidade de voltar a delinquir.^[6]

Aníbal Bruno salienta,

Nesta tarefa de individualização, o juiz tem importante missão. Ao servir-se do artigo 59 do Código Penal que admite um extenso arbítrio no sentido de ajustar a pena à pessoa do delinquente, tem de satisfazer duas exigências de segurança e de justiça - a do interesse público de ordem e equilíbrio social - e a do destino do homem violador da norma que se vai cumprir por decisão sua.^[7]

Nas circunstâncias subjetivas, previstas no art. 59 CP, encontraremos a culpabilidade como um requisito voltado a constituir importante referencial para aplicação da respectiva sanção penal ao comportamento delituoso do agente.

O professor Guilherme de Souza Nucci^[8] explica que a culpabilidade é o conjunto de todos os demais fatores unidos: antecedentes + conduta social + personalidade do agente + motivos do crime + circunstâncias do delito + consequências do crime + comportamento da vítima = culpabilidade maior ou menor, conforme o caso.

Nesse sentido, o referido doutrinador, salienta que não se pode julgar o indivíduo apenas pelo o que ele é, ou pela sua conduta de vida, mas sim observar o que ele fez, não podendo, assim, a reprovação transbordar as fronteiras dos atos praticados.

Já os antecedentes, que antes da reforma de 1984, consideravam-se como antecedentes do réu todo o seu passado, inclusive relacionamento familiar e laborativo. Hoje predominam duas correntes, a primeira trata que se deve considerar tudo o que consta na folha de antecedentes do réu, sem qualquer distinção; já a segunda corrente trata que os antecedentes são apenas as condenações com trânsito em julgado que não são aptas a gerar reincidência. Salienta-se que a segunda corrente, para fim de fixação da pena, vem sendo considerada a mais acertada, pois não considera os inquéritos arquivados, processos com absolvição ou em andamento, entre outros fatores transitórios ou concluídos positivamente para o réu, como causa de majoração da reprimenda, fundamenta-se no princípio da presunção de inocência.

No que tange à análise da conduta social, observa-se o comportamento do agente em seu meio social, familiar, sociedade, trabalho, baseando-se, na grande maioria das vezes, por meio da prova testemunhal. Não podemos confundir os antecedentes com a conduta social, pois nem sempre um sujeito sem antecedentes criminais possui exemplar conduta social.

No quarto momento nos deparamos com à análise da personalidade do agente, que equivalem as qualidades morais e sociais do indivíduo.

Acerca da personalidade do agente, Aníbal Bruno retrata que a personalidade é a maneira de ser peculiar do indivíduo de que depende à sua maneira de agir. Podendo ser compreendida como:

O conjunto dos atributos psíquicos, particularmente como o caráter, mas o seu sentido ainda é mais largo. Abrange a maneira de ser total do indivíduo, antropológico-social-cultural, cujos aspectos se conjugam intimamente, sem que se possa entender qualquer deles fora da compreensão dos demais^[9].

Acerca do tema, José Paganella Boschi define

A personalidade não é algo tão simples como pode parecer, sendo especialmente ao juiz muito tormentosa a questão, seja porque ele não domina conteúdos de psicologia, antropologia ou psiquiatria, seja porque possui, como todo indivíduo, atributos próprios de sua personalidade. Por isso, constata-se, na experiência cotidiana, que a valoração da personalidade do acusado, nas sentenças criminais, é quase sempre precária, imprecisa, incompleta, superficial, limitada a afirmações genéricas do tipo ‘personalidade ajustada’, ‘desajustada’, ‘agressiva’, ‘impulsiva’, ‘boa’ ou ‘má’, que, do ponto de vista técnico, nada dizem.^[10]

E por fim, os motivos. Considera-se a circunstância que justifica a ação criminosa, podendo-se concluir que não há crime sem motivo.

Fragoso dispõe que:

Motivo é o que move, ou seja, é o antecedente psicológico do ato volitivo. Este pode ser um fenômeno complexo, desencadeado por um motivo

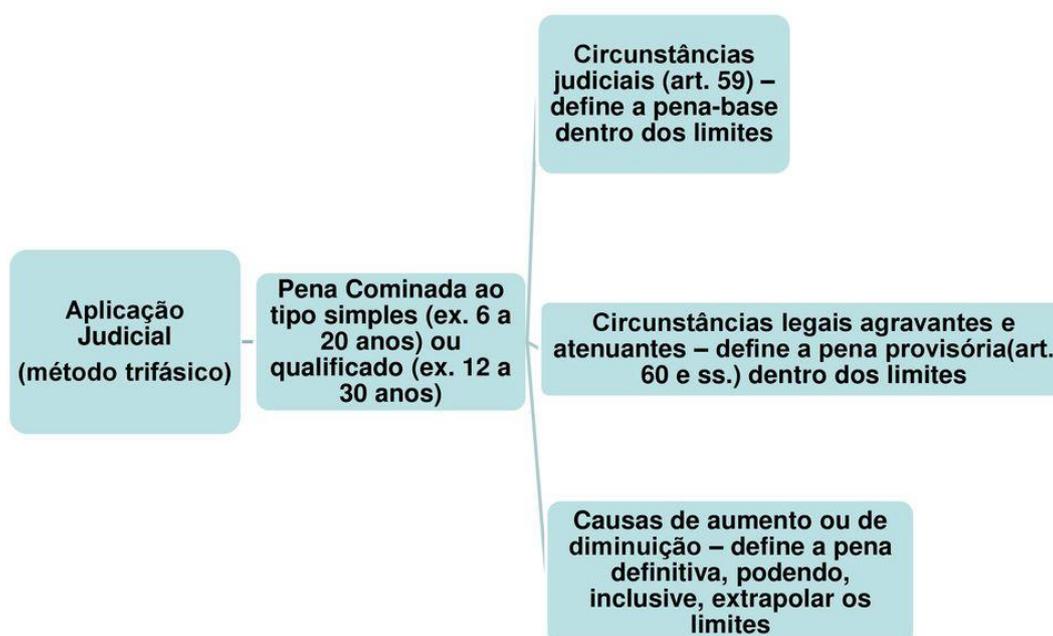
preponderante, que se sobrepõe aos demais. A maior ou menor reprovabilidade do motivo influi na gravidade da culpa e, pois, do crime. Tem valor inteiramente diverso a morte do próprio pai, quando o agente pratica a ação para receber a herança e quando atua porque o pai espanca e tortura a mãe.^[11]

No segundo momento temos as circunstâncias objetivas, que são as circunstâncias e consequências do crime e o comportamento da vítima.

As circunstâncias e consequências do crime decorrem do próprio fato criminoso, como forma e natureza da ação criminosa, meios utilizados, forma de execução, tempo, lugar. Já o comportamento da vítima poderá influenciar ou fazer surgir no agente o comportamento delituoso, agindo como fator criminógeno consoante estudos de vitimologia, em virtude de constituir provocação ou estímulo à conduta criminosa.

1.5 Método trifásico (Lei 7.209/84)

A individualização da pena, no atual Direito Penal pátrio, a se faz presente tanto na fase da persecução penal quanto na fase da execução penal e se desenvolve através de três diferentes fases, transpondo todo o processo de realização da pena, desde a sua elaboração, aplicação e execução. Essas três fases são conhecidas como individualização legislativa ou legal, individualização judiciária e individualização executória ou executiva.



Na denominada fase legislativa a individualização da pena começa a adquirir contorno, por meio da elaboração das normas criminalizantes, que estabelecerão diferentes sanções penais, gerando concretude a individualização da pena. A fixação em patamares distintos outorga ao julgador a aplicação da

pena ao condenado com maior elasticidade, conforme as peculiaridades de cada fato e as características próprias de cada acusado.

No segundo momento temos a fase judiciária, por meio da qual a individualização da pena realiza-se durante a fase processual e finaliza-se com o trânsito em julgado da sentença condenatória, em face de eventual condenação e imposição de sanção penal ao réu. O escopo, nessa fase, é a adequação da pena ao acusado, fugindo de uma pena pré-estabelecida, derivada apenas de um cálculo aritmético ajustando-se ao caso concreto.

Neste momento, compreende-se que haverá um destinatário da pena e que precisará, portanto, ser considerado na esfera penal. Devendo assim, se analisado os aspectos inerentes a cada indivíduo, caso a caso, pois a dois indivíduos corresponderão realidades distintas e cada conduta criminosa também será singular.

Por último, temos individualização executória, que dispõe da fase de cumprimento do título executivo penal. É importante salientar que a pena aplicada na sentença condenatória é flexível, acarretando a individualização da pena através da possibilidade de alterar a execução através da concessão de benefícios ao sentenciado, tais como: a progressão de regime, o livramento condicional, a remição, a detração, o indulto, dentre outros.

Insto posto, pode-se concluir que o princípio da individualização da pena advém de um longo processo de evolução da humanidade e de uma nova forma de estabelecimento do sistema jurídico penal que passa a inserir o indivíduo dentro do âmbito de apreciação das normas penais e do processo penal.

Destarte, a individualização da pena atinge, por vezes, o sentido de buscar considerar a individualidade de cada indivíduo, conforme suas condições gerais, dentro do âmbito jurídico e penal.

Insta salientar que, nas três fases deve ser observada e respeitada a unicidade de cada condenado, principalmente nos casos de coautoria ou participação, quando o liame entre o comportamento dos indivíduos torna-se mais preponderante. Ora, deve-se buscar uma pena ajustada não somente ao delito, mas também ao indivíduo quando houver a indispensabilidade dessa, conforme os critérios atuais do sistema penal brasileiro.

No entanto, existem várias dificuldades, tendo em vista que possuímos um sistema punitivo já enraizado de contradições, falhas e críticas. Se a individualização da pena pode ser vista como forma de consideração do indivíduo e de sua individualidade dentro do sistema jurídico penal, poderá ser utilizada como meio de desdobramento a um tratamento discriminatório dos indivíduos. Essa discriminação deve-se a estereótipos criados acerca da figura do criminoso e de preconceitos sociais já estabelecidos, que infelizmente por vezes se mostram refletidos dentro do sistema jurídico.

1.6 Refletir sobre a reintegração social dos presos

Primando pelo tratamento ressocializador como finalidade da pena privativa de liberdade, a individualização da pena reflete no estudo e nas opiniões dos operadores da execução penal que dividem de forma que a ressocialização, para uns, depende exclusivamente da vontade de transformação do indivíduo, já para outros, depende não apenas do desejo, mas também de oportunidades.

Entretanto, a estrutura prisional nem sempre oferta oportunidades de ressocialização e, quando possuem, na grande maioria das vezes não são

distribuídas igualmente. Outrossim, existe a percepção de que a maioria dos presos possuem uma história de vida repleta de exclusão, na qual não possuem acesso aos direitos básicos. Devido esse pensamento, utiliza-se, de forma inadequada, os vocabulários reinserir, ressocializar ou reeducar a esses indivíduos.

No sentido contrário ao discurso da reintegração da pessoa encarcerada, há estudiosos que defendem e deixam escapar palavras hostis em relação aos presos, levantando os preceitos da sociedade punitiva: “a ressocialização é o ideal, mas na realidade a cadeia é punição apenas. E pensando como sociedade, acredito que ele tem que pagar mesmo”. Esta bandeira punitivista acaba tendo vários adeptos, pois acreditam que punir seria mais inibidor das ações criminosas que as ações voltadas à reintegração.

Felizmente, observando-se a Lei de Execução Penal temos o seguinte objetivo:

“Art 1º- Execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.”

Ora, conforme o artigo supramencionado percebe-se a dupla finalidade da execução penal, sendo o dar sentido e efetivação do que foi decidido criminalmente além de conceder aos apenados condições efetivas para que ele consiga aquiescer novamente ao seio social e assim não cair nas antigas malhas do crime.

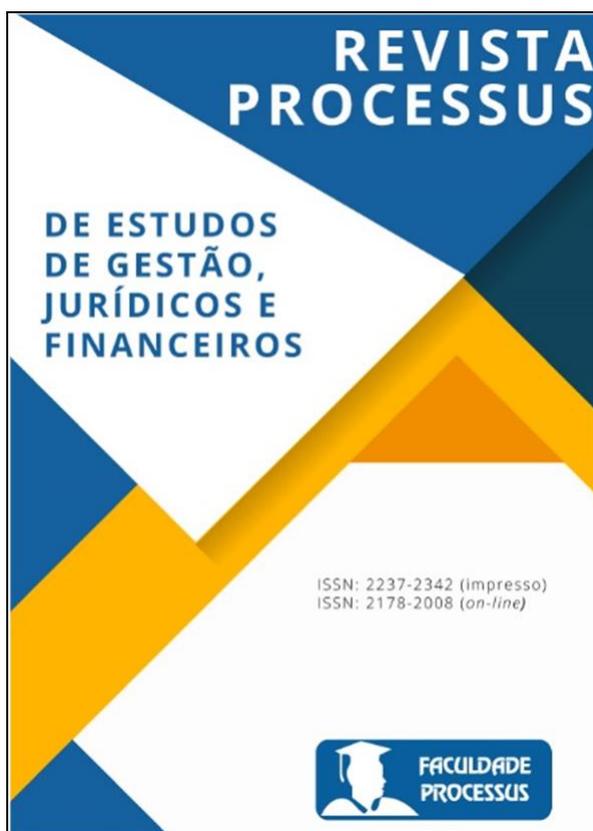
Através de medidas que auxiliem na educação, capacitação profissional e na busca da conscientização psicológica e social dos sujeitos encarcerados, o Estado busca trazer ações que acarretem a ideia de que a ressocialização de apenados irá reduzir os níveis de reincidência ajudando na consequente volta do indivíduo ao convívio social.

Partindo dessa premissa, tratar de recuperação, ressocialização, readaptação, reinserção social, reeducação social e de reabilitação de modo geral é fazer referência ao conjunto de atributos que permitem ao indivíduo tornar-se útil a si mesmo, à sua família e à sociedade.

REFERÊNCIAS

- BARATTA, Alessandro. Criminologia crítica e crítica do direito penal. Rio de Janeiro: ICC, 1999.
- BARATTA, Alessandro. Por um concepto crítico de reintegración social del condenado. In OLIVEIRA, E. (coord.). Criminologia Crítica. Fórum Internacional de Criminologia Crítica. Belém: Cejud.1990.
- BOSCHI, José Antonio Paganella. Das penas e seus critérios de aplicação. 4ª ed. Atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006.
- DOS SANTOS, Juarez Cirilo. Direito Penal: parte geral. 4 ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.
- DUARTE, Maércio Falcão. Evolução histórica do Direito Penal. Jus Navigandi, Teresina, ano 4, n. 34, 1 ago. 1999. Disponível em: Acesso em: 22 set. 2014.
- FERRAJOLI, L. 1999. Derechos y Garantías. La ley del más débil. España: Editorial Trotta. _____. 2006. Sobre los derechos fundamentales y sus garantías. México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos.
- FOUCAULT, Michel. A verdade e as formas jurídicas. Rio de Janeiro: NAU editora, 2003.

- NUCCI, Guilherme de Souza. Prisão e liberdade. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- NUCCI, Guilherme de Souza. Individualização da pena. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- RIBEIRO, Hewdy Lobo; SCHMIDT, Ana Carolina. O papel da psiquiatria e da psicologia na execução penal. 2012. Disponível em: Acesso em 28 de set 2014.
- SÁ, Alvino Augusto de. Criminologia Clínica e Execução Penal - Proposta de Um Modelo de Terceira Geração - 2ª Ed. 2014
- SÁ, Alvino Augusto de. Criminologia clínica e psicologia criminal. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- SÁ, Alvino. GDUCC: uma experiência de integração entre a sociedade e o cárcere. Brasília: MJ.2013.
- SÁ, Alvino Augusto de. Desafios da Execução Penal frente aos processos de construção da imagem do inimigo. In Revista Brasileira de Ciências Criminais. Vol.99. São Paulo: IBCCRIM.
- SANTOS, Marília Lourido dos. Políticas públicas (econômicas) e controle. In Revista de Informação Legislativa 158: 263 a 278. Brasília: Senado Federal, abr./jun., 2003
- SARLET, Ingo Wolfgang. Eficácia dos Direitos Fundamentais. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2001.



Revista Processus de Estudos de Gestão, Jurídicos e Financeiros

ISSN: 2237-2342 (impresso)

L-ISSN: 2178-2008 (on-line)

Tramitação editorial:

Data de submissão: 2020-08-07

Data de aceite definitivo: 2020-12-18

DOI: <https://doi.org/10.5281/zenodo.4411311>

Data de publicação: 31/12/2020

INDICADORES SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS DE ACESSIBILIDADE PARA PESSOA DEFICIENTE

SOCIAL INDICATORS AND PUBLIC POLICIES FOR DISABLED PERSONS ACCESSIBILITY

*Clovis Demarchi¹
Elaine Cristina Maieski²*

RESUMO

Os indicadores sociais são matéria prima essencial no campo da elaboração, implementação e avaliação de políticas públicas e considerados os balizadores de programas que possibilitam o cumprimento dos direitos fundamentais. O artigo tem como objeto os indicadores sociais e a sua importância como subsídios na elaboração das políticas públicas que visam a efetivação de direitos, em especial, das pessoas com deficiência. O objetivo geral é demonstrar se os indicadores sociais são utilizados como instrumentos para a elaboração, implementação e avaliação de políticas públicas, especialmente as relativas a acessibilidade de pessoas com deficiência. A identificação e a eliminação das barreiras - físicas e sociais, efetivando especialmente

¹ Doutor e Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí. Professor na graduação em Direito e no Curso de Doutorado e Mestrado em Ciência Jurídica da UNIVALI/Brasil. Membro do grupo de pesquisa em Direito, Constituição e Jurisdição. Orcid: <http://orcid.org/0000-0003-0853-0818>. E-mail: demarchi@univali.br

² Jornalista. Acadêmica do Curso de Direito na Universidade do Vale do Itajaí - Univali. Santa Catarina. E-mail: lane.maieski@gmail.com

a acessibilidade da pessoa com deficiência, somente será possível com políticas públicas baseadas em indicadores sociais específicos. Constatou-se que os indicadores sociais específicos sobre deficientes no Brasil praticamente inexistem, visto que atualmente os deficientes são contados de forma genérica, criando assim apenas estatísticas amplas e que não identificam todas as barreiras físicas e sociais, muito menos um detalhamento das reais demandas envolvendo as pessoas com deficiência no Brasil. Portanto, se inexistem indicadores determinando as demandas sociais, recursos públicos que poderiam estar sendo melhor destinados, podem estar se perdendo em políticas públicas equivocadas e sem nenhum resultado efetivo. Quanto à metodologia utilizou-se uma abordagem qualitativa bem como descritiva e prescritiva com a utilização do método hipotético dedutivo e as técnicas de pesquisa bibliográfica e documental.

Palavras chave: Políticas Públicas. Indicadores Sociais. Acessibilidade. Pessoa com Deficiência.

ABSTRACT

Social indicators are an essential raw material in the field of drafting, implementing and evaluating public policies, and are considered the beacons of programs that enable the fulfillment of fundamental rights. The article has as its object the social indicators and their importance as subsidies in the elaboration of public policies that aim at the realization of rights, in particular, of people with disabilities. The general objective is to demonstrate whether social indicators are used as instruments for the design, implementation and evaluation of public policies, especially those related to the accessibility of people with disabilities. The identification and elimination of barriers - physical and social, making the accessibility of people with disabilities especially effective, will only be possible with public policies based on specific social indicators. It was found that the specific social indicators on disabled people in Brazil practically do not exist, since currently disabled people are counted in a generic way, thus creating only broad statistics that do not identify all physical and social barriers, much less a detailing of the real demands involving people with disabilities in Brazil. Therefore, if there are no indicators determining social demands, public resources that could be better allocated may be lost in the wrong public policies and without any effective results. As for the methodology, a qualitative as well as a descriptive and prescriptive approach was used, using the hypothetical deductive method and the bibliographic and documentary research techniques.

Keywords: Public Policies. Social Indicators. Accessibility. Disabled Person.

INTRODUÇÃO

Ao iniciar o diálogo sobre os indicadores sociais, preliminarmente, se faz necessário entender a sua função na gestão pública e na vida do cidadão. Os indicadores sociais surgiram nos Estados Unidos na década de 1960, entretanto estão intrinsecamente ligados a estruturação do Estado e à consolidação das atividades de planejamento do setor público ao longo do século XX (JANNUZZI, 2017, p.13).

No Brasil, os indicadores sociais passaram a ser empregados como instrumento de planejamento governamental a partir da década de 1970 com a construção de um sistema de indicadores sociais e de produção periódica da informação, visando fornecer elementos para elaboração e acompanhamento do planejamento social. (SANTAGADA, 2007).

Os indicadores sociais são ferramentas efetivas de monitoramento da mudança social. Eles acompanham as transformações sociais e são usados para aferição da eficácia, ou não, das políticas sociais. O princípio da origem de um indicador está centrado em servir de instrumento para o planejamento governamental. Os indicadores sociais são matéria prima essencial no campo da elaboração, implementação e avaliação de políticas públicas. São considerados os balizadores de programas de inserção social que possibilitam o cumprimento dos direitos fundamentais (JANNUZZI, 2016, p. 47-52).

Neste viés, pretende-se na presente pesquisa discutir sobre os indicadores sociais e a sua importância como subsídios na elaboração das políticas públicas que visam a efetivação de direitos, em especial, das pessoas com deficiência, bem como, analisar se o Estatuto da Pessoa com Deficiência (BRASIL, 2015) está sendo utilizado como parâmetro para a criação destes indicadores sociais.

Notadamente, o Estado somente atenderá à estas demandas com a implementação de políticas públicas adequadas às necessidades das pessoas com deficiência, principalmente na eliminação das barreiras - físicas e sociais - efetivando a acessibilidade da pessoa com deficiência, possibilitando que elas possam se realizar e se desenvolver livremente.

É a elaboração de políticas públicas, com base em indicadores sociais construídos à partir das demandas específicas, que possibilita a construção de projetos inclusivos, tendo a acessibilidade como escopo, garantindo à pessoa com deficiência ou com mobilidade reduzida viver de forma independente, exercendo seus direitos de cidadania e de participação social.

Com a entrada em vigor do Estatuto da Pessoa com Deficiência, passou-se a discutir sob a ótica de um novo parâmetro de deficiência, baseado nos direitos humanos e voltado para a construção de um novo modelo de visão social, onde o próprio ambiente cria e influencia diretamente na liberdade da pessoa com deficiência, enfocando a implementação de políticas públicas, estratégias jurídicas e sociais que excluam os obstáculos e as discriminações, focadas na efetivação da inclusão das pessoas deficientes, efetivando a acessibilidade da pessoa com deficiência, possibilitando que essas pessoas possam se realizar e se desenvolver livremente (SARMENTO, 2016, p. 241).

Portanto, o objetivo central da pesquisa, é analisar se o Estatuto da Pessoa com Deficiência tem sido usado como referência na elaboração dos indicadores sociais sobre deficientes no Brasil; analisar como são formados atualmente os indicadores sociais sobre deficientes no Brasil, se o Estatuto da Pessoa com Deficiência foi elaborado utilizando critérios de formação de indicadores sociais e se tem sido usado para a efetivação do direito a acessibilidade e ainda, se Estatuto da Pessoa com Deficiência, se totalmente efetivado, atenderia as necessidades das pessoas com deficiência.

Neste contexto, a criação de indicadores sociais especificamente criados a partir das reais demandas das pessoas com deficiência, identificarão as barreiras que ainda impedem a ampla inclusão e acessibilidade, possibilitando a implementação de políticas públicas eficazes.

Quanto à **metodologia** terá como base uma abordagem qualitativa e quantitativa, podendo ainda ser classificada, segundo os seus objetivos, como descritiva e prescritiva. A técnica de pesquisa será a da análise legislativa e documental.

1. ASPECTOS HISTÓRICOS E JURÍDICOS DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

As políticas públicas apresentam um entendimento pacificado que as define como metas coletivas, formadas por um conjunto de práticas e diretrizes que têm por objetivo a solução de problemas de interesse público. São desenvolvidas a partir dos indicadores sociais que identificam as necessidades dos grupos sociais e apontam os caminhos a serem trilhados para sua eficácia (JANNUZZI, 2017, p.151).

A implementação das políticas públicas é uma questão fundamental, pois elas estão intimamente ligadas à transformação da realidade. Toda a eficácia de uma determinada lei está atrelada à implementação de políticas públicas que torne real no cotidiano das pessoas todos os direitos nela tutelados pelo Estado. Sem políticas públicas a lei não será efetivamente aplicada (LIBERATI, 2012, p. 76).

Na formulação e execução das políticas públicas, a utilização dos princípios constitucionais - em especial da legalidade e do respeito à dignidade humana - desempenha função extraordinária, no sentido de assegurar, juridicamente, os direitos fundamentais posto no texto constitucional, que deverão ser implementados de acordo com a vontade do constituinte e do sistema jurídico vigente (MENDES; PAIVA, 2017. p. 101).

As políticas públicas podem ainda ser definidas como todas as ações de governo e podem variar de acordo com o grau de diversificação da economia, com a natureza do regime social, com a visão que os governantes têm do papel do Estado no conjunto da sociedade e com o nível de atuação dos diferentes grupos sociais, como partidos, associações de classe e outras formas de organização social.

Políticas públicas, portanto, são aquelas desenvolvidas por funcionários e organismos governamentais e possibilitam ao Estado a garantia do exercício dos direitos fundamentais individuais. Devem responder às necessidades e direitos das pessoas, que têm assegurada, no texto constitucional, a proteção da dignidade, da liberdade, da intimidade e de outros tantos direitos subjetivos individuais e coletivos (LIBERATI, 2012, p. 82).

Na visão de Monteiro (1991, p. 72) as políticas públicas podem ser consideradas como um fluxo de decisões que resulta, em última instância, de um processo político, de cuja decisão participam diversos agentes políticos observadas as regras de natureza legal-institucional-constitucional, sob as quais se definem os comportamentos desses agentes, suas escolhas, suas estratégias e, enfim, o resultado do jogo: a política pública.

Para entender como se dá a implementação das políticas públicas é necessário antes entender a influência constitucional nesse campo. A Constituição Brasileira de 1988 evidencia traços característicos que denotam sua filiação à tendência contemporânea do constitucionalismo inaugurada após a Primeira Guerra Mundial, marcada pela redefinição do papel e do âmbito material dos textos constitucionais. Nesse contexto, as Constituições modernas deixaram de se restringir à disciplina do político, de modo a alcançar também as esferas econômica e social. Essa tendência implica no abandono de um figurino constitucional voltado eminentemente à disciplina da organização política do Estado, aceitando o modelo econômico-social praticado no mundo real. É o que se denomina ampliação do “campo” constitucional. (MORAES, 2009, p. 74.)

Assim, neste contexto dirigismo constitucional, conforme Canotilho, mediante a imposição de conjunto normativo definidor de metas, diretrizes, programas e tarefas em conformidade ao texto constitucional, caberia a missão de apontar soluções e linhas de ação política de modo a responder a demandas sociais e econômicas nas

áreas de saúde, educação, lazer e trabalho, entre outras, mobilizando governantes e legisladores a concretizar o programa ou plano constitucional.

Neste contexto, o dirigismo constitucional caracteriza-se pela definição, a nível constitucional, de tarefas econômicas e sociais do Estado, direcionando a atuação dos poderes políticos e a consecução de políticas públicas (CANOTILHO, 1994, p.169.). Cuida-se, portanto, da instituição de um programa político-constitucional obrigatório que orienta a intervenção do Estado no domínio econômico social.

Para Santos (2006, p. 219) as políticas públicas surgiram no contexto do Estado Social “cujo fundamento se assenta na existência dos direitos sociais constitucionalmente positivados e se dá por meio de prestações positivas do Estado”.

Loewenstein (1986. p. 401) lembra que esses direitos socioeconômicos não são absolutamente novos, sendo que alguns deles, como o direito ao trabalho, já haviam sido reconhecidos na Constituição Francesa de 1723 e 1848. Todavia, somente no século XX se converteram no conteúdo do constitucionalismo após a Segunda Guerra. Foram assim, proclamados pela primeira vez na Constituição Mexicana de 1917 que nacionalizou todas as riquezas naturais e encarregou o Estado da responsabilidade social de garantir uma existência digna a cada um de seus cidadãos. Contudo, foi a Constituição de Weimar a que mais contribuiu para popularizar e estender os direitos sociais.

Enquanto no individualismo, que se fortaleceu na superação da monarquia absolutista, o Estado era considerado o inimigo contra o qual se deveria proteger a liberdade do indivíduo, com a filosofia social o Estado se converteu em amigo, obrigado que estava, a partir de então, a satisfazer as necessidades coletivas da comunidade (TAVARES, 2017, p.357).

No relato de Bucci (2002, p. 252) as políticas públicas evoluíram no sentido formal, assim como esta foi uma evolução em relação ao constitucionalismo. Desta forma, entende-se que o aspecto funcional inovador de qualquer modelo de estruturação do poder político caberá às políticas públicas.

A função de governar por políticas públicas não exclui, e jamais poderá excluir, o respeito à legalidade. Entre a lei e as políticas públicas, deve haver uma simbiose e estas devem ser incorporadas ao comando constitucional, e das leis ordinárias, afirmando que tais políticas passam a ser reconhecidas pelo Direito e a gerar efeitos jurídicos em todo o conjunto de atos e omissões que constituem cada política (BUCCI, 2002, p. 255).

A política pública não é lei e não se confunde com ela, mas ambas convivem e se completam. As políticas públicas constituem um meio de concretização dos direitos que estão codificados nas leis de um país. Nesse sentido, a Constituição não contém políticas públicas, mas, direitos cuja efetivação se dá por meio de políticas públicas, cujo catálogo constará dos textos legais e, principalmente, da Constituição, oferecendo garantia e segurança jurídica à população (LIBERATI, 2012, p. 95).

Assim, uma política pública pode tanto ser parte de uma política de Estado ou uma política de governo. Considera-se que políticas de governo são aquelas que o Executivo decide num processo elementar de formulação e implementação de determinadas medidas e programas, visando responder às demandas da agenda política interna, ainda que envolvam escolhas complexas. Já as políticas de Estado são aquelas que envolvem mais de uma agência do Estado, passando em geral pelo Parlamento ou por instâncias diversas de discussão, resultando em mudanças de outras normas ou disposições preexistentes, com incidência em setores mais amplos da sociedade (BOITO JUNIOR, 2007, p. 106-108).

Neste sentido, pode-se entender o processo de formulação de políticas públicas como uma sucessão de negociações identificado por meio dos mais diversos mecanismos de participação social e demandas dos grupos sociais.

A intervenção, via política pública, numa determinada área não deve ser uma decisão solitária e limitada tão somente a quem detém o poder político momentaneamente. A participação da sociedade deve ser considerada de fundamental importância para a implantação e implementação de políticas que atendam as reais necessidades da população e estabeleçam seus limites e alcances (DIAS, MATOS, 2012, p. 61.).

Rodrigues (2010, p. 25) lembra que para as políticas públicas se efetivarem, há uma condição fundamental, que é a capacidade de intervenção dos diversos atores políticos envolvidos no processo.

As transformações propiciadas pelas políticas públicas só serão possíveis se os agentes demonstrarem capacidade não só para diagnosticar e analisar a realidade social, econômica e política em que vivem, mas também para interagir e negociar de forma democrática com os diferentes atores envolvidos no processo.

Contexto no qual analisa-se a Lei Brasileira de Inclusão (LBI), Lei 13.146 de 2015, também conhecida como Estatuto da Pessoa com Deficiência, considerada como um grande avanço e que impacta diretamente a vida de cerca de 45 milhões de brasileiros com algum grau de deficiência e, indiretamente, toda sociedade, governo e instituições, muito embora ainda não esteja sendo utilizada como ferramenta efetiva na elaboração das políticas públicas para as pessoas com deficiência.

Destaca-se que a lei alterou o instituto da capacidade possibilitando que a pessoa deficiente possa exercer atos da vida civil, como o direito de casar e exercer direitos reprodutivos em igualdade de condições com as demais pessoas. Introduziu novos institutos como a Tomada de Decisão Apoiada. Assegurou a oferta de sistema educacional em todos os níveis e modalidades de ensino. Criou benefício assistencial para o ingresso no mercado de trabalho e incluiu o desrespeito às normas de acessibilidade como causa de improbidade administrativa (DEMARCHI; MAIESKI, 2019, p. 107) e, embora provoque o Estado e a sociedade para o cumprimento de metas inclusivas, ainda tem sido muito pouco utilizado, tendo sua eficácia bastante reduzida.

2. PESSOA COM DEFICIÊNCIA E ACESSIBILIDADE

Em conceito amplo a acessibilidade pode ser definida como a qualidade do que é acessível, algo atingível e de acesso fácil à qualquer pessoa. Está intrinsecamente ligada a possibilidade de fornecer condições às pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida, para a utilização de forma segura e autônoma, dos espaços privados, públicos, individuais e coletivos.

Segundo conceitua o Estatuto da Pessoa com Deficiência (BRASIL, 2015), acessibilidade é a possibilidade e a condição de alcance para utilização, com segurança e autonomia, de espaços, mobiliários, equipamentos, edificações, transportes, informação e comunicação, inclusive de sistemas e tecnologias, por pessoa com deficiência ou com mobilidade reduzida, como forma de não discriminação, garantindo a inclusão e a promoção à dignidade humana³, a liberdade e ao acesso aos direitos fundamentais.

A acessibilidade nem sempre foi concebida de forma não discriminativa. O conceito de acessibilidade vem sofrendo alterações e evoluindo, principalmente por

³ “Não há na doutrina, um conceito preciso e único da dignidade, isto porque é uma qualidade inerente a todo ser humano, de tal forma que é um valor que identifica o indivíduo como ser humano”. (LIEBL; DEMARCHI, p. 91)

imposições da legislação, ao longo dos anos. Até bem pouco tempo, a definição de acessibilidade tinha relação estreita com o conceito de deficiência, e estava basicamente relacionada a adequação de estruturas às pessoas com deficiência.

Segundo Barcellos e Campante (2012), a deficiência foi compreendida, durante muito tempo, como condição médica e a acessibilidade como uma consequente adaptação do meio aos déficits de natureza física, mental ou cognitivas, que até então, caracterizavam as pessoas com deficiência. A organização da sociedade partia do princípio de que a pessoa com deficiência é que necessitava de assistência “em função da sua inadequação aos meios usuais de acesso aos direitos e aos bens da vida social em geral e, a acessibilidade era a ferramenta por meio da qual a sociedade respondia às necessidades excepcionais da pessoa com deficiência”.

A Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (ONU, 2006) define como pessoas com deficiência “aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas”.

A discriminação por motivo de deficiência significa qualquer diferenciação, exclusão ou restrição baseada na deficiência da pessoa “com o propósito ou efeito de impedir ou impossibilitar o reconhecimento, o desfrute ou o exercício, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais nos âmbitos político, econômico, social, cultural, civil ou qualquer outro” e tais práticas de discriminação, abrangem inclusive a acessibilidade e a recusa de adaptação razoável.

A própria legislação conceitua adaptação razoável (BRASIL, 2009) como as modificações e os ajustes necessários e adequados que não acarretem ônus desproporcional ou indevido, quando requeridos em cada caso, a fim de assegurar que as pessoas com deficiência possam gozar ou exercer, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, todos os direitos humanos e liberdades fundamentais

Neste contexto, a acessibilidade é revelada como princípio fundamental, principalmente para que as pessoas com deficiência possam concretizar seus direitos fundamentais, em todos os aspectos de suas vidas.

Para Lopes (2009, p. 140-141), a acessibilidade é um direito natural, inato ao ser humano. “Assegura-se legitimidade e a implantação da acessibilidade como princípio norteador dos sistemas jurídicos e como um direito fundamental”. Desta forma, de acordo com o raciocínio da autora, sendo considerado um princípio-direito “obriga os Estados à sua implementação como garantia fundamental, extremamente relevante para a concretização dos direitos humanos das pessoas com deficiência”.

A Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência (ONU, 2006), se refere à acessibilidade como ferramenta para que as pessoas com deficiência atinjam sua autonomia em todos os aspectos da vida, o que demonstra uma visão atualizada das especificidades destas pessoas, que buscam participar dos meios mais usuais que a sociedade em geral utiliza para funcionar plenamente nos dias de hoje, não se reduzindo apenas à acessibilidade ao meio físico (VITAL, 2008, p. 44).

A acessibilidade ao meio físico promove a inclusão e é primordial para que direitos fundamentais sejam resguardados, dando aos deficientes a oportunidade de exercer a sua cidadania. Toda ação que possibilite acesso de pessoas com deficiência aos serviços de transportes, equipamentos urbanos e a circulação em áreas públicas, entre outros, são basicamente a efetivação da dignidade humana. Entretanto, não é apenas a acessibilidade ao meio físico que imprime pertinente discussão. Tal qual

acesso à lugares físicos, o acesso a informação, à educação, a arte e cultura são tão fundamentais e urgente quanto ao direito de ir e vir.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência (BRASIL, 2015) discute inserção sob a ótica de um novo parâmetro de deficiência, baseado nos direitos humanos e voltado para a construção de um novo modelo de visão social, onde o próprio ambiente cria e influencia diretamente na liberdade da pessoa com deficiência, enfocando a implementação de políticas públicas, estratégias jurídicas e sociais que excluam os obstáculos e as discriminações, focadas na efetivação da inclusão das pessoas deficientes, especialmente na eliminação das barreiras - físicas e sociais, efetivando a acessibilidade da pessoa com deficiência, possibilitando que essas pessoas possam se realizar e se desenvolver livremente (SARMENTO, 2016, p 241).

O Artigo 3º da Lei 13.146/15 (BRASIL, 2015), especifica que acessibilidade é a possibilidade e a condição de alcance para utilização, com segurança e autonomia, de espaços, mobiliários, equipamentos urbanos, edificações, transportes, informação e comunicação, inclusive seus sistemas e tecnologias, bem como de outros serviços e instalações abertos ao público, de uso público ou privados de uso coletivo, tanto na zona urbana como na rural, por pessoa com deficiência ou com mobilidade reduzida.

Já o art. 53 do Estatuto consolida a acessibilidade como princípio e direito humano fundamental: “A acessibilidade é direito que garante à pessoa com deficiência ou com mobilidade reduzida viver de forma independente e exercer seus direitos de cidadania e de participação social”.

Vê-se, portanto, que a acessibilidade é intrínseca à dignidade humana, é um direito que garante à pessoa com deficiência viver de forma mais digna, independente, exercendo com total plenitude seus direitos de cidadania e de participação social.

Com entendimento doutrinário pacificado, a acessibilidade é um dos principais objetivos do Estatuto da Pessoa com Deficiência, visto que, ao estabelecer as regras para aplicação da lei, define a eliminação das barreiras, tanto físicas quanto sociais, como “meio para a acessibilidade, garantindo os direitos considerados fundamentais, sem os quais a pessoa humana não pode existir ou não é capaz de se desenvolver e de participar plenamente da vida”, como bem define Dallari (2004, p. 98).

Nesse sentido, apresentam-se algumas políticas para acessibilidade dos deficientes em alguns setores, com destaque nas áreas da educação e saúde, entretanto, é importante observar que em outros setores ainda há muito a ser construído e, a forma como essas políticas públicas são elaboradas e implementadas, merecem especial destaque, especialmente com o estudo dos indicadores sociais.

A discriminação sofrida pelas pessoas com deficiência de certo modo foi corrigida com o advento na nova Lei, que estabeleceu em seu texto legal a proteção da pessoa com deficiência de qualquer forma de discriminação (PINTO, 2016, p. 32). Porém, um longo caminho ainda se faz necessário para efetivação destes direitos, perpassando a criação de indicadores sociais específicos e a implementação de políticas públicas voltadas às reais demandas deste grupo.

Observa-se a existência de um vácuo prestacional por parte do Estado, que não tem garantido de forma eficiente a acessibilidade à pessoa com deficiência e a constatação está intrinsecamente ligada à falta de políticas públicas destinadas a tal propósito, visto que as ferramentas utilizadas para obter dados concretos da população ainda se mostram bastante acanhadas, incluindo o Censo Demográfico 2020, como ver-se-á a seguir.

3. INDICADORES SOCIAIS E A PESSOA COM DEFICIÊNCIA

O princípio inicial da origem do indicador está centrado em servir de instrumento para o planejamento governamental. Os indicadores sociais são subsídios essenciais no campo da elaboração e avaliação de políticas públicas.

Para Jannuzzi (2017, p. 47), um Indicador Social é considerado uma medida em geral quantitativa, capaz de substituir ou quantificar um conceito social abstrato. É, portanto, um recurso metodológico empírico, pois informa algo sobre a realidade social ou sobre as mudanças que estão em processo.

Desde sua origem, os indicadores sociais fazem parte de um contexto socioeconômico amplo e devem trazer respostas para as preocupações referentes à dinâmica social (JANNUZZI, 2016, p. 45). Portanto, cabe aos indicadores elucidarem questões que vão além da informação quantitativa, aproximando-se ao máximo da realidade social. (SANTAGADA, 2007).

Historicamente, a partir de 1966, surgiu a primeira ocorrência da expressão “indicadores sociais”, na obra de Bauer (1968), nos EUA. Na ocasião, a análise econômica - representada pelo Produto Interno Bruto (PIB) - não explicava a disparidade entre o crescimento econômico e os conflitos sociais da época. O Estado, então, é visto como árbitro do bem comum.

A década de 1970 foi marcada pelo crescimento e elaboração dos indicadores sociais por organismos internacionais. Santagada (2007) relata a adesão dos organismos internacionais no esforço de estudar os indicadores sociais comparando as condições de vida da população entre diferentes países. Entre estes organismo estava a Organização das Nações Unidas (ONU), a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), o Banco Mundial e o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD).

Em contrapartida, nos anos 1980 se viveu um certo desprezo pelos indicadores sociais, marcado pela crise fiscal e a visão de um Estado mínimo adotada principalmente na Inglaterra e nos EUA. Já a retomada da importância dos indicadores se deu somente na década 1990, quando ganharam destaque novos temas sobre desigualdade social, qualidade de vida, direitos humanos, liberdades políticas, desenvolvimento sustentável e responsabilidade social - temas centrais na pauta de governo de vários países (BRASIL, 2010).

Apesar de ter ganho corpo técnico científico nos anos de 1960, na fluorescente organização dos sistemas de acompanhamento das transformações sociais, há registros de contribuições anteriores na construção do marco conceitual sobre indicadores sociais. Neste viés, Jannuzzi (2017, p. 17) destacada que estudos do sociólogo Emile Durkheim nas primeiras décadas do século passado, ou até antes, apontam que “embora o termo “indicador social” passasse a ser dominante nos anos de 1960, a “estatística” como prática de qualificação de fenômenos sociais para tomada de decisão pública remonta ao século XVII.

No Brasil, os indicadores sociais passaram a ser empregados como instrumento de planejamento governamental na década de 1970. Em 1973 foi criado no IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística um grupo de trabalho multidisciplinar para estruturar um sistema de indicadores sociais que pudesse orientar a pesquisa e publicações de campo (JANNUZZI, 2017, p. 19).

Em 1974, foi criado o Conselho de Desenvolvimento Social (CDS). Esse conselho, em 1975, propôs a construção de um sistema de indicadores sociais e de produção periódica da informação, visando fornecer elementos para elaboração e acompanhamento do planejamento social. (SANTAGADA, 2007).

Nos últimos 30 anos, houve um aumento no interesse pelo uso de indicadores na administração pública brasileira. Para Jannuzzi (2017, p. 24) essa elevação está

relacionada ao aprimoramento do controle social do Estado. As novas tecnologias da informação e comunicação também desempenham um importante papel ao viabilizarem o acesso às informações de natureza estatística e administrativa (JANNUZZI, 2005).

Enquanto instrumentos operacionais, os indicadores permitem identificar e medir aspectos relacionados ao resultado de uma intervenção na realidade. Segundo o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, os indicadores possuem duas funções básicas: *descritiva*: a que retrata uma realidade empírica, situação social ou ação pública, a exemplo da quantidade de famílias em situação de pobreza; e *valorativa*: que acrescenta informação de juízo de valor à uma determinada situação, almejando avaliar a importância relativa de um problema em foco (BRASIL, 2010).

No processo de construção de um Sistema de Indicadores Sociais, a quantidade de indicadores vai depender do foco do objetivo estipulado, bem como da disponibilidade de dados e de estatísticas que atendam à demanda programática.

Jannuzzi (2017, p. 96) chama a atenção para uma importante diferença entre indicadores sociais e estatísticas públicas. Estatísticas Públicas correspondem ao dado social em sua forma bruta, parcialmente preparado para a interpretação empírica da realidade. No entanto, as estatísticas públicas não estão inteiramente contextualizadas em uma teoria social. Elas se constituem na matéria-prima para a construção de indicadores sociais.

Ponto de relevância é destacar que hoje no Brasil, verifica-se a construção majoritária de estatísticas públicas, estando a formação de indicadores sociais específicos numa escala bem menor ou quase inexistente para determinados setores e grupos sociais.

No que tange a construção de indicadores específicos para demandas das pessoas com deficiência, constata-se uma reduzida preocupação com os indicadores sociais baseados nas diretrizes do Estatuto da Pessoa com Deficiência (BRASIL, 2015) e a falta de implementação de políticas públicas que efetivem os direitos dos deficientes no Brasil está apresentando como consequências a ineficiência da gestão pública nesta área, visto que não possui dados suficientes para elaboração de programas e uma correta aplicação dos recursos disponíveis na área.

A coleta de dados no Brasil, subsidio para criação de estatísticas públicas e indicadores sociais está diretamente ligada às pesquisas estatísticas realizadas pelo IBGE⁴, com destaque para o Censo⁵ Demográfico⁶ realizado a cada dez anos. Em virtude da pandemia de Covid-19⁷, a contagem populacional que haveria por meio do Censo 2020 foi adiada para 2021, quando serão visitados cerca de 71 milhões de domicílios em todo o território nacional (BRASIL, 2019a).

⁴ O Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE se constitui no principal provedor de dados e informações do País, que atendem às necessidades dos mais diversos segmentos da sociedade civil, bem como dos órgãos das esferas governamentais federal, estadual e municipal.

⁵ A palavra Censo origina-se do latim *census*, que quer dizer "conjunto dos dados estatísticos dos habitantes de uma cidade, província, estado, nação etc. Verifica-se que desde épocas remotas os governos se preocupam em realizar censos. O primeiro censo no Brasil foi realizado em 1872. (IBGE, 2019).

⁶ Censo Demográfico, é a operação estatística mais importante para retratar a realidade sociodemográfica do país. Dos resultados do Censo Demográfico e das Contagens Populacionais são obtidas as tendências e parâmetros indispensáveis à elaboração de projeções e estimativas populacionais, que a partir de 1989 passaram a ser fornecidas anualmente, em cumprimento ao dispositivo constitucional, regulamentado pela Lei Complementar nº 59, de 22 de dezembro de 1988 (IBGE, 2019)

⁷ A COVID-19 é uma doença causada pelo coronavírus SARS-CoV-2, que apresenta um quadro clínico que varia de infecções assintomáticas a quadros respiratórios graves. (BRASIL, 2020)

Importante destacar que o Governo Federal recuou na decisão de ampliação do Censo Demográfico brasileiro e, na contramão das demais Nações, reduziu o questionário básico, que vai contar com 25 questões, nove a menos que em 2010, e também o questionário da amostra, maior e aplicado em 10% dos lares, que terá 76 questões, 26 a menos que em 2010 (BRASIL, 2019b).

A redução no número de questões, especialmente no questionário por amostragem, expõe a fragilidade do sistema de construção de indicadores sociais no Brasil, visto que é por meio destes indicativos que o país poderia criar indicadores específicos, de um número maior de grupos, incluindo o grupo das pessoas com deficiência.

De acordo com o IBGE (2019), os questionários abarcam perguntas que irão formar características dos domicílios, identificação étnico-racial, nupcialidade, núcleo familiar, fecundidade, religião ou culto, deficiência, migração interna ou internacional, educação, deslocamento para estudo, trabalho e rendimento, deslocamento para trabalho, mortalidade.

Nota-se que a categoria deficiência aparece de forma genérica, ou seja, o Censo 2020 irá apenas contar quantos são as pessoas com deficiência no Brasil, apontando, igualmente de forma genérica, se a deficiência é física ou mental. Não terá, portanto, a criação de indicadores sociais que nos aponte qual é especificamente a deficiência, quais são as limitações e necessidades dos cidadãos brasileiros com deficiência e, por consequência, continua-se sem perspectivas para implementação de políticas públicas condizentes com as demandas desta população.

Desta forma, o Brasil continua criando estatísticas públicas, por meio de perguntas genéricas, muito longe de garantir a efetivação paritária dos direitos das pessoas com deficiência, por meio dos indicadores sociais e políticas públicas direcionadas.

Constata-se, portanto, que o Estatuto da Pessoa com Deficiência, mesmo sendo um importante instrumento de efetivação da dignidade humana, facilitador para a implementação de políticas públicas voltadas às necessidades da pessoa com deficiência, está sendo minimizado, tendo a sua eficácia reduzida, deixando de ser o elemento primordial para eliminação das barreiras que ainda impedem ampla inclusão e acessibilidade da pessoa com deficiência (DEMARCHI; MAIESKI, 2019, p. 107).

Conforme revela Jannuzzi (2002), não se deve superestimar o papel dos indicadores sociais em um ciclo de política pública. Especialmente nas fases de formulação e implementação, deve-se ter um cuidado especial, visto que estas dependem exclusivamente da qualidade da informação.

A construção de um sistema de indicadores é básica e fundamental. Para que haja o monitoramento e a avaliação de resultados na gestão pública é imprescindível que os governos utilizem processos estruturados e instrumentos críveis capazes de aferir os resultados da ação governamental com exatidão (JANNUZZI, 2016, p. 97).

A ineficiência do sistema pode residir justamente no uso inadequado das ferramentas para a elaboração das políticas públicas, ou seja, os atores responsáveis pelas políticas no Brasil podem não estar levando em consideração as regras básicas que constituem os ciclos do processo que envolvem o planejamento, a elaboração, a implementação e os resultados das políticas públicas, perpassando a criação dos indicadores sociais.

Sendo o IBGE o órgão oficial e praticamente exclusivo de coleta de dados no Brasil, a redução do questionário do Censo 2020, a falta de percepção social na coleta de dados e a consequente ausência de indicadores sociais, podem tornar ainda mais frágil o sistema de políticas públicas voltadas a grupos vulneráveis, podendo levar o

país a um colapso social e econômico, expondo e sacrificando exponencialmente os cidadãos que mais necessitam de amparo estatal, especialmente, as pessoas com deficiência.

CONCLUSÃO

Diante o exposto, observa-se que a reduzida preocupação com os indicadores sociais na fase de planejamento e, posteriormente, na implementação de políticas públicas que efetivam os direitos das pessoas com deficiência no Brasil tem como consequência grave a perda de recursos e a ineficiência da gestão pública que não possui dados suficientes para garantir a inclusão da pessoa com deficiência.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência discute inserção sob a ótica de um novo parâmetro de deficiência, baseado nos direitos humanos e voltado para a construção de um novo modelo de visão social.

A lei alterou o instituto da capacidade possibilitando que a pessoa deficiente possa exercer atos da vida civil, como o direito de casar e exercer direitos reprodutivos em igualdade de condições com as demais pessoas. Introduziu novos institutos como a Tomada de Decisão Apoiada. Assegurou a oferta de sistema educacional em todos os níveis e modalidades de ensino. Criou benefício assistencial para o ingresso no mercado de trabalho e incluiu o desrespeito às normas de acessibilidade como causa de improbidade administrativa e, embora provoque o Estado e a sociedade para o cumprimento de metas inclusivas, ainda tem sido muito pouco utilizado, tendo sua eficácia bastante reduzida.

Constata-se que, apesar de ter um dos institutos estatísticos mais modernos do mundo, o Brasil não tem avançado na construção de indicadores sociais específicos e não tem identificado as reais demandas dos mais diversos grupos sociais integrantes da sua população.

Muito embora o censo brasileiro seja considerado um dos mais detalhados internacionalmente, sendo uma fonte quase exclusiva de informação para planejamento e para formulação de políticas públicas ainda se mostra focado majoritariamente em estatísticas públicas econômicas, educacionais, na área da saúde, trabalho, emprego e renda deixando de lado grupos especialmente fragilizados, como é o caso das pessoas com deficiência.

Quando se considera majoritariamente a estatística pública, em detrimento de indicadores sociais, dando maior atenção a alguns setores instala-se um desequilíbrio prestacional por parte do estado, e as políticas públicas deixam de ser equânimes, ferindo inclusive os preceitos constitucionais.

Ao analisar o Estatuto da Pessoa com Deficiência observa-se que o mesmo não tem sido usado como referência na elaboração dos indicadores sociais sobre deficientes no Brasil. Conclui-se que a chamada Lei da Inclusão ainda não decolou no campo da construção de indicadores sociais específicos sobre os deficientes brasileiros.

Constata-se ainda que os indicadores sociais específicos sobre deficientes no Brasil praticamente inexistem, visto que atualmente os deficientes são contados de forma genérica. Criando assim apenas estatísticas amplas e que não há a identificação de todas as barreiras físicas e sociais, muito menos um detalhamento das reais demandas envolvendo as pessoas com deficiência no Brasil. Portanto, se inexistem indicadores determinando as demandas sociais, recursos públicos que poderiam estar sendo melhor destinados, podem estar se perdendo em políticas públicas equivocadas e sem nenhum resultado efetivo.

A análise constata que processo de implementação de políticas públicas para as pessoas com deficiência pode estar tendo etapas fundamentais ceifadas, seja por despreparo técnico dos atores envolvidos ou ainda, por direcionamento inadequado das políticas públicas. Não raro, em muitos municípios brasileiros, pode-se observar, por exemplo, a destinação de investimentos em piso tátil para deficientes visuais, enquanto a demanda pode estar apontando para a necessidade de programas direcionados a deficientes auditivos com a disponibilização de áudio livros nas instituições públicas e nas escolas.

Conclui-se, neste contexto, que o Estatuto da Pessoa com Deficiência foi elaborado com base em diretrizes internacionais, bem como, adequações de leis brasileiras criadas ao longo dos tempos. Apesar de estar alinhado com a Constituição brasileira e atender os preceitos legais que uma lei exige, o Estatuto da Pessoa com Deficiência foi criado sem considerar os indicadores sociais sobre pessoas com deficiência, dada a incoerência que afirmação contrária apresentaria, uma vez que praticamente inexitem tais indicadores específicos no Brasil.

Entretanto, é imperioso lembrar que a utilização do Estatuto da Pessoa com Deficiência, deve ser referência na elaboração de critérios para a construção dos indicadores sociais sobre deficientes no Brasil. A total efetivação desta lei pode atender as necessidades das pessoas com deficiência no Brasil, pois atualmente se desconhece minuciosamente quantas são e, principalmente, quais são as demandas das pessoas com deficiência.

Os questionamentos levantados e as possíveis respostas apresentadas na presente pesquisa pretende propor uma análise sobre o assunto, questionando sobre as prioridades e foco dos gestores públicos no que tange a criação de indicadores sociais reais e, conseqüente, a implementação de políticas públicas que respondam às demandas das pessoas com deficiência.

O assunto não se esgota com as constatações apresentadas. Pelo contrário, abre-se para uma nova discussão sobre o que se pretende para o futuro das pessoas com deficiência no Brasil e a responsabilidade do Estado e da sociedade.

REFERÊNCIAS

BARCELLOS, Ana Paula de; CAMPANTE, Renata Ramos. **A acessibilidade como instrumento de promoção de Direitos Fundamentais**. Manual dos direitos da pessoa com deficiência. São Paulo: Saraiva, 2012. n.p. disponível em: <https://app.saraivadigital.com.br/leitor/ebook:582916>. Acesso em: 25 abr. 2020.

BAUER, Raymond A. **Social Indicators**. The University of Chicago Press Journals. American Journal of Sociology, no. 3, v. 74, nov.1968, p. 306-307. Disponível em: < <https://www.journals.uchicago.edu/doi/10.1086/224646>>. Acesso em: 25 abr. 2020.

BOITO JUNIOR, Armando. **Estado, política e classes sociais: ensaios teóricos e históricos**. São Paulo: Editora Unesp, 2007.

BRASIL. Agencia IBGE Notícias. Censo é adiado para 2021; coleta presencial de pesquisas é suspensa. 2019a. disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/27160-censo-e-adiado-para-2021-coleta-presencial-de-pesquisas-e-suspensa>. Acesso em:30 abr. 2020.

BRASIL. Agencia IBGE Notícias. Com questionário definido, conheça as perguntas que serão feitas no Censo 2020. 2019b. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/24914-com-questionario-definido-conheca-as-perguntas-que-serao-feitas-no-censo-2020>. Acesso em: 30 abr. 2020.

BRASIL. Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm. Acesso em: 30 abr. 2020.

BRASIL. Lei 13.146 de 06 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm. Acesso em: 18 abr. 2020.

BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. **Indicadores de programas**: guia metodológico. Brasília, 2010. Disponível em: <<http://www.planejamento.gov.br/assuntos/projetos-encerrados/projeto-de-integracao-para-a-eficiencia-da-gestao/guia-de-indicadores-dos-programas>>. Acesso em 13 abr. 2020.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **A constituição dirigente e a vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Editora, reimpressão, 1994.

COMPARATO, Fábio Konder. **Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas**. São Paulo, ano 86, v. 737, 1997.
DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos humanos e cidadania**. São Paulo: Moderna, 2004.

DEMARCHI, Clovis; MAIESKI, Elaine Cristina. Alterações Legislativas para a efetivação do Estatuto da Pessoa com Deficiência e implementação de Políticas Públicas. **Anais do II Congresso Internacional de Políticas Públicas para a América Latina: Direito, Saúde, Educação e Meio Ambiente**. Itajaí, 2019. v. 5.

DIAS, Reinaldo; MATOS, Fernanda. **Políticas Públicas. Princípios, propósitos e processos**. São Paulo: Atlas, 2012.

JANNUZZI, Paulo de Martino. Considerações sobre o uso, mal uso e abuso dos indicadores sociais na formulação de políticas públicas municipais. **Revista de Administração Pública**. Rio de Janeiro, v. 36, n. 1, p. 51-72, jan/fev. 2002.

JANNUZZI, Paulo de Martino. Indicadores para diagnósticos, monitoramento e avaliação de programas sociais no Brasil. **Revista do Serviço Público**. Brasília, n. 2 v. 56, p.137-160, abr/jun. 2005.

JANNUZZI, Paulo de Martino. **Indicadores Sociais no Brasil**. Conceitos, fontes de dados e aplicações. 6 ed. São Paulo: Alínea, 2017.

JANNUZZI, Paulo de Martino. **Monitoramento e Avaliação de Programas Sociais**. Uma introdução aos conceitos e técnicas. São Paulo: Alínea: 2016.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Políticas Públicas no Estado Constitucional**. São Paulo: Editora Atlas, 2012.

LIEBL, Helena; DEMARCHI, Clóvis. A efetividade da dignidade da pessoa humana através dos direitos sociais. **Revista da ESMESC**, Florianópolis, v.25, n.31, p. 85-106, 2018. Disponível em: <https://revista.esmesc.org.br/re/article/view/185/159>

LOEWENSTEISN, Karl. **Teoria de la Constitución**. Barcelona: Editora Ariel, 1986.

LOPES, Laís Vanessa Carvalho de Figueiredo. Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência da ONU e seu protocolo facultativo e a acessibilidade. Dissertação de Mestrado em Direito – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009.

MENDES, Gilmar; PAIVA, Paulo. **Políticas Públicas no Brasil**. Uma abordagem institucional. São Paulo: Saraiva, 2017.

MONTEIRO, Jorge Viana. **Legislatura e políticas públicas**. Legislação, Caderno de Ciências de Legislação, n.2, dez. 1991.

MORAES, Alexandre de. **Os 20 anos da Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Atlas S.A, 2009.

ONU. Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. 2006. Disponível em: <https://www.un.org/development/desa/disabilities/convention-on-the-rights-of-persons-with-disabilities.html>. Acesso em: 03 maio 2020.

PINTO, Ronaldo Batista. Estatuto da Pessoa com Deficiência comentado. 2 ed. Bahia: Podivm, 2016.

RODRIGUES, Marta Maria Assumpção. **Políticas Públicas**. São Paulo: Publifolha, 2010.

SANTAGADA, Salvadore. Indicadores Sociais: uma primeira abordagem social e histórica. **Pensamento Plural**. Pelotas, n. 1, p.113-142, jul/dez, 2007.

SANTOS, Marília Lourido dos. **Interpretação constitucional no controle judicial das políticas públicas**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2006.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da Pessoa Humana**. Conteúdo, Trajetória e metodologia. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum. 2016.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

VITAL, Flávia Maria de Paiva. **A Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência Comentada**. Brasília: Corde, 2008.



Revista Processus de Estudos de Gestão, Jurídicos e Financeiros

ISSN: 2237-2342 (impresso)

L-ISSN: 2178-2008 (on-line)

Tramitação editorial:

Data de submissão: 08/10/2020

Data de aceite definitivo: 11/21/2020

DOI: <https://doi.org/10.5281/zenodo.4411474>

Data de publicação: 31/12/2020.

**FINANÇAS PÚBLICAS E CONTROLE SOCIAL NO BRASIL:
O QUESTIONÁVEL EXEMPLO DO TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO
FEDERAL (TCDF)**

*PUBLIC FINANCE AND SOCIAL CONTROL IN BRAZIL:
THE QUESTIONABLE EXAMPLE OF THE FEDERAL DISTRICT COURT OF AUDITORS
(TCDF)*

*Raone Gomes Maciel¹
Laura Karoliny da Silva Nogueira²
Beatriz Amália Albarello³*

Resumo

Este artigo propõe uma articulação entre a análise das finanças públicas e controle social. Apresenta, assim, uma proposta metodológica para os estudos dessas áreas, sendo os dados orçamentários avaliados à luz de literatura, legislação e relatórios técnicos pertinentes. Destarte, foi desenvolvida uma avaliação sobre os Tribunais de Contas, em especial o Tribunal de Contas do Distrito Federal (TCDF). Os dados e metodologia reforçam a importância do estudo sobre as finanças públicas e o controle social e fazer isso de forma eficiente.

Palavras-chave: Controle Social. Finanças Públicas. TCDF.

¹ Graduando em Administração pelo Instituto de Educação Superior de Brasília – IESB.

² Mestre em Economia pela Universidade de Brasília, docente no Instituto de Educação Superior de Brasília – IESB.

³ Doutoranda em Psicologia, pela Universidade de Católica de Brasília – UCB, docente no Instituto de Educação Superior de Brasília – IESB.

Abstract

This article proposes an articulation between the analysis of public finances and social control. It presents a methodological proposal for the study of these areas and the budget data being evaluated in the light of the relevant literature, legislation and technical reports. An evaluation of the courts of auditors is carried out, especially of the Tribunal de Contas do Distrito Federal. The data and methodology reinforce the importance of studying public finances and social control and doing it efficiently.

Keywords: *Social Control. Public Finance. TCDF.*

Introdução

As finanças públicas desempenham um papel importante na sociedade porque o Estado, para cumprir a sua função de promoção do bem-estar da sociedade, tem de incorrer em despesas públicas, que devem ser cobertas pelas receitas públicas. Assim, a atividade financeira do Estado pressupõe a realização de atividades políticas, sociais, econômicas e administrativas que consistem em adquirir, criar, administrar e gastar. O conceito de finanças públicas a que se refere Matias-Pereira (2012, p. 113) pode explicar melhor quando diz:

As finanças públicas de um país [...] estão orientadas para a gestão das operações relacionadas com a receita, despesa o orçamento e o crédito público. Preocupa-se, portanto, com a obtenção, distribuição, utilização e controle dos recursos financeiros do Estado. Registre-se que a arrecadação dos tributos decorre de uma manifestação do poder de império do Estado, impondo obrigações pecuniárias à, retirando-lhes parte da riqueza produzida, com vista a realizar a atividade financeira. A atividade financeira é desempenhada pela obtenção de receitas, pela administração do produto arrecadado e, ainda, pela realização de dispêndios e despesas.

O próprio conceito de controle está relacionado à atividade de monitoramento, que almeja garantir que as tarefas sejam realizadas conforme planejado e corrigir eventuais desvios. Construir uma casa é um bom exemplo. Na prática, se monitora a execução das obras para que saiam de acordo com o planejado no projeto original, sem erros e desvios. A mesma ideia pode ser adotada na esfera pública, mas com a diferença que se antes à construção da casa era objeto de controle, agora é ação governamental, com base nos órgãos que exercem o controle em diferentes momentos e níveis, como, por exemplo, os Tribunais de Contas da União, Estaduais e Municipais.

Além do exposto, frise-se a possibilidade de o controle ser exercido pela sociedade civil. Em outros termos, o controle social, que é a participação do cidadão na gestão pública, através do controle direto, representa a ação de um cidadão ou grupo social sem o envolvimento ou intermediação de um órgão ou entidade pública que atuaria como um “canal” entre a população e o governo. Já o controle indireto, por seu turno, representa a participação humana por meio dos mecanismos ou instituições colocadas à sua disposição.

No cerne dessa questão, jogue-se luz sobre a atuação de 3 (três) entidades de controle social - Associação Contas Abertas (CA), Instituto de Fiscalização e Controle (IFC) e Instituto Observatório Político e Socioambiental (OPS) -, que, buscando respostas à reflexão “quem fiscaliza o fiscal?”, elaboraram relatórios que evidenciaram o sistema remuneratório dos Tribunais de Contas no Brasil e, assim,

revelando os valores que a sociedade luta para manter no tocante à estrutura salarial desses Tribunais, que dever-se-ão ser, grosso modo, os primeiros a zelar pelos princípios constitucionais, e administrativos, que caracterizam a Administração Pública brasileira.

Essas reflexões suscitaram o interesse de abordar o Tribunal de Contas do Distrito Federal (TCDF) a fim verificar a existência de eventuais “penduricalhos” naquele órgão, circunstâncias que, fatalmente, podem reduzir a eficiência do uso dos recursos públicos.

Nessa perspectiva, pretende-se colocar em relevância o papel do controle social conquanto instrumento de promoção à gestão pública participativa, enfatizando a sua aplicação, notadamente, nos gastos públicos com pessoal no TCDF. Para tanto, a pesquisa está dividida em: referencial teórico, que contempla os conceitos de planejamento público, finanças públicas e os aspectos gerais de orçamento público; em seguida, é feita menção à metodologia da pesquisa; e, por fim, no capítulo seguintes são tratados os resultados e discussões do estudo em questão. Qual a relação entre a prática de controle social e o aprimoramento das finanças públicas no Brasil? O controle social colabora com uma maior eficiência no uso de recursos públicos e fomenta a gestão pública democrática.

O objetivo geral deste trabalho é analisar, por meio das práticas de controle social, os gastos com pessoal no Tribunal de Contas do Distrito Federal (TCDF) a fim de perceber as suas contribuições no tocante à eficiência das finanças públicas.

Para analisar as contribuições do controle social para o aumento da eficiência no uso dos recursos públicos relativas aos gastos com pessoal no Tribunal de Contas do Distrito Federal (TCDF), pretender-se-á:

- (i) Identificar as características, elementos e princípios que rodeiam as finanças públicas no Brasil;
- (ii) Observar as mudanças nos modelos orçamentários de gestão pública;
- (iii) Perceber se essas mudanças revelam fomento à participação social no que diz respeito aos gastos públicos;
- (iv) Apresentar os aspectos pertinentes à gestão pública e ao controle social; e
- (v) Verificar se o controle social enseja maior eficiência no uso de recursos públicos, fomentando a gestão pública democrática.

Referencial

Este capítulo divide-se em duas partes, apresentando conceitos de planejamento público, finanças públicas, orçamento (princípios e tipos) e controle no setor público. Esses conceitos serão aprofundados no desenrolar da pesquisa proposta por este estudo.

Planejamento público

Considerando que o planejamento é a primeira função administrativa, dado que a ele cabe a decisão do que se deve fazer, quais objetivos, tipos de controle e gerenciamento se deve adotar para alcançar os resultados, o planejamento consiste em pensar um objetivo, projetá-lo e, após isso, estabelecer as condições e organizar as ações cabíveis para que a meta seja alcançada da melhor maneira possível (SALDANHA, 2006).

Ante isso, observe-se que a relação existente entre o planejamento e o orçamento público é bastante estreita - o orçamento constitui ferramenta do planejamento ao passo que o primeiro é o levantamento do que é necessário para

atingir o fim almejado, enquanto o segundo é o estabelecimento dos recursos financeiros para alcançar o planejado (SALDANHA, 2006).

No Brasil o planejamento público relaciona-se intrinsecamente às Leis orçamentárias. A esse respeito, o dispositivo Constituição Federal de 1988 lembra que:

Art. 165. Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão:

I - o plano plurianual;

II - as diretrizes orçamentárias;

III - os orçamentos anuais.

§ 1º A lei que instituir o plano plurianual estabelecerá, de forma regionalizada, as diretrizes, objetivos e metas da administração pública federal para as despesas de capital e outras delas decorrentes e para as relativas aos programas de duração continuada.

§ 2º A lei de diretrizes orçamentárias compreenderá as metas e prioridades da administração pública federal, incluindo as despesas de capital para o exercício financeiro subsequente, orientará a elaboração da lei orçamentária anual, disporá sobre as alterações na legislação tributária e estabelecerá a política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento.

De outra forma, a Carta Magna reforça que, alheio ao ente federado em questão, a Administração Pública brasileira deve se valer dos orçamentos para definir acerca dos recursos do Erário para aplicação em políticas públicas de promoção dos serviços públicos essenciais por ocasião da redução das desigualdades inter-regionais, por exemplo. Dessa maneira, trata-se de uma lei de iniciativa exclusiva do Presidente da República que estima, ou seja, prevê as receitas e fixa as despesas necessárias para viabilizar as ações do governo (ÁVILA, 2012).

Jogue-se luz, ainda, sobre uma questão imperiosa quanto a atuação do planejador público brasileiro, vale dizer, o respeito ao artigo 37 da Constituição Federal de 1988. Assim, destaque-se que:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Seguindo as definições dos princípios da administração pública definidos por Chiavenato (2012), esses princípios serão essenciais para demonstrar como a permissão legal de livre nomeação de cargos comissionados e funções gratificadas vão em sentido contrário aos princípios da eficiência, da impessoalidade e da moralidade.

O princípio da eficiência deve ser seguido pelos agentes políticos como consequência da união de todos os outros princípios. Ele define que os serviços entregues a população devem ser de qualidade e devem ter o menor custo possível, ao mesmo tempo em que atenda o máximo de pessoas. O que é dificultado quando os agentes públicos não possuem conhecimento na área que atuarão no cargo (CHIAVENATO, 2012).

O princípio da impessoalidade diz que todos devem ser tratados igualmente, o que acaba não sendo seguido quando impera o critério de confiança como fator principal para escolha de cargos de direção, chefia e assessoramento em órgãos

públicos, sem observar o que é melhor para o interesse do coletivo (CHIAVENATO, 2012).

O princípio da moralidade diz que o agente público não deve se guiar apenas pela autorização legal do ato administrativo, pois, nem tudo que é legal, é moral. Ao passo que as nomeações de cargos de confiança sem ser observado o interesse do coletivo, são legais, mas nem sempre são morais (CHIAVENATO, 2012).

Já o princípio da publicidade se baseia na total transparência dos atos administrativos, sendo obrigatório ao órgão público dar publicidade ao ato da Administração Pública (CHIAVENATO, 2012).

O princípio da legalidade é onde os administradores públicos se balizam para nomear pessoas pelo critério de confiança, pois, diferente do direito privado, onde todos podem fazer tudo aquilo que não foi previamente proibido, o direito público diz que só é permitido fazer aquilo que foi anteriormente autorizado pela legislação vigente (CHIAVENATO, 2012).

Finanças Públicas

Como Matias-Pereira (2010) apontou, as finanças públicas de um país para gerenciamento de operações relacionadas à receita, despesa, orçamento e crédito público. Em sua atenção, o principal é adquirir, alocar, usar e controlar recursos financeiros do país. De acordo com o autor, o Estado impõe obrigações financeiras à sociedade e transfere parte da riqueza produzida para o exercício dessa atividade (IDEM, IBIDEM).

Para Bastos (2002 *apud* MATIAS-PEREIRA, 2010, p. 115), as atividades financeiras são geralmente “provenientes da arrecadação de receitas. A gestão dos produtos fiscais e a realização das despesas do Estado”.

As finanças públicas são muito importantes para o governo, pois seu foco está na operação e gestão de orçamentos, receitas e despesas, envolvendo a aquisição, distribuição, uso e controle do estado de recursos financeiros para atender às necessidades do governo, o coletivo e o próprio País. O Estado deve realizar adequadamente suas atividades financeiras para a prestação dos serviços públicos, de acordo com o que estabelece a Constituição Federal sobre administração pública, envolvendo responsabilidade, compromisso, legitimidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência e sociedade.

Pelo exposto, pode-se dizer que as finanças públicas desempenham um papel importante na sociedade, pois o Estado precisa fazer gastos públicos para cumprir sua função de promoção do bem-estar social, e esses gastos devem ser pagos com receitas públicas. Portanto, as atividades financeiras do país significam a execução de atividades políticas, sociais, econômicas e administrativas, incluindo custos de aquisição, criação, gestão e execução. Para isso, o papel das finanças públicas pode ser observado a partir das seguintes funções (REZENDE, 2001):

- (i) **Alocativa:** fornecer bens públicos, ou dividir o uso de todos os recursos econômicos em bens públicos e bens privados por meio do processo, e escolher a composição dos bens públicos; os bens públicos não podem ser fornecidos de forma compatível com as necessidades sociais por meio do sistema de mercado. O fato de os benefícios gerados pelos produtos públicos poderem ser oferecidos a todos os consumidores significa que não há pagamento voluntário aos fornecedores desses produtos. Portanto, o governo é responsável por determinar o tipo e a quantidade de

bens públicos a serem fornecidos e calcular o nível de contribuição de cada consumidor;

- (ii) Distributiva: refere-se à organização da distribuição da renda gerada pelos fatores de produção (capital, trabalho e terra) e vendas desses fatores no mercado. Isso pode ser feito por meio de mecanismos de transferência, tributação e subsídio para garantir o cumprimento do que a sociedade considera uma distribuição "justa"; e
- (iii) Estabilizadora: envolve o uso de políticas orçamentárias para manter o pleno emprego. Esta política pode ser refletida diretamente pela alteração da despesa pública em consumo e investimento, ou pode ser refletida indiretamente pela redução da taxa de imposto, o que pode aumentar o rendimento disponível do setor privado. Ao final desta seção, pode-se dizer que, na visão clássica, o mercado é considerado um excelente e eficaz mecanismo de alocação de recursos.

Por esse motivo, Rezende (2001) justificou a intervenção governamental no sentido de organizar a produção e o consumo de bens públicos, reduzir as externalidades, limitar a influência do monopólio e fornecer informações de forma assimétrica. No entanto, se o modelo de intervenção do governo na vida econômica inicialmente produziu resultados positivos, então, nos últimos anos, várias sociedades começaram a discutir o novo papel que o Estado deve desempenhar na vida contemporânea e o grau de intervenção econômica. Porque na era dos grupos econômicos, acordos comerciais e sistemas financeiros e comerciais globalizados, a sobrevivência da sociedade está diretamente relacionada ao envolvimento desse movimento.

Orçamento público

Ao buscar atender as demandas da sociedade, o governo deve se balizar para além da elaboração das ações que irão culminar na confecção próprio orçamento, mas deve também se preocupar com a execução à risca e com a avaliação constante deste, mirando a efetividade do objetivo estabelecido durante o planejamento. Para tanto, ressaltante, antes de mais nada, que o instrumento que o poder público utiliza para expressar, dentro de um determinado período, o seu programa de atuação, discriminando a origem e o montante dos recursos a serem obtidos, assim como a natureza e o montante dos dispêndios a serem alcançados, é o orçamento público (PISCITELLI; TIMBÓ; ROSA, 1999).

Nesse sentido, Lima & Castro (2000) argumentam que o orçamento é o planejamento da Administração Pública que visa atender aos planos e programas por ela desenvolvidos, por meio da planificação das receitas a serem obtidas e das despesas a serem efetuadas, objetivando a continuidade ou a melhoria quantitativa e qualitativa dos serviços oferecidos para a sociedade.

Ávila (2012), por seu turno, acrescentou que orçamento público é a imposição legal que representa um instrumento gerencial da Administração Pública que vislumbra atender a todas as necessidades coletivas por um período de tempo, levando-se em consideração as ações da gestão pública. Por isso mesmo que o autor defende que o orçamento público é de fundamental importância para o desenvolvimento de um país, já que o objetiva atender as necessidades da população, por meio das funções tradicionais do Estado, a fim de reduzir as desigualdades sociais e priorizar os recursos em setores fundamentais, tais como saúde, educação etc.

Princípios de orçamentários

Para que haja um orçamento público é necessário prever que ele funcione. Mas, como prever se vai atender às demandas? É para isso que existem trâmites, às vezes longos, para a elaboração. São os princípios orçamentários que irão definir como estruturar este instrumento a fim de que possa contribuir para atender às necessidades da população.

Nessa perspectiva, grife-se que existem, basicamente, dois tipos. A saber:

- (i) Princípios orçamentários clássico: criados com a conotação jurídica desde a Idade Média; e
- (ii) Princípio orçamentário moderno: oriundos do período em que o orçamento público passou a ser utilizado como instrumento de gestão e planejamento.

Princípios de orçamentários clássicos

Para Silva (1962), os princípios orçamentários clássicos são, a saber:

- (i) Anualidade: sustentado pela Lei de Responsabilidade Fiscal, propõem que a vigência de um orçamento seja referente a apenas um exercício financeiro. Assim, o orçamento público de um país em 2017 não pode ser o mesmo de 2018, uma vez que as realidades mudam;
- (ii) Clareza: qualquer pessoa, por menor que seja a capacidade intelectual, tem o direito de compreender claramente o orçamento público;
- (iii) Equilíbrio: não pode haver mais despesas do que receitas para manter o equilíbrio das contas públicas;
- (iv) Exclusividade: não pode haver matéria estranha, mesmo que haja exceções definidas na Lei Orçamentária Anual (LOA);
- (v) Legalidade: nem uma vírgula do orçamento público pode ser inconstitucional;
- (vi) Não-vinculação de receitas: a verba de determinada receita não pode ser destinada exclusivamente ou em partes para determinada despesa;
- (vii) Publicidade: qualquer contribuinte tem direito de acesso ao orçamento público;
- (viii) Unidade: tudo o que se arrecada e o que se gastar deve estar reunido apenas na lei orçamentária;
- (ix) Uniformidade: o mesmo critério de representação de dados deve ser mantido em cada peça orçamentária de cada ano, para fins comparativos;
- (x) Universalidade: nada de receita ou despesa pode ser omitido. Tudo deve constar na peça; e
- (xi) Orçamento bruto: não pode haver valor líquido das despesas e receitas estimadas no orçamento público.

Princípios de orçamentários modernos

Consoante Silva (1962), os princípios orçamentários modernos são, a saber:

- (i) Simplificação: a fácil compreensão é fundamental para um orçamento público;
- (ii) Descentralização: o nível de proximidade deve ser alto entre as ações executadas pelo governo e os cidadãos beneficiados por elas; e

- (iii) Responsabilização: a responsabilidade deve ser assumida de forma personalizada por quem irá executar as ações previstas no orçamento público.

Juntando esses três princípios, chega-se ao orçamento que detalha programas de governo e que levam as características dos governos atuais, definidos no Plano Plurianual (PPA), previsto na Constituição em vigor.

Tipos de orçamento

Orçamento tradicional

Com a ascensão do país liberal britânico no século 19, algumas reflexões na Administração Pública e seus instrumentos de gestão, o foco está na construção do chamado "orçamento tradicional ou clássico", a ideia central é manter o equilíbrio econômico-financeiro, o objetivo é controlar o possível aumento da despesa pública (GIACOMINI, 2012).

Pode-se dizer que este modelo orçamentário também pode ser utilizado como ferramenta de controle político do Executivo, mantendo-o em segundo plano. Não obstante, de acordo com o método clássico usado no orçamento, a administração pública, agências e entidades relacionadas recebem financiamento de recursos usados para pagar funcionários e compras. Na alocação de recursos de um determinado ano, considera-se o valor do gasto no ano anterior, mas não, portanto, as ações, planos e planos de trabalho planejados para o próximo ano (GIACOMINI, 2012).

Outra questão interessante é a falta de plano de ação governamental, que é um dos principais características dos orçamentos tradicionais. Este tipo de orçamento público é denominado "lei do método" porque concentra-se nos meios e não nos objetivos nacionais. Ferramentas de controle insuficientes para garantir a eficácia do gasto público, o único parâmetro é a honestidade (GIACOMINI, 2012).

Orçamento moderno

O orçamento é o elo entre o plano e a função executiva da organização. A alocação de recursos visa alcançar metas e indicadores. Ao fazer o orçamento, todos os custos planejados são considerados, incluindo aqueles de exercícios de inferência. Eis, ainda, uma estrutura de orçamento apropriada Administração e planejamento (GIACOMINI, 2012).

Orçamento público participativo

Entre os tipos de orçamento público, destaque-se o participativo, que é visto como mecanismo de complementação da democracia representativa, posto que permite que o cidadão esteja próximo aos debates e definições do uso dos recursos do Estado. Logo, ele se caracteriza por almejar decisões descentralizadas; fortalecer conselhos populares; fomentar a consciência da participação cidadã; entre outros aspectos (GIACOMINI, 2012).

Função controle do orçamento público e o controle social

Conforme a Constituição Federal (1988),

Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

Controle externo

Em termos gerais, o controle externo ocorre quando o mecanismo de controle não está integrado, vale dizer, a estrutura do órgão controlado. É também o controle de uma força sobre outra. Portanto, o controle externo se refere a uma pessoa coletiva externa, ou seja, uma pessoa coletiva externa executada por força ou organização diversa da parte controlada, ou uma pessoa coletiva externa que não tenha integrado a sua estrutura (LIMA, Luiz Henrique).

O controle externo da gestão pública, como vimos, está previsto nos arts. 70 e 71 da CF (1988), cujo titular é o Congresso Nacional, que o exerce com o auxílio do TC, e refere-se ao controle e à fiscalização da gestão orçamentária, financeira, patrimonial, contábil e operacional da União.

Controle interno

O sistema de controle interno consiste em órgãos de controle interno e correspondem aos departamentos administrativos que fazem parte do sistema de controle interno da Administração Pública Federal, entre outras funções, como a de apoiar as atividades de controle externo realizadas pelo TC (CGU - Instrução Normativa n.º 1, de 3 de janeiro de 2007).

Esse controle exercido pelos órgãos de controle interno de cada Poder é que está previsto nos arts. 70 e 74 da CF (1988), ou seja, o sistema de controle interno de cada Poder realiza as atividades de fiscalização ou de auditoria governamental interna (GOMES; SALAS, 1999, p.13).

O controle administrativo interno é a integração do próprio processo estrutura organizacional da agência/entidade. No sentido de defender a legitimidade e legitimidade, o governo deve verificar suas ações desta forma, posto que o interesse público vem primeiro (Gomes e Salas (1999, p.13)

Controle social

Já no âmbito municipal, o mesmo dispositivo prevê que:

Art. 31. A fiscalização do Município será exercida pelo Poder Legislativo Municipal, mediante controle externo, e pelos sistemas de controle interno do Poder Executivo Municipal, na forma da lei.

§ 1º O controle externo da Câmara Municipal será exercido com o auxílio dos Tribunais de Contas dos Estados ou do Município ou dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios, onde houver.

De outra forma, a gestão participativa é vista, também, sob a égide da Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001, popularmente chamada de Estatuto das Cidades:

[...] II - gestão democrática por meio da participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade na formulação, execução e acompanhamento de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano;

[...] Art. 43. Para garantir a gestão democrática da cidade, deverão ser utilizados, entre outros, os seguintes instrumentos:

I - órgãos colegiados de política urbana, nos níveis nacional, estadual e municipal;

II - debates, audiências e consultas públicas;

III - conferências sobre assuntos de interesse urbano, nos níveis nacional, estadual e municipal;

IV - iniciativa popular de projeto de lei e de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano;

Art. 44. No âmbito municipal, a gestão orçamentária participativa de que trata a alínea f do inciso III do art. 4º desta Lei incluirá a realização de debates, audiências e consultas públicas sobre as propostas do plano plurianual, da lei de diretrizes orçamentárias e do orçamento anual, como condição obrigatória para sua aprovação pela Câmara Municipal.

Art. 45. Os organismos gestores das regiões metropolitanas e aglomerações urbanas incluirão obrigatória e significativa participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade, de modo a garantir o controle direto de suas atividades e o pleno exercício da cidadania.

Em que pese que o poder fiscalizatório do Poder Legislativo no que concerne aos serviços públicos, é possível o cidadão, de maneira ordeira, realizar a fiscalização dos atos da Administração, tendo na própria sociedade o seu principal argumento, isto é, o ator que lhe confere autoridades e competências. Portanto, impedir que o cidadão realize o controle social pode constituir inversão de papéis, vale dizer, com o Estado se distanciando da retórica democrática.

Metodologia

O trabalho foi desenvolvido a partir de pesquisa bibliográfica e um estudo de caso, com enfoque exploratório e descritivo. Segundo YIN (2006, p. 27), “estudo de caso é a estratégia escolhida ao se examinarem acontecimentos contemporâneos, mas quando não se podem manipular comportamentos”.

Devido à técnica de observação, segundo Marconi & Lakatos (2011), trata-se de uma técnica que busca informações, utilizando os sentidos na obtenção de determinados aspectos da realidade. Não consiste a pena em ouvir, mas também em examinar fatos ou fenômenos que se deseja estudar.

Coleta de dados

Para fundamentar o estudo foi utilizada a abordagens quantitativa e qualitativa dos dados, devido à sua estruturação ter tanto a coleta de dados, por meio de dados secundários obtidos junto ao relatório “combate a privilégios no setor público – um retrato dos Tribunais de Contas da região Centro-Oeste”, elaborado pelas Instituições Associação Contas Abertas (CA), Instituto de Fiscalização e Controle (IFC) e Instituto Observatório Político e Socioambiental (OPS), como a análise do ambiente estudado, buscando estabelecer a relação entre as práticas de controle social e o aprimoramento das finanças públicas no Brasil.

Análise de Dados

Tratando-se de uma pesquisa qualitativa do tipo estudo de caso, visto que o objeto proposto é uma unidade a ser analisada profundamente, a análise de dados se deu a partir do enfoque exploratório e descritivo.

Resultados e Discussões

O presente capítulo aborda os aspectos gerais do TCDF, como também apresenta os dados relativos aos gastos com pessoal e a análise dos supostos penduricalhos no contexto daquele Tribunal.

História do Tribunal de Contas do Distrito Federal (TCDF)

Tribunal de Contas do Distrito Federal surgiu em 1960, com o propósito de ser um órgão auxiliar do Senado Federal nas áreas contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial do Distrito Federal, enquanto se aguarda a instalação da Câmara Legislativa competente (TCDF, 2020).

O órgão foi instituído por meio da Lei n. 3.751, de 1960, aprovado em agosto do mesmo ano. Na ocasião, o Presidente Juscelino Kubitschek (Juscelino Kubitschek) realiza fiscalizações orçamentárias e financeiras para dotar o Distrito Federal de estruturas administrativas adequadas para garantir o normal funcionamento do sistema público (TCDF, 2020).

O primeiro tribunal é composto por cinco ministros, que foram nomeados por cinco ministros na época, Israel Pinheiro conhecido como prefeito do DF. Entre eles ele é sua escolha O ministro Ciro dos Anchos que presidiu a reunião era o filho mais velho do tribunal. Temporariamente, na primeira reunião plenária realizada em 26 de setembro. Logo após 1960, no mesmo encontro, em votação secreta, foi eleito presidente do Tribunal (TCDF, 2020).

Até 1964, a titularidade do Tribunal de Contas era determinada por pré-cadastro e controle externo. Logo, o Tribunal decidiu a conta de gestor de fundos públicos deve ser registrada custos incorridos. Esse registro inclui documentos revisados e aprovados para pagamento de despesas públicas, e o Tribunal deve considerar esses documentos. Na época, a recusa em registrar tais despesas constituía um veto obstáculos absolutos à sua execução (TCDF, 2020).

O TCDF é pioneiro na fiscalização descentralizada por parte das autoridades administrativas Governo local implementado desde 1962. Não obstante, a tendência mundial refletida na Constituição de 1988 mostra que as pessoas estão preocupadas em melhorar o desempenho da administração pública. Desse modo, o Tribunal de contabilidade tem o poder de fiscalizar todos os aspectos gestão comercial e imobiliária, incluindo legalidade e econômico (TCDF, 2020).

Além da avaliação obrigatória da legalidade do comportamento de entrada de pessoal, auditorias de desempenho, ou operação, também são introduzidos os resultados relacionados à eficácia e eficiência do orçamento, finanças, contabilidade e gestão de ativos em órgãos e entidades administrativas do Distrito Federal (TCDF, 2020).

O TCDF teve sua segunda Lei Orgânica do Distrito Federal (LODF), Lei nº 91, aprovada em 30 de março de 1990, que elevou o número de conselheiros de cinco para sete (como é atualmente). Mas, somente em 1994, a lei de organização judicial existente, Lei Complementar 01/1994, foi publicada de acordo com as diretrizes estabelecidas na supracitada Lei (TCDF, 2020).

Funções do TCDF

O artigo 77 da LODF dispõe que Fiscalização do orçamento federal de entidades administrativas Diretos, indiretos e fundamentos estabelecidos ou mantidos pelo poder público CLDF mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder, lembrando que será sempre em observância à legalidade, legitimidade e economicidade.

Qualquer pessoa física ou jurídica pública será responsável, ou as empresas privadas que usam, levantam, armazenam, gerenciam ou administram fundos, bens e valores públicos de responsabilidade do Distrito Federal, ou representá-lo para assumir obrigações financeiras. Como mencionado anteriormente, CLDF realizará o controle externo com a ajuda do TCDF (LEI ORGÂNICA DO DISTRITO FEDERAL).

As competências do TCDF estão dispostas no art. 78, da LODF, e reproduzidas no art. 1º da LODF, e tais atribuições podem ser divididas em dois grandes grupos que são: exame das prestações de contas e atividades de fiscalização.

O TCDF, tal como o TC que é, seguindo o modelo expresso na Constituição Federal de 1988, é órgão administrativo e presta assessoria técnica ao Poder Legislativo em gestão pública, sem, no entanto, estar subordinada ou pertencer a sua estrutura (LEI ORGÂNICA DO DISTRITO FEDERAL).

Embora o controle externo recaia sobre todas as atividades administrativas, os poderes, no caso do Distrito Federal, tem um caráter especial, porque o Poder Judiciário o Ministério Público do Distrito Federal (MPDFT) não é da competência do TCDF, mas do TCU. Isso ocorre porque o fator que determina a jurisdição do TC é orçamento de recursos. De acordo com art. 21, inciso XIII, da Constituição Federal de 1988 (CF/1998), “compete à União [...] XIII - organizar e manter o Poder Judiciário, o Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios e a Defensoria Pública dos Territórios”. Nesse sentido, grife-se que o Judiciário e o MPDF estão mantidos com recursos federais, cabendo ao TCU fiscalizá-los.

De acordo com a LODF, quando o Câmara Legislativa do Distrito Federal (CLDF) ou o comitê competente verifica indícios de despesas não planejadas, pode solicitar esclarecimentos ao órgão governamental em até 5 (cinco) dias, podendo essa solicitação ser feita no caso de despesas não planejadas, mesmo que haja investimentos não aprovados ou incentivos não aprovados, dispensas, anistia, remissão, concessões ou benefícios financeiros, fiscais ou de crédito. Em caso de incumprimento do pedido ou se as explicações prestadas forem consideradas insuficientes, a Câmara recorrerá ao TC a fim de oferecer um anúncio final dentro de 30 (trinta) dias.

Nesse contexto, jogue-se luz sobre o fato de que, quando o TCDF compreende que as despesas são irregulares, a comissão competente proporá à CLDF considerar que as despesas podem causar danos irreparáveis ou graves para a economia pública a sua suspensão, se ainda não executada, ou a sua devolução.

O TCDF dever-se-á agir, consoante o regimento interno:

- a) De ofício: o tribunal tem autonomia para agir; e
- b) Mediante iniciativa da Câmara Legislativa, do Ministério Público ou das autoridades financeiras e orçamentárias do Distrito Federal ou dos demais órgãos auxiliares, sempre que houver indício de irregularidade em qualquer despesa, inclusive aquela decorrente de contrato.

Como falado, quando se trata de localizar o corpo de controle, isso pode ser feito de modo interno ou externo, sendo o controle interno exercido pela autoridade competente, que é estrutura da entidade controlada. Da mesma maneira que controle externo, o controle interno é o controle técnico. Consoante a CF (1988), em seu artigo art. 74, os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário permanecerão sistema de controle interno de forma integrada.

A LODF também afirma que os poderes legislativo e executivo manterão um sistema integrado de controle interno. De acordo com a regulamentação federal, deve haver sistema de controle interno, no Distrito Federal, a ser mantida de forma integrada pelos poderes Legislativo e Executivo. Assim, desde então, o judiciário distrital é organizado e mantido pela Associação. Este sistema de controle estabelecido pelo LODF visa:

- a) Avaliar a implementação dos objetivos previstos nos Planos Plurianuais (PPAs), execução dos programas de governo e orçamentos do DF;
- b) Comprovar a legalidade e avaliar os resultados em termos de eficácia e eficiência gestão do orçamento, finanças, contabilidade e capital em órgãos e entidades Administração do DF e uso de recursos públicos por entidades lei privada;
- c) Controlar a concessão de benefícios e a forma como são calculados qualquer parte do salário, vencimento ou vencimento de seus membros ou funcionários;
- d) Exercer controle sobre as operações de crédito, avais e fianças, bem como sobre Direitos e recursos do DF;
- e) Avaliar a relação custo-benefício das isenções de receitas e incentivos, resgates, parcelamento de dívidas, anistia, remissões, subsídios, benefícios e finanças, impostos, crédito e outros relacionados; e
- f) Apoiar a auditoria externa no cumprimento de sua missão institucional.

Os responsáveis pelo controle interno, ao tomarem conhecimento de qualquer irregularidade, ilegalidade ou ofensa aos princípios do art. 37 da Constituição Federal, dela darão ciência ao TCDF, sob pena de responsabilidade solidária (CF, art. 74, § 1º; LODF, art. 50). No entanto, deve ficar claro que, embora o controle interno detenha o dever constitucional de apoiar o controle externo, não há relação de hierarquia entre eles, mas sim de complementaridade.

As contas públicas do DF serão 60 (sessenta) dias por ano apreciadas em local específico. A CLDF disponibiliza para que cada colaborador o estude e aprecie se será disponibilizado de forma permanente, atualizado mensalmente, nos sítios oficiais na internet do legislativo, executivo e TCDF, a criação de *sites* específicos na internet é uma forma de controle social pode ser usado pela sociedade. Assim sendo, observe-se que que todo cidadão, partido político, associação ou sindicato é um partido legítimo para denunciar irregularidades ao TCDF.

O TCDF reportará ao CLDF sobre orçamento, execução financeira e de capital anualmente, até 60 dias a partir da data de abertura o ano seguinte ao ano a que se refere o exercício financeiro, no que diz respeito aos aspectos legalidade, legalidade e economia de acordo com outros princípios legais.

LRF: Tribunais de Contas para a Execução da Lei de Responsabilidade Fiscal

O ambiente histórico em que a Lei de Responsabilidade Fiscal - LRF (LEI SUPLEMENTAR Nº 101, DE 04/05/2000) era bastante diversificado e caracterizava-se por insolvência setor público, crescente dívida externa e interna, altas taxas de juros e a necessidade de geração de superávit primário. No geral, está crescendo

desestabilização fiscal de vários países desde a década de 1980, incluindo os chamados países desenvolvidos, foi a raiz fundamental da criação de normas que buscam o equilíbrio contas públicas.

A economia mundial em crescente globalização tem pedido mais nesta década competitividade dos países. Economias domésticas não podiam crescer ao mesmo tempo manter gastos pobres e finanças públicas insustentáveis. Nesse caminho, países não viam alternativa a não ser controlar as finanças públicas como uma medida a crise econômica que surgiu e ameaçou o padrão de vida.

Para resolver este problema, a Comunidade Europeia e por alguns países. Cita-se os Estados Unidos e a Nova Zelândia como exemplos, que destaque na auditoria de contas públicas. Também se enfatiza o que é importante o papel do Fundo Monetário Internacional (FMI), que traçou as diretrizes para a racionalização contas públicas dos países membros.

A Comunidade Europeia apoiou a assinatura do Tratado de Maastricht (1992), que estabeleceu os parâmetros de cooperação e regras estritas para os países pode entrar na comunidade. Entre eles, aquele que estabelece manutenção de uma relação dívida/PIB estável e compromisso de manter equilíbrio fiscal (NÓBREGA, 2001).

Nos Estados Unidos o esforço pela sustentabilidade fiscal vem do orçamento The Enforcement Act (BEA) de 1990 Segundo esta lei, o Congresso estabelece um orçamento plurianual e limites de gastos do orçamento. Na Nova Zelândia, os principais ajustes foram feitos sob responsabilidade fiscal Lei (1994). As reformas foram baseadas em regras rígidas e transparência nos gastos públicos.

Quando se trata do (FMI) há influência do código boas práticas em matéria de transparência fiscal que afirma que:

Este código é baseado nos seguintes objetivos principais: definir claramente as funções e responsabilidades do governo; disseminação de informações sobre atividades governamentais; abertura em preparação e execução orçamental, bem como na elaboração de contas orçamentais; e avaliação independentemente da integridade das informações fiscais (NORMAS DE AUDITORIA GOVERNAMENTAL – NAGS).

Internamente, a situação no Brasil era semelhante à de muitos outros países. Houve uma grave crise fiscal, acabou a intervenção do Estado na economia e no sistema serviços públicos bloqueados burocráticos. Foram feitas tentativas para superar esses obstáculos começa com um plano geral para a reforma do aparelho do Estado, em 1995. Assim, também foi obrigada a cumprir o art. 30 Emenda à Constituição nº 19/98, este estabeleceu prazo de 6 (seis) meses a partir do anúncio no Congresso Nacional apresentar a conta suplementar a que se refere o art. 163 da Constituição Federal, que diz respeito às finanças públicas.

Nesse contexto, a LRF foi criada no Brasil com a nobre e difícil missão de implantar um novo regime fiscal, fundamentado nos conceitos de responsabilidade (equilíbrio fiscal e planejamento) e transparência. Para tanto, fixou normas rígidas que, se descumpridas, motivam punições fiscais e penais.

Objetivos da Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF)

O objetivo principal da LRF é apurar o equilíbrio das contas públicas gestão tributária responsável e transparente. Conforme descrito, o que levou ao

desenvolvimento da LRF foram desequilíbrios permanentes e persistentes economias nacionais, grandes ou pequenas.

No texto da LRF, os objetivos estão claramente dispostos no parágrafo 1º do art. 1º, *verbis*:

[...] a responsabilidade na gestão fiscal pressupõe a ação planejada e transparente, em que se previnem riscos e corrigem desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas, mediante o cumprimento de metas de resultados entre receitas e despesas e a obediência a limites e condições no que tange a renúncia de receita, geração de despesas com pessoal, da seguridade social e outras, dívidas consolidada e mobiliária, operações de crédito, inclusive por antecipação de receita, concessão de garantia e inscrição em Restos a Pagar.

O papel dos Tribunais de Contas e os instrumentos da LRF

Tribunais de Contas, além de amplas atribuições constitucionais e legais antes da LRF, eles receberam novas responsabilidades nos termos desta lei. SOBRE Ministro do TCU Valmir Campelo em palestra no Seminário de Controle Externo em Administração estadual, liderada pelo Tribunal de Contas da Paraíba em janeiro de 2003, por isso, chamou a atenção para as novas atribuições dos tribunais de contas perante a LRF. Consoante Campelo (2003),

O controle, por sua vez, foi reforçado de duas formas. A primeira com o estabelecimento de limites para a realização ou comprometimento de algumas categorias de gastos. A segunda com a atribuição de competência aos Tribunais de Contas para atuar preventivamente, mediante acompanhamento da evolução das despesas, emissão de alertas quando os limites estabelecidos estiverem próximos de serem atingidos e indicação de fatos que possam comprometer custos ou resultados de programas ou indicar irregularidades na gestão orçamentária." "Ao receberem atribuições mais ampliadas, em face da Lei de Responsabilidade Fiscal, os Tribunais de Contas devem meditar acerca da finalidade mais larga que a referida Lei visa alcançar, especialmente, a de ser instrumento impositivo para que o equilíbrio das receitas e despesas seja atingido pela União, Estados, Municípios, Distrito Federal e entidades da administração indireta.

Como as punições fiscais são relativamente amenas e quem as sofre são as pessoas jurídicas, é salutar que os gestores públicos tomem consciência dos riscos que correm ao empreenderem uma gestão temerária ou mesmo ilegal.

Teto Constitucional

A constituição estabelece o limite máximo do salário dos servidores públicos em duas etapas. De acordo com o art. 37, inciso XI, o texto estabelece que os salários e abonos dos servidores públicos não devem "ultrapassar o mensalão" dos ministros do Supremo Tribunal Federal. Nos municípios, não pode exceder o salário do prefeito. Nos estados e distrito federal, o teto é o que o governador ganha no caso do executivo e os juízes do Tribunal de Justiça no caso do judiciário. O texto da constituição não menciona exceções à regra. Nas palavras da Carta Magna,

[...] XI - a remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, aplicando-se como limite, nos Municípios, o subsídio do Prefeito, e nos Estados e no Distrito Federal, o subsídio mensal do Governador no âmbito do Poder Executivo, o subsídio dos Deputados Estaduais e Distritais no âmbito do Poder Legislativo e o subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, no âmbito do Poder Judiciário, aplicável este limite aos membros do Ministério Público, aos Procuradores e aos Defensores Públicos.

Para não deixar dúvidas de que se pretende cortar qualquer subsídio que ultrapasse os limites constitucionais, a Constituição acrescenta, no art. 117, dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), que:

Os vencimentos, a remuneração, as vantagens e os adicionais, bem como os proventos de aposentadorias que estejam sendo percebidos em desacordo com a Constituição serão imediatamente reduzidos aos limites dela decorrentes, não se admitindo, neste caso, invocação de direito adquirido ou percepção de excesso a qualquer título.

Moralidade Pública

O texto da Constituição, indicando os princípios que devem ser seguidos pelo administrador público no desempenho de sua função, incluiu entre eles o princípio da moralidade. Isso significa que, em suas atividades, o administrador público deve cumprir as ordens de conduta ética e honesta, exigindo o cumprimento dos padrões éticos, de boa-fé, lealdade, princípios que garantam a boa administração e a disciplina interna na administração pública (MARINELLA, 2005, p. 37)

Segundo o princípio da moralidade administrativa, não basta ao administrador observar a estrita legalidade, ele deve observar os princípios éticos da razão e da justiça, pois a moralidade é o pressuposto da validade de todo ato administrativo (MORAES, 2005, p. 296).

O Supremo Tribunal Federal (STF), analisando o princípio da moralidade administrativa, manifestou-se afirmando:

Poder-se-á dizer que apenas agora a Constituição Federal consagrou a moralidade como princípio de administração pública (art. 37, da CF). Isso não é verdade. Os princípios podem estar ou não explicitados em normas. Normalmente, sequer constam de texto regrado. Defluem no todo do ordenamento jurídico. Encontram-se ínsitos, implícitos no sistema, permeando as diversas normas regedoras de determinada matéria. O só fato de um princípio não figurar no texto constitucional, não significa que nunca teve relevância de princípio. A circunstância de, no texto constitucional anterior, não figurar o princípio da moralidade não significa que o administrador poderia agir de forma imoral ou mesmo amoral.

Quando a Constituição Federal estabeleceu o princípio da moralidade administrativa como veículo das ações de um administrador público, também consagrou a necessidade de proteger a moralidade e a responsabilidade de um administrador público amoral ou imoral (FRANCO SOBRINHO *apud* MORAES, 2005):

Difícil de saber por que o princípio da moralidade no direito encontra tantos adversários. A teoria moral não é nenhum problema especial para a teoria legal. As concepções na base natural são analógicas. Por que somente a proteção da legalidade e não da moralidade também? A resposta negativa só pode interessar aos administradores ímprobos. Não à Administração, nem à ordem jurídica. O contrário seria negar aquele mínimo ético mesmo para os atos juridicamente lícitos. Ou negar a exaço no cumprimento do dever funcional.

Os Gastos do TCDF

Os gastos com pessoal (remunerações)

A Lei nº 3.751, de 13 de abril de 1960, que dispôs sobre a organização administrativa da nova Capital Federal, estava também a previsão da criação do TCDF como órgão auxiliar do Senado Federal na fiscalização orçamentária e financeira de Brasília. A mesma Lei também originou o MPTCDF. Em setembro do mesmo ano, o Tribunal foi instalado e foram designados cinco ministros para compor a primeira Corte (CA; IFC; OPS, 2020).

Até a Constituição Federal de 1988, o DF não possuía autonomia, foi somente após que passou a ente da Federação, com uma Câmara Legislativa, Governador eleito e, também, um TC com nova composição. Mas foi em 1994 que se publicou a atual LODF, sendo que a referida Corte passou a possuir além de 07 Conselheiros, 03 Procuradores, atualmente, e nenhum Auditor, Substituto de Conselheiro.

Conforme a pesquisa, as remunerações dos colaboradores do TCDF são, a saber (CA; IFC; OPS, 2020):

- (i) Conselheiros: R\$ 35.462,22;
- (ii) Auditores (conselheiros substitutos): R\$ 33.689,10;
- (iii) Procurador-Geral: R\$ 35.462,22; e
- (iv) Procuradores: R\$ 33.689,10.

Além do exposto, informe-se que, no anexo A, estão dispostas as remunerações, individuais, referentes ao mês de fevereiro de 2020.

Funções de direção de gratificações

O TCDF informou que os Conselheiros e Procuradores do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas do Distrito Federal (MPjTCDF) não exercem quaisquer funções ou em cargos de chefia é exercido apenas pela Presidência do Tribunal, e dentro da direção Parquet, como procurador-geral. O exercício da Presidência assegura retribuição nos termos do art. 4º da Lei Distrital nº 794/1994, que, segundo o Portal da Transparência, equivale a R\$ 8.865,55 (CA; IFC; OPS, 2020).

O TCDF informou ainda que a remuneração pelo desempenho da função de Presidente inclui ganhos como ganhos pessoais nominalmente identificados, como está sujeito a disciplina ao abrigo da Lei Distrital n.º 794/1994 (ao abrigo do acórdão) e a um limite constitucional (CA; IFC; OPS, 2020).

A remuneração pelo exercício da função de Procurador-Geral da República do MPJTCDF não é está incluído em sua renda mensal e também está sujeito ao limite constitucional. Ademais, o órgão citou como base legal Resolução TCDF nº 296/2016 – Regimento Interno do TCDF e a Lei Complementar nº 01/1994 – Lei Orgânica do TCDF (CA; IFC; OPS, 2020).

Nesse cenário, emerge a primeira incoerência. Os membros do TCDF não podem receber bônus por ocupar a Presidência, porque é prejudicial à paridade salarial com o judiciário porque os presidentes do TJDF não recebem. Isso é o que aparece em ADI 6126, processamento no STF. Mesmo se não fosse, tal vantagem nunca poderia ter sido levada em consideração, e pior, não há tempo mínimo de permanência exigido. Isto é, basta exercer a presidência do TCDF sem observar se esse exercício tem ocorrido durante todo o mês, ou por vários dias ou semanas para incluir toda a parte integrante para sempre (CA; IFC; OPS, 2020).

Gratificação/auxílio/adicional/indenização de transporte

O TCDF informou que não há em seu âmbito o pagamento de qualquer parcela a título de indenização, gratificação, auxílio ou adicional de transporte (CA; IFC; OPS, 2020).

Custeio com saúde

O TCDF informou que os conselheiros e advogados do MP têm direito a reembolso de plano de saúde, restrito à faixa etária. Isso não faz parte da compensação sujeito ao teto. Informou ainda que em 10 de setembro de 2019 o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) aprovou a resolução sobre o programa de proteção à saúde foi proposta por unanimidade o suplemento para juízes e funcionários judiciais, contido em Ato Normativo 0006317-77.2019.2.00.0000. Foi informado como base legal a Resolução TCDF nº 266/2013 e a Portaria TCDF nº 400/2013 (CA; IFC; OPS, 2020).

Aquisição de livros/outros títulos

Inexiste indenização dessa natureza, conforme o TCDF (CA; IFC; OPS, 2020).

Auxílios

Há previsão de pagamento de auxílio pré-escolar para Conselheiros, Procuradores e servidores que tenham filhos menores de 06 anos de idade, no valor de R\$ 833,26. Além disso, o TCDF se limitou a informar que não houve qualquer pagamento a título de auxílio natalidade, nos últimos dois anos (CA; IFC; OPS, 2020).

Quanto ao auxílio moradia, o Tribunal assinalou o encerramento do referido auxílio desde a decisão do Superior Tribunal Federal (STF) na Ação Ordinária (AO) 1773, que pôs fim ao auxílio. Não obstante, informou que não previsão de auxílio paletó aos seus membros (CA; IFC; OPS, 2020).

Com relação ao auxílio-alimentação, foi revelado que todos os consultores, advogados e funcionários recebem, por mês, a parcela da remuneração não sujeita

ao teto que corresponde a R\$ 1.364,05. Esses valores são muito maiores que aqueles recebidos por funcionários de autoridades executivas, posto que eles também excedem os valores recebidos pelos juízes do TJDFT (CA; IFC; OPS, 2020).

Por fim, o TCDF confirmou que não há pagamento de auxílio-funeral a familiares de membros falecidos (CA; IFC; OPS, 2020).

Outros auxílios/outras parcelas/gratificações e/ou vantagens, a qualquer título

O TCDF informou sobre o bônus de exercício cumulativo de ofícios, 1/3 do subsídio do Procurador designado para cada 30 dias substituição. A gratificação é paga *pro rata temporis*, computado todo o tempo de substituição cumulativa. Informou ainda que a parcela sujeita ao teto e, como base legal, a Resolução nº 91/06 – CNMP, o art. 5º da Lei nº 13.024/2014 e a Resolução TCDF nº 304/2017. Este bônus parece se referir ao bônus de substituição de exercício, encontra analogia nos estatutos dos deputados estaduais, mas não pôde ser localizado em Portal de transparência do TCDF, com este título (CA; IFC; OPS, 2020).

Despesas médicas/odontológicas/estéticas/ajuda de custo/moradia/segurança pessoal/residencial/patrimonial

a) Despesas médicas/odontológicas/estéticas

Embora haja previsão, cite-se que não houve qualquer pagamento no período questionado, isto é, de 2018 a 30/09/2019 (CA; IFC; OPS, 2020).

b) Ajuda de custo

O TCDF, informaram que não há pagamento a título de ajuda de custo aos membros (CA; IFC; OPS, 2020).

c) Moradia funcional

O TCDF informou que tal matéria não se aplica aos membros do Tribunal e do respectivo MP (CA; IFC; OPS, 2020).

d) Segurança pessoal/residencial/patrimonial

TCDF anunciou que existe um acordo (nº 16/2014) para garantir a disponibilidade do arquivo sistema de segurança TCDF, regulamentado pela Resolução TCDF nº 257/2013, sendo a segurança pessoal dos membros e representantes do tribunal identificados como tal sistema em seu art. 3. Além disso, existem atividades de segurança privada regulamentado pela Portaria DPF nº 387/2006. Ele ainda relatou que tal regulamento visa garantir a segurança dos membros do Tribunal. (CA; IFC; OPS, 2020).

Pagamento de telefones/outras e cursos de graduação/especialização/outras

Conforme o TCDF, os Conselheiros e o Procurador-Geral recebem 100% da cota básica de indenização mensal de R\$ 1.000,00 e Procuradores recebem 80% desse. Esses valores não são encontrados no Portal da Transparência sob este título. Porém, os valores são pagos a partir do valor de “Parcelas de natureza indenizatória” (auxílio alimentação, auxílio transporte, auxílio pré-escola, auxílio parto, auxílio moradia, auxílio vida, assistência médica adicional, seguro telefônico, bolsa de estudos estudo, além de outras parcelas deste tipo). Portanto, nenhuma identificação foi possível o valor exato de cada benefício (CA; IFC; OPS, 2020).

Veículos oficiais/diárias e passagens

A TCDF anunciou que não possui frota própria e o atual contrato (nº 28/2016) inclui a prestação de serviços de aluguel permanente de veículos e possivelmente incluindo condução, gestão e administração de frota trabalho encomendado. Informou ainda que não há valores pagos diretamente aos beneficiários que possuam veículos e não haja possibilidade de agregação de benefícios. Mas tem disponibilidade de viaturas da empresa para solicitadores e procuradores (CA; IFC; OPS, 2020).

Em relação às diárias e passagens, a Portaria nº 273/2013 é a base legal para o recebimento de diárias e passagens no TCDF. Assim, reitera-se que o Tribunal, apesar de alertar que o extrato de diárias do órgão é publicitado no órgão de imprensa oficial do Distrito Federal na seção 3, note-se que não foram encontrados os extratos no Portal de Transparência da Corte nem encontrados os valores sob este título no link disponibilizado, dificultando a coleta de dados e inviabilizando o seu uso nesta seção (CA; IFC; OPS, 2020).

Quanto às passagens, o Tribunal confirmou que existe um contrato (atual nº 04/2019) que cuida da prestação de serviços de agência de viagens por meio do sistema reserva online para comprar passagens aéreas nacionais e internacionais e outras operações a serem usadas por autoridades e servidores TCDF em trânsito atendimento e participação em eventos e cursos de aperfeiçoamento e capacitação de interesse do Tribunal. Todavia, também nenhuma informação foi encontrada sobre esses valores ou pelos beneficiários no Portal (CA; IFC; OPS, 2020).

Substituições

O pagamento de qualquer valor deve ser questionado desde o início da substituição, portanto, no TC, a forma de auditor substituto Conselheiro ou Conselheiro Adjunto que é remunerado com uma bolsa. No entanto, o TCDF não forneceu informações sobre este assunto para Conselheiros e Revisores de Contas, citando a remuneração dos Procuradores MPJTCDF. Além disso, o TCDF não informou os beneficiários ou os dados detalhados (CA; IFC; OPS, 2020).

Nessa perspectiva, grife-se que foi constatado, no Portal da Transparência, que o valor de reposição é pago no valor "Possíveis benefícios" (serviço de emergência, câmbio, mora, adicionais condições insalubres, além de outras remessas deste tipo), portanto não há como identificar o valor exato pago por quaisquer trocas (CA; IFC; OPS, 2020).

Vantagem pessoal

Consoante o TCDF, alguns conselheiros e advogados do MPJTCDF, por se afastarem de cargos efetivos, em que passaram a incorporar benefícios pessoais, ganharam reconhecimento e manutenção de pacotes, como VPNI. As prestações não são ajustáveis itens como originais, apenas ajustes gerais dados como recomposição da inflação salários e subsídios. Informa, também, sobre o valor da parcela do subsídio e está sujeito ao teto constitucional (CA; IFC; OPS, 2020).

O TCDF não informou, ainda, beneficiários e valores detalhados e o Portal fez você pode verificar esta parte paga, incluindo Diretores que vieram do CLDF e que lá, é claro, eles não poderiam trazer nenhum benefício à medida que desenvolviam os mandatos atividade facultativa e, portanto, transitória (CA; IFC; OPS, 2020).

Venda de férias/licença-prêmio

O TCDF informou que há possibilidade de conversão em pecúnia de 1/3 de férias (venda), conforme entendimento previsto no PROCEDIMENTO DE COMPETÊNCIA DE COMISSÃO – 0004054-48.2014.1.00.0000-CNJ, do qual decorre a Resolução CNJ nº 293/2019. Informou ainda que, em relação aos Conselheiros, caso haja férias vencidas, que não foram gozadas durante o período concessivo, por estrita necessidade de serviço, estas são indenizadas, em simetria com o procedimento realizado no TJDF (CA; IFC; OPS, 2020).

De acordo com o órgão, o abono pecuniário é regido pela Resolução CNJ nº 293/2019 para Conselheiros e art. 220, §3º da LC 75/93 c/c art. 130 da CF (1988) para Procuradores. A respeito da indenização de férias vencidas a Conselheiros, o art. 1º, “f”, da Resolução CNJ nº 133/2011 c/c Portaria TJDF nº 65/2018, o art. 71 da Lei Complementar Distrital nº 01/1994 e item 1 da Decisão TCDF nº 90/2006 – AD. Como se verá, o TCDF cita, a princípio, normativo ultrapassado por recente Resolução do CNJ (CA; IFC; OPS, 2020).

O TCDF não revelou os beneficiários e valores para o período de 2018 a 30/09/2019, mas somente, no campo “(N)-Férias”, o adicional de 1/3 (um terço) de férias, abono pecuniário decorrente da conversão de 10 (dez) dias de férias em pecúnia, antecipação de 40% da remuneração das férias, descontos compulsórios referentes à remuneração de férias (CA; IFC; OPS, 2020).

O TCDF, ainda, apontou que os Conselheiros não contam com a concessão de licença-prêmio, apenas os Procuradores possuem o direito legal ao benefício, de acordo com o art. 222, III da Lei Complementar nº 75/1993 c/c art. 130 da CF (1988). Informou ainda que não houve gozo ou conversão da vantagem em pecúnia desde 2018 a 30/09/2019 (CA; IFC; OPS, 2020).

Análise dos Penduricalhos e Outros

O TCDF, como guardião das contas públicas, deve ser o primeiro a colocar em prática as ações do controle social, incentivando e motivando a população para que haja essa verdadeira fiscalização das contas públicas. Entretanto, por vezes, é sabido que quem fiscaliza ou orienta nem sempre cumpre à risca tudo que o faz, como é caso em estudo.

Conforme os dados levantados, a gratificação dada aos ex-presidentes do Tribunal é algo reconhecido em Lei, mas que é imoral do ponto de vista público. Além disso, os salários dos Conselheiros quase sempre ultrapassam o teto constitucional e não necessitam de uma gratificação.

De modo geral, a maioria dos benefícios estão dentro da Lei, porém tem-se informações de que estão longe de serem transparente, inclusive até porque muito do que foi exposto foi alcançado através de perguntas feitas ao Tribunal ao passo que dever-se-ia estar à disposição de toda população e não somente quando questionado.

Considerações Finais

A realização dessa pesquisa foi orientada pelo seguinte objetivo: analisar as contribuições do controle social para o aumento da eficiência no uso dos recursos públicos relativas aos gastos com pessoal no Tribunal de Contas do Distrito Federal (TCDF). Para tanto, procurou-se identificar as características, elementos e princípios que rodeiam as finanças públicas no Brasil; observar as mudanças nos modelos orçamentários de gestão pública; perceber se essas mudanças revelam fomento à

participação social no que diz respeito aos gastos públicos; apresentar os aspectos pertinentes à gestão pública e ao controle social; e verificar se o controle social enseja maior eficiência no uso de recursos públicos, fomentando a gestão pública democrática.

A abordagem contemporânea acerca do papel das finanças públicas recorda que o uso dos recursos públicos deve primar, com base na Constituição Federal vigente, na garantia do bem comum, o que significa dizer, entre outros, o exercício de direitos sociais. Para que isso ocorra, é imperioso que a orientação básica da República Federativa do Brasil seja respeitada, vale dizer, a construção de uma sociedade livre, justa e unida; eliminar a pobreza e reduzir a desigualdade social. Portanto, todos são iguais perante a lei, frise-se.

No cerne dessa questão emerge o papel das finanças públicas, instrumento de política fiscal a dispor do Estado. Assim sendo, como aludido, ao Estado cabem as funções alocativa, estabilizadora e distributiva, relevantes papéis no que se refere ao alcance do bem-estar.

Nesse contexto, é preciso recordar que o papel do Estado nem sempre alcançou tais funções, ao contrário, por algum tempo o orçamento público sequer tinha por orientação o planejamento público que se tem atualmente, e sim o menosprezo às necessidades coletivas.

Com os desenvolvimentos dos modelos de gestão pública, sobretudo em relação ao orçamento, o Estado passou a incentivar a participação da sociedade civil nas suas tomadas de decisão, o que equivale dizer uma aproximação aos conceitos de gestão pública participativa. Prova disso foi o esforço das 3 (três) Instituições envolvidas no Projeto “Combate a privilégios no setor público”, quais sejam, a Associação Contas Abertas (CA), o Instituto de Fiscalização e Controle (IFC) e o Instituto Observatório Político e Socioambiental (OPS).

Perante isso, reitere-se que a leitura dos dados do relatório reforça que a eficiência dos gastos públicos no Brasil, como também, notadamente, no TCDF, perpassa o enfrentamento da política salarial existente nos Tribunais de Contas (TCs). Isso porque Conselheiros e Procuradores do MP de TC's, como aqui ilustrado, são beneficiados com o pagamento de vantagens que a imensa maioria dos trabalhadores do País, que sobrevivem com renda achatada, são os mesmos que arcam com as despesas ultrajantes, a exemplo dos auxílios alimentação, creche e saúde; reembolso de planos de saúde; carros/cotas de combustível; telefonia; segurança; cursos para titulação acadêmica; gratificações de funções diversas etc.

Ante o exposto, grife-se que na região Centro-Oeste, de um modo geral, pode-se afirmar que, além dos subsídios, os principais colaboradores dos TCs percebem os chamados "penduricalhos". Destarte, é imperioso que a sociedade observe que existem benefícios absolutamente injustificados, como o recebimento, por parte dos membros do TCDF, de um bônus por ocupar a Presidência, bônus esse que acaba sendo incorporado à remuneração, ainda que o fato seja observado uma única vez. Existem, também, outros valores ultrajantes, para dizer o mínimo, como o pagamento benefícios pessoais; compensação por férias não utilizadas; licença prêmio, entre outros.

Agrava a situação de afronta à Constituição Federal e, por conseguinte, aos princípios que regem o orçamento público, as “falhas” no portal de transparência relativo aos valores do TCDF, externalizada pela dificuldade geral de obter dados reais sobre os agentes públicos do órgão. Dessa maneira, cite-se que há valores

que não puderam ser demonstrados por falta de acesso e clareza, e outros só apareceram a partir de pedido específico de acesso à informação.

Pelo quadro acima, o estudo apontou a falta de transparência justamente por parte daquele que dever-se-ia perseguir a moralidade e a eficiência do uso dos recursos públicos, o que sugere, indubitavelmente, que o exemplo do TCDF é um tanto quanto questionável.

Se, por um lado, é possível retratar dessa forma o tratamento empregado pelo TCDF à prestação de contas à sociedade, por outro a elaboração de Projetos dessa natureza reforçam, em algum grau, que relação entre a prática de controle social e o aprimoramento das finanças públicas no Brasil podem colaborar com uma maior eficiência no uso de recursos públicos, fomentando preceitos tão importantes, como o da gestão pública democrática.

Para que isso ocorra, entretanto, é importante que os tomadores de decisão estejam imbuídos, em suas rotinas, das premissas defendidas pela Carta Magna, como, notadamente, o da moralidade e da eficiência, considerando-se que, algumas vezes, os atos podem ser até legais, mas podem ser imorais aos olhos de uma sociedade sob o pretexto da eficiência dos serviços públicos.

Com está análise, portanto, é crível afirmar que “quem fiscaliza o fiscal” é o próprio cidadão. Assim sendo, finaliza-se o trabalho e conclui-se que, com resultados apresentados, os objetivos foram respondidos a contento e, conseqüentemente, a hipótese formulada não foi rejeitada. Portanto, o que se buscou foi aplicar a análise proposta com o fim de testar a sua contribuição acadêmica, o que foi obtido com sucesso.

Referências

AFONSO, José Rodrigues. **A lei de responsabilidade fiscal**. Apresentação realizada no VII Fórum Nacional de Secretários de Planejamento. Pará, 30 maio 2001. Disponível em: <www.federativo.bndes.gov.br>. Acesso em: out. 2020.

ÁVILA, Carlos Alberto. **Orçamento Público**. Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia – Paraná. Curitiba/PR, 2012.

BRASIL. **Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988**.

Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>.

Acesso em: out. 2020.

_____. **Lei complementar nº 101, de 4 de maio de 2000** (Lei de Responsabilidade Fiscal - LRF). Disponível em: <

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm>. Acesso em: out. 2020.

_____. **Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4320compilado.htm>. Acesso em: set. 2020.

_____. **Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10257.htm#:~:text=Par%C3%A1

grafo%20%C3%BAnico.,bem%20como%20do%20equil%C3%ADbrio%20ambiental>
. Acesso em: set. 2020.

_____. Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado. Presidência da República. Câmara da Reforma do Estado. **Plano diretor de reforma do aparelho do Estado**. Brasília, 1995, p 15-16.

CA, Associação Contas Abertas; IFC, Instituto de Fiscalização e Controle; e OPS, Instituto Observatório Político e Socioambiental. **Combate a privilégios no setor público** – um retrato dos Tribunais de Contas da região Centro-Oeste. Brasília, 2020, 100p.

CAMPELO, Valmir. O Controle Externo e a Responsabilidade Fiscal. **Revista do Tribunal de Contas da União**. Brasília, ano 34, número 96, abril/junho/2003, p. 14-16.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Lei nº 3.751, de 13 de abril de 1960**. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1960-1969/lei-3751-13-abril-1960-354316-publicacaoriginal-1-pl.html>>. Acesso em: set. 2020.

CÂMARA LEGISLATIVA DO DISTRITO FEDERAL. **Lei orgânica do Distrito Federal**. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/70442/LODF_DF_ELO_117-2019.pdf?sequence=12&isAllowed=y>. Acesso em: set. 2020.

CARVALHO FILHO, J. **Manual de direito administrativo**. 27. Ed Atlas: 2014.

CGU. Instrução Normativa n.º 1, de 3 de janeiro de 2007. **Estabelece o conteúdo do plano anual de atividades de auditoria interna e do relatório anual de atividades de auditoria interna**. Disponível em Acesso em 23 de julho de 2007.

CHIAVENATO, I. **Administração geral e pública**. 3. Ed. Barueri: Manole, 2012. 552p.

CÓDIGO DE BOAS PRÁTICAS PARA A TRANSPARÊNCIA FISCAL. Definição clara de funções e responsabilidades. Disponível em: <<https://www.imf.org/external/np/fad/trans/por/codep.pdf>>. Acesso em: out. 2020.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. Eficiência Administrativa na constituição Federal. Revista de Direito Constitucional e Internacional, nº 35. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, abr/jun 2001.

GASKELL, George. **Pesquisa qualitativa com texto: imagem e som: um manual prático**. Petrópolis: Vozes, 2002.

GIACOMONI, James. **Orçamento público**. São Paulo: Atlas, 2012.

LIMA, Diana Vaz de Lima; CASTRO, Robison Gonçalves. **Contabilidade pública**. São Paulo: Atlas, 2000.

LIMA, Luiz Henrique. **Controle externo**: teoria, jurisprudência e mais de 500 questões. 4ª Edição. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

MARINELA, Fernanda. **Direito administrativo**. 1ª ed. Salvador: Juspodivm, 2005.

MATIAS-PEREIRA, José. **Finanças públicas**: foco na política fiscal, no planejamento e orçamento público (2012).

MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL. **Institucional**. Brasília, 2020. Disponível em: < <https://mpc.tc.df.gov.br>>. Acesso em 31 mar. 2020.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. São Paulo: Atlas, 2005.

NÓBREGA, Marcos. **Lei de responsabilidade e leis orçamentárias**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 45.

PISCITELLI, Roberto Bocaccio; TIMBÓ, Maria Zulene Farias; ROSA, Maria Berenice. **Contabilidade pública**: uma abordagem da administração financeira pública. 6. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

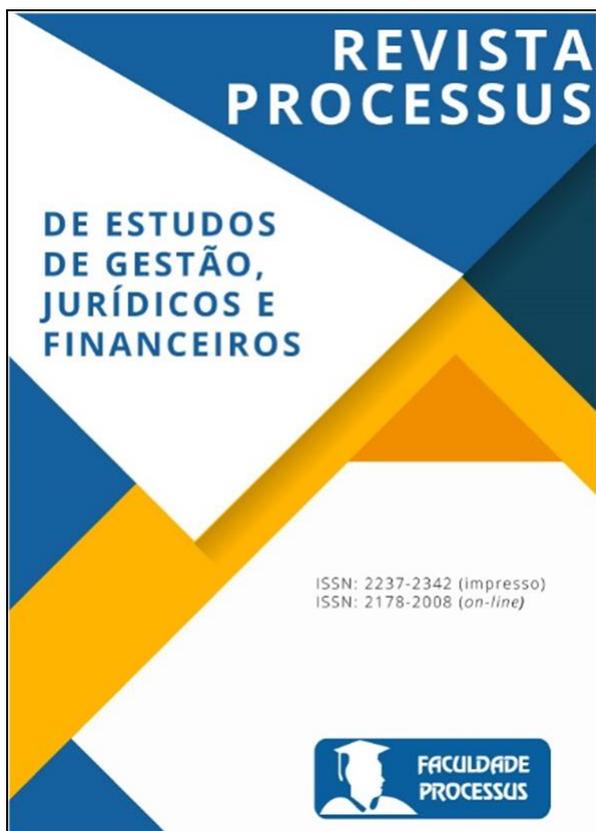
SALDANHA, Clézio. **Introdução à gestão pública**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

SILVA, Sebastião de Sant'Anna. **Os princípios orçamentários**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1962.

TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL. **Institucional**. Brasília, 2020. Disponível em: < <https://www.tc.df.gov.br>>. Acesso em 31 mar. 2020.

_____. **História do TCDF**. Disponível em: <<https://www2.tc.df.gov.br/2-controle-social-2/historia/>>. Acesso em: set. 2020.

YIN, Robert K. **Estudo de caso planejamento e métodos**. 2. ed. Porto Alegre: Bookmam, 2001.



Revista Processus de Estudos de Gestão, Jurídicos e Financeiros

ISSN: 2237-2342 (impresso)

L-ISSN: 2178-2008 (on-line)

Tramitação editorial:

Data de submissão: 2020-09-22

Data de aceite definitivo: 2020-12-18

DOI: <https://doi.org/10.5281/zenodo.4411553>

Data de publicação: 31/12/2020.

A PERCEÇÃO DOS MAGISTRADOS ÀS MUDANÇAS NA LEGISLAÇÃO TRABALHISTA E O PERITO CONTÁBIL

THE MAGISTRATES 'PERCEPTION TO CHANGES IN THE LABOR LEGISLATION AND ACCOUNTING EXPERT

*Paulo César de Melo Mendes¹
Carolia Cortes Ribeiro²*

RESUMO

O objetivo é estudar a percepção dos magistrados em relação às mudanças na legislação trabalhista e o papel dos peritos contábeis. Para alcançar o objetivo, foi realizada uma pesquisa de campo. A amostra da pesquisa, seria composta por todos os Magistrados da Circunscrição de Brasília, mas nem todos aceitaram. Assim, a amostra final foi composta por dez juízes titulares do Tribunal Regional do Trabalho

¹ Doutor e Mestre em Ciências Contábeis pela UnB, através do Programa Multiinstitucional e Inter-regional de Pós Graduação UFPB, UFRN, UnB. Professor Adjunto e atual Chefe do Departamento de Ciências Contábeis e Atuariais da Fundação Universidade de Brasília - UnB; Coordenador do Curso de Especialização em Perícia e Auditoria Contábil. Ministra as disciplinas de Contabilidade Fiscal, Auditoria e Companhias Abertas (CIAS). Professor do Curso de Especialização em Auditoria e Contabilidade em IFRS. Com formação em Ciências Contábeis (1992) Especialização em Auditoria Interna e Externa.

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0142-4679>

E-mail: mendes@unb.br

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0880896382546384>

² Universidade de Brasília, UnB, DF, Brasil.

da 10ª Região. O trabalho apresenta as mudanças mais significativas na visão dos magistrados, e o posicionamento deles em relação as mudanças serem positivas ou negativas. Com base na Análise de Conteúdo de Bardin (2011), realizou-se a divisão em categorias temáticas e concluiu-se que há inúmeros pontos controvertidos na nova lei e alguns são considerados pelos magistrados como inconstitucionais. Para os peritos contadores, a Reforma Trabalhista pode trazer dois impactos: o primeiro é uma nova possibilidade de trabalho, pois agora há a necessidade de os pedidos serem liquidados desde o início e assim a parte irá procurar os serviços do contador já na fase inicial do processo; o segundo é que agora a responsabilidade pelo pagamento dos honorários periciais passa a ser da parte sucumbente na pretensão objeto da perícia, ainda que beneficiária da justiça gratuita. Isso poderá a uma carência de peritos contábeis.

Palavras-chave: Reforma Trabalhista. Magistrados. Perito Contador. Perícia Contábil. Justiça do Trabalho.

ABSTRACT

The objective is to study the perceptions of magistrates regarding changes in labor legislation and the role of accounting experts. To reach the goal, a field survey was conducted. The sample of the research, would be composed by all the Magistrates of the Circumscription of Brasília, but not all accepted. Thus, the final sample consisted of ten judges holding the 10 th Regional Labor Court. The paper presents the most significant changes in the magistrates' view, and their position in relation to the changes are positive or negative. Based on Bardin's Content Analysis (2011), the division was divided into thematic categories and it was concluded that there are numerous controversial points in the new law and some are considered by the magistrates as unconstitutional. For the accountants, the Labor Reform can bring two impacts: the first is a new possibility of work, because now there is the need for the requests to be settled from the beginning and thus the party will seek the services of the accountant already in the initial phase of the process; the second is that now the responsibility for the payment of expert fees becomes the succumbing party in the claim object of the expert, even if beneficiary of the free trial. This may be due to a lack of accounting experts.

Keywords: Labor reform. Magistrates. Accountant. Accounting Skills. Work justice.

1 INTRODUÇÃO

A Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) era a lei mais antiga que vinha sendo ajustada periodicamente e mesmo assim, não caracterizava a situação geral dos trabalhadores. Contudo, representava uma compilação de leis trabalhistas que reunia as normas disciplinares das relações individuais e coletivas de trabalho, além das concernentes a procedimentos administrativos da Justiça do Trabalho (CEZAR, 2008).

Promulgada em 1940, na era Vargas, não acompanhou a atualização no tempo e as novas modalidades trabalhistas impostas pela modernidade e as necessidades do trabalhador, do empregador e da justiça do trabalho tornando-se antiquada e obsoleta. Durante esse tempo a lei sofreu pequenos ajustes, porém nenhum tão significativo quanto a Reforma Trabalhista.

A fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho, foi aprovada a Reforma Trabalhista. A Lei nº 13.467 de 13 de julho de 2017 entrou em vigor em 11

de novembro de 2017 e conta com muitas alterações que irão modificar as relações no âmbito trabalhista. Segundo Melek (2017), o ato de ajustar a lei era realmente necessário. Porém o que se questiona é se houve uma modificação de forma correta e justa, se houve um amadurecimento necessário das questões que foram alteradas de modo a não trazer retrocessos de direitos. Há muita crítica sobre vários pontos trazidos e suprimidos pela Reforma, porém, também há pessoas que defendem as alterações como vantajosas.

Cabe ao Juiz decidir os feitos que tramitam na Justiça Trabalhista, resolvendo questões de direito nos litígios laborais. Dispõe o art. 8º do CPC/15:

Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.

Nos processos em que são necessários conhecimentos técnicos que não são do domínio do juízo, a figura do perito surge como auxiliar do magistrado. O perito contábil possui um papel fundamental na Justiça do Trabalho, que na maioria dos casos possui cálculos complexos, onde se faz necessário um especialista na área para executar o cálculo. O cálculo apresentado pelo perito contábil ao juízo é um elemento de prova, sendo assim, leva à instância decisória elementos necessários para a justa solução do litígio (BRASIL, NBC TP 01, 2015).

O trabalho do perito se consubstancia no laudo pericial, nele os fatos relativos à lide, quando de natureza técnica ou científica, são transformados em verdade formal por meio do emprego de metodologia própria. O perito realiza um conjunto de procedimentos técnicos através de exame, vistoria, investigação, arbitramento, avaliação ou certificação.

Evidencia-se na NBC T 13.4.2 – DA PERÍCIA CONTÁBIL: “A preparação e a redação do laudo são de exclusiva responsabilidade de perito contábil.” A realização de perícia contábil exige algumas qualificações do profissional, que são: possuir registro no Conselho Regional de Contabilidade (CRC) e aprovação no Exame de Qualidade Técnica – Peritos Contábeis (EQT-PC). O passo seguinte é o registro no Cadastro Nacional de Peritos Contábeis (CNPC). O CNPC tem como objetivo auxiliar a Justiça e a sociedade, oferecendo uma lista de peritos contábeis identificados por área de atuação e localização geográfica.

Com a nova CLT, profissionais que atuam na área da justiça trabalhista, patrões e os trabalhadores deverão estar ajustados a essa nova realidade para observar os reais impactos da reforma, como, por exemplo, se houve redução dos conflitos e das demandas trabalhistas.

Tendo em vista a relevância dos impactos que as mudanças na legislação trabalhista irão trazer, e do papel fundamental que o perito contábil exerce no âmbito da justiça do trabalho, é de extrema importância uma pesquisa para se ter a opinião dos magistrados sobre as alterações feitas. É necessário investigar até que ponto as mudanças trouxeram benefícios para a sociedade e se há pontos negativos e controversos.

Com essa percepção, espera-se esclarecer os principais pontos da reforma trabalhista e qual o posicionamento dos juízes frente às novas ações nos tribunais do trabalho. O contador, como peça fundamental para a produção de provas periciais, necessita estar afinado em relação à nova CLT.

Considerando-se os pontos apresentados, o presente estudo estabelece como problema de pesquisa: **Qual a percepção dos magistrados em relação às mudanças na legislação trabalhista e o papel dos peritos contábeis nessa jornada?**

Assim, o objetivo geral passa a ser captar a opinião dos juízes em relação às mudanças trazidas com a Reforma Trabalhista, quais os pontos que, na opinião do magistrado, ficaram controvertidos e se existe expectativa de redução nos processos trabalhistas. Outro objetivo específico para atingir o objeto maior dessa pesquisa é esclarecer qual o papel do perito judicial e do perito assistente na visão do juízo para a resolução dos conflitos que podem vir a surgir com a nova lei do trabalho.

Com a opinião do magistrado espera-se melhorar o processo acadêmico focado na formação do aluno de graduação em ciências contábeis. E, de forma específica, para os graduandos que almejam atuar como peritos e auxiliares dos magistrados para a resolução de litígios nas varas trabalhistas.

Para o efetivo desenvolvimento dos objetivos específicos em um corpo consistente de análise e argumentação, adota-se como processo metodológico uma abordagem objetiva e qualitativa, com base em um estudo comparativo do conteúdo das obras de diferentes autores, em uma revisão bibliográfica e documental que permita um maior aprofundamento sobre o tema da pesquisa. Para coleta de dados foi realizada entrevista com dez juízes do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região-circunscrição de Brasília. Para a análise das entrevistas, empregou-se a Análise de Conteúdo de Bardin (2011).

Esse trabalho encontra-se organizado em 5 capítulos, sendo esta introdução o primeiro deles. No Capítulo 2, será apresentada a revisão teórica. No Capítulo 3, aprofunda-se a metodologia utilizada para a realização da pesquisa. A coleta de dados e análise será abordada no Capítulo 4. O conteúdo do Capítulo 5 traz considerações finais.

2 REFERENCIAL TEÓRICO

Destaca-se a respeito da percepção dos magistrados em relação às mudanças na legislação trabalhista e qual será o papel dos peritos contábeis nessa nova fase da Justiça do Trabalho.

2.1 Responsabilidades do Juiz

O magistrado exerce a importantíssima função de solução de litígios, controle da constitucionalidade das leis, tutela dos direitos fundamentais e garantia da preservação e desenvolvimento do Estado Constitucional e Democrático de Direito contemplado na Constituição de 1988 (PISKE, 2010).

Segundo Piske (2010), o magistrado deve investigar a constitucionalidade da lei. As leis envolverem valores, portanto sua aplicação não deve ser feita de forma automática, sendo necessária sua interpretação. Piske (2010, s/p) afirma que “O juiz deve estar atento às transformações do mundo moderno, porque, ao aplicar o Direito, não pode desconhecer os aspectos sociais, políticos e econômicos dos fatos que lhe são submetidos.”.

Dispõe o art. 8º do Código de Processo Civil (BRASIL, CPC, 2015) que o juiz deverá atender aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardar e promover a dignidade da pessoa humana e observar a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.

Diante da afirmação da autora e do que é disposto no CPC, é possível visualizar a importância de se ter conhecimento da opinião dos magistrados em relação à Reforma Trabalhista. É necessária uma pesquisa para esclarecer quais as mudanças mais significativas na CLT na visão dos juízes e se ficaram pontos controvertidos na nova lei. Pois, como cabe ao magistrado o controle da constitucionalidade das leis e

a tutela dos direitos fundamentais, sua opinião em relação à Reforma Trabalhista é de interesse de toda sociedade.

2.2 Perito Contador

A perícia na área da contabilidade é um dos tipos de perícias existentes na Justiça do Trabalho, por isso pode ser afetada pelas mudanças que ocorrem no âmbito da justiça trabalhista, como a recente mudança ocorrida da CLT. A respeito da origem da palavra perito, Caldeira (2000) afirma:

A origem do termo perito vem do latim peritus e significa aquele que entende, conhece profundamente, que sabe por experiência; em inglês derivou para expert e em francês para expertise. É aquele que, especialmente, pode conhecer e entender determinados fatos, ou pela sua técnica ou ciência, normalmente, interpreta o significado de tais fatos.

Caldeira (2000), complementa que o exercício da profissão de perito, sendo de um auxiliar da justiça, requer um bom equilíbrio emocional, moral, legal, capacidade técnica e uma responsabilidade enorme para que suas afirmações, que envolvem interesses e valores, sejam consideradas pelas partes e autoridades como um meio de prova.

Júnior et al. (2013), o juiz utiliza a prova pericial para buscar a verdade dos fatos. Mediante a convicção fundamentada na perícia, o juiz é capaz de realizar justo pronunciamento e atribuir a cada qual o que por direito lhe pertence. Dessa forma, a perícia constitui elemento fundamental para a convicção racional do magistrado sobre os fatos a serem por ele julgados.

Consta no Art. 156, do CPC, que quando a prova do fato depender de conhecimento técnico ou científico que não for de domínio do magistrado, o juiz será assistido por um perito. Nesse contexto, entra a figura do perito contador, para auxiliar o magistrado quando for necessário conhecimento científico e técnico na área contábil. Salvo quando as partes, na inicial e na contestação, apresentarem, sobre as questões de fato, pareceres técnicos ou documentos elucidativos que considerar suficientes. Neste caso, o juiz poderá dispensar prova pericial, de acordo com o artigo 472 do CPC (BRASIL, 2015).

Segundo a norma que estabelece os critérios inerentes à atuação do contador na condição de perito, a Norma Brasileira de Contabilidade – NBC PP 01, de 27 de fevereiro de 2015: “Perito é o contador, regularmente registrado em Conselho Regional de Contabilidade, que exerce a atividade pericial de forma pessoal, devendo ser profundo conhecedor, por suas qualidades e experiências, da matéria periciada.”.

A norma faz a diferenciação entre perito do juízo e perito-assistente. Perito do juízo é aquele nomeado pelo juiz, árbitro, autoridade pública ou privada para exercício da perícia contábil. Já o perito-assistente é o contratado e indicado pela parte em perícias contábeis.

Em relação ao perito-assistente a norma ainda conceitua que:

A indicação ou a contratação de perito-assistente ocorre quando a parte ou a contratante desejar ser assistida por contador, ou comprovar algo que dependa de conhecimento técnico-científico, razão pela qual o profissional só deve aceitar o encargo se reconhecer estar capacitado com conhecimento suficiente, discernimento, com irrestrita independência e liberdade científica para a realização do trabalho.

A importância de o trabalho pericial contábil ser acompanhado pelos peritos-assistentes é posta em evidência por Figueiredo (2003). O autor diz que, devido ao fato dos peritos-assistentes terem o interesse de defender os seus clientes, eles farão de tudo para que nada seja omitido no laudo. A consequência disso é um trabalho

pericial que tende a ter boa qualidade, sendo apresentado de forma técnica, científica e fundamentada.

Devida a responsabilidade do perito em poder produzir solução para a lide, o perito contador possui responsabilidade Civil e Penal. A legislação civil determina responsabilidades e penalidades para o profissional que exerce a função de perito-contador, as quais consistem em multa, indenização e inabilitação. A legislação penal estabelece penas de multa, detenção e reclusão para os profissionais que exercem a atividade pericial que vierem a descumprir as normas legais.

O profissional poderá ser impedido ou suspenso de exercer a perícia quando houver situações fáticas ou circunstanciais que o impossibilite de realizar atividade pericial em processo judicial ou extrajudicial, inclusive arbitral.

O perito deve ter zelo profissional, ou seja, ter cuidado na execução de suas tarefas, em relação à sua conduta, documentos, prazos, tratamento dispensado às autoridades, aos integrantes da lide e aos demais profissionais, de forma que sua pessoa seja respeitada, seu trabalho levado a bom termo e, conseqüentemente, o laudo pericial contábil e o parecer pericial contábil dignos de fé pública (BRASIL, NBC PP 01, 2015).

Em razão das competências atribuídas ao perito contador, vê-se a relevância de pesquisa no âmbito da Justiça Trabalhista para esclarecer se esses profissionais da contabilidade serão afetados de alguma forma em virtude das mudanças na CLT pela Lei nº 13.467 de 13 de julho de 2017.

2.3 Laudo Pericial

O objetivo da perícia contábil é levar ao magistrado elementos de prova necessários a subsidiar à justa solução do litígio. Isso é feito através do laudo pericial contábil, e ou parecer pericial contábil, em conformidade com as normas jurídicas e profissionais, e a legislação específica no que for pertinente (BRASIL, NBC TP 01, 2015).

De acordo com o Código de Processo Civil, 2015, a respeito do laudo pericial:

Art. 473. O laudo pericial deverá conter:

I - a exposição do objeto da perícia;

II - a análise técnica ou científica realizada pelo perito;

III - a indicação do método utilizado, esclarecendo-o e demonstrando ser predominantemente aceito pelos especialistas da área do conhecimento da qual se originou;

IV - resposta conclusiva a todos os quesitos apresentados pelo juiz, pelas partes e pelo órgão do Ministério Público. (BRASIL, 2015)

Segundo Caldeira (2000), o laudo pericial é a parte essencial da perícia. O propósito do laudo é expressar a opinião do perito em relação as questões formuladas nos quesitos, é onde são expostas as operações realizadas sobre a matéria que lhe foi submetida, num parecer fundamentado.

A respeito da estrutura do laudo, Caldeira (2000, s/p) diz o seguinte:

A estrutura de um laudo deve adequar-se a cada caso, mas que tenha no mínimo a identificação e o pedido de anexação aos autos, quesitos, respostas que seguem os quesitos, assinatura do perito, anexos para ilustrar algumas respostas e pareceres se houver para suplementar o laudo.

De acordo com Figueiredo (2003), apesar de não haver um padrão para a elaboração do laudo pericial, existem muitos profissionais conceituados em Contabilidade, os quais são autores de livros, nos quais orientam sobre os melhores métodos técnicos para a apresentação do laudo.

A importância do trabalho do perito está na geração de informações para subsidiar a decisão do juiz. Por isso, há a necessidade de desenvolver um laudo pericial de boa qualidade, o que contribuirá para a leitura e o uso dessa prova técnica (JÚNIOR ET AL., 2013).

Para que haja uma boa compreensão do laudo, é necessário que o perito apresente sua fundamentação em linguagem simples e com coerência lógica, indicando como alcançou suas conclusões. É vedado ao perito ultrapassar os limites da designação do laudo, bem como emitir opiniões pessoais que excedam o exame técnico ou científico do objeto da perícia (CPC, 2015).

O perito e os assistentes técnicos podem valer-se de todos os meios necessários para a realização da perícia: ouvir testemunhas, obter informações, solicitar documentos que estejam em poder da parte, de terceiros ou em repartições públicas, bem como instruir o laudo com planilhas, mapas, plantas, desenhos, fotografias ou outros elementos necessários ao esclarecimento do objeto da perícia (CPC, 2015).

2.4 Justiça do Trabalho

O Direito do Trabalho é colocado por Carvalho e Marques (2005) como um conjunto de princípios e normas que disciplinam as relações entre patrões e funcionários. Esse conjunto de normas e princípios é composto pelas leis, decretos-leis, instruções normativas, convenções coletivas de trabalho, acordos coletivos de trabalho, dentre outras, encontradas na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).

Segundo os referidos autores, o Direito do Trabalho deve ter como objetivo a proteção do trabalhador, que na relação capital-trabalho mostra-se mais frágil. No contexto da Justiça do Trabalho, encontra-se inserido também o perito-contador, que atua como um auxiliar, mediante o emprego de seus conhecimentos técnicos e científicos.

Segundo Carvalho e Marques (2005),

Constitui prerrogativa do Juiz, no decurso do processo judicial trabalhista – em havendo necessidade – constituir perito contábil para auxiliá-lo no andamento do processo, podendo tal ocorrer tanto na fase de conhecimento – fase cognitiva – que é o momento que antecede a prolação da sentença, quanto no momento da liquidação das obrigações constantes no comando decisório, ou seja, após o trânsito em julgado da sentença.

Com relação à Justiça do Trabalho, a realização da perícia contábil tem sua aplicação no âmbito das demandas trabalhistas, na qual empregador ou empregadores poderão discutir os litígios do setor (JÚNIOR ET AL., 2013).

A Reforma Trabalhista alterou diversos pontos da CLT, e, como foi colocado pelos autores, é a CLT que disciplina as relações no âmbito laboral. Portanto, trouxe para a Justiça do Trabalho a Lei nº 13.467 de 13 de julho de 2017, referente à reforma trabalhista.

2.5 Mudanças na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT)

Segundo Cezar (2008), a CLT é uma compilação de leis trabalhistas e reúne as normas disciplinares das relações individuais e coletivas de trabalho, além das concernentes a procedimentos administrativos e à Justiça do Trabalho. A CLT foi promulgada no Brasil no dia 1º de maio de 1943, durante o governo de Getúlio Vargas, pelo Decreto-Lei nº 5.452.

Ao longo desses 77 anos, a Consolidação das Leis do Trabalho foi sendo alterada através de inserções de novos artigos e modificações de artigos já existentes.

Essas alterações nos dispositivos da CLT tentaram acompanhar as mudanças que ocorreram na sociedade com o passar do tempo, pois em virtude disso, as necessidades e as relações se alteraram. De acordo com Borges (2018, s/p), “Em razão dessa defasagem entre a legislação e essas evoluções, temos a jurisprudência dos tribunais que amoldam, por assim dizer, a interpretação legislativa com o momento de sua aplicação.”.

Recentemente, a Lei nº 13.467 de 13 de julho de 2017, alterou a CLT em diversos pontos. Essa lei, também chamada de Reforma Trabalhista, já está em vigor desde 11 de novembro de 2017. Segundo Borges (2018), essa foi a maior mudança que já ocorreu na CLT. De acordo com o autor, essas alterações causam uma profunda mudança nas relações de contrato de trabalho e no âmbito do Processo do Trabalho, com consequências imediatas e outras ainda por virem.

Segundo Marinho (2017, s/p), a modernização da Lei trabalhista tem o objetivo de racionalizar as relações de trabalho no Brasil. De acordo com esse autor, a nova lei busca trazer segurança jurídica para quem empreende, mantendo todos os direitos do trabalhador, dinamizando as formas de contratação e ampliando o acesso das pessoas ao mercado de trabalho garantindo as proteções básicas previstas no texto da constituição.

A Reforma Trabalhista é criticada por alguns autores, como por Cassar (2018, s/p), que em seu artigo a respeito desse tema faz a seguinte afirmação para definir a reforma:

A Reforma Trabalhista é uma imposição do atual governo, que começou timidamente com um projeto de poucos artigos e se transformou num monstro jurídico consubstanciado, hoje, no substitutivo do Projeto de Lei 6787/16.

Como dito pelos autores acima destacados, a nova legislação traz profundas mudanças no âmbito trabalhista. No livro “Trabalhista, O Que Mudou?”, de Melek (2017), o autor explica as principais mudanças em sua visão. Algumas dessas mudanças são:

- A) Negociado prevalente em relação ao legislado. Antes da Reforma Trabalhista já existia previsão legal sobre o Judiciário observar convenções e acordos coletivos de trabalho, porém o Judiciário poderia anular cláusulas ou convenções inteiras. Agora a nova lei identifica o que pode e não pode ser objeto de negociação coletiva e delimita situações de intervenção do Judiciário de maneira mais objetiva. (MELEK, 2017)
- B) Autônomo. Antes da reforma a CLT não tratava do autônomo. Agora a nova lei esclarece que não se pode reconhecer vínculo de emprego de quem efetivamente atuou como autônomo, com rendimentos compatíveis, atendendo a formalidades legais e com lei específica que permita. (MELEK, 2017)
- C) Terceirização. Antes da reforma a terceirização era admitida apenas para atividades “meio”. A partir da nova lei a terceirização é admitida para qualquer atividade da empresa, inclusive a “fim”. (MELEK, 2017)
- D) Teletrabalho. Antes não havia previsão na lei para as pessoas que trabalhavam em casa. A partir da reforma a lei passa a regular o trabalho à distância dando segurança jurídica para às partes. (MELEK, 2017)
- E) Trabalho Intermitente. Antes da reforma as empresas não poderiam contratar nessa modalidade. A lei cria a nova modalidade de contratação. (MELEK, 2017)

- F) Trabalho a tempo parcial. Antes a jornada parcial previa duração semanal máxima de 25 horas, não permitia trabalho em horas extras. Agora criou-se a possibilidade da jornada a tempo parcial com horas extras. (MELEK, 2017)
- G) Fim das horas “in itinere”. Antes da reforma, se o empregador fornecesse transporte particular para o empregado, correria sério risco de pagar horas extras pelo tempo itinerário (deslocamento). A partir da nova lei, as horas de deslocamento da casa para o trabalho e vice-versa e, inclusive, do portão da empresa até o efetivo posto de trabalho, não serão considerados tempo à disposição da empresa ou como jornada. (MELEK, 2017)
- H) Férias. Antes as férias só poderiam ser fracionadas em casos excepcionais e apenas em dois períodos, um dos quais não poderia ser inferior a 10 dias. A partir da reforma o trabalhador pode pedir para que as férias sejam fracionadas em até três períodos, sendo um deles não inferior a 14 dias. (MELEK, 2017)
- I) Plano de demissão voluntária. Antes da nova lei não havia previsão legal sobre esse tema. Agora a lei trata do alcance da quitação. (MELEK, 2017)
- J) Petição inicial trabalhista. Antes a petição deveria narrar brevemente os fatos e concluir com pedidos. Agora deve narrar brevemente os fatos e concluir com pedidos certos e determinados. (MELEK, 2017)
- K) Novos critérios para concessão da justiça gratuita. Antes os benefícios da Justiça Gratuita eram concedidos indistintamente a todos os reclamantes na Justiça do Trabalho e as custas processuais eram de 2% calculadas sobre o valor da causa, se a sentença fosse de improcedência, ou sobre o valor da condenação, se houvesse procedência nos pedidos. A partir da reforma os benefícios da Justiça Gratuita serão concedidos automaticamente a todos os reclamantes que recebem de renda individual mensal até 40% do teto do Regime Geral de Previdência Social, e, acima disso, deverá o reclamante comprovar que não tem condições de arcar com as despesas do processo. (MELEK, 2017)
- L) Honorários de sucumbência. Antes as Súmulas do TST não permitiam o pagamento de honorários advocatícios na Justiça do Trabalho. A partir da reforma a nova lei prevê o pagamento de honorários advocatícios na Justiça do Trabalho.
- M) Dano extrapatrimonial. Antes da reforma não havia critério legal para fixação do valor de reparação moral. Agora a lei cria bandas cada qual com um teto que representa o valor máximo para condenação por reparação moral, assim como também sugere um valor mínimo a ser pago. (MELEK, 2017)

3 METODOLOGIA

Quanto aos seus fins, o presente estudo consistiu, segundo Vergara (1997), em uma pesquisa de caráter exploratório e descritivo.

O tipo de pesquisa recebe a classificação de exploratória devido ao fato de a Reforma Trabalhista ser muito recente e ainda não ter pesquisas em relação à opinião dos magistrados que atuam no âmbito da Justiça do Trabalho quanto às alterações feitas na CLT. Ou seja, há pouco conhecimento acumulado e sistematizado na área pesquisada.

O caráter descritivo estabelece correlações entre variáveis e expõe características de uma população ou fenômeno. Neste trabalho, busca-se descrever a percepção, expectativas e sugestões acerca da Reforma Trabalhista na ótica dos

juizes do Tribunal Regional do Trabalho (TRT) da 10ª Região, circunscrição de Brasília.

A pesquisa, quanto aos meios, será bibliográfica, documental e de campo. Bibliográfica, pois para dar fundamentação teórico-metodológica para o trabalho realizou-se uma investigação em livros, artigos e meios digitais sobre os seguintes assuntos: responsabilidade do juiz, perícia contábil, laudo pericial, justiça do trabalho e consolidação das leis trabalhistas. A investigação será, também, documental, pois utilizou a CLT, o CPC e as NBCs. A pesquisa será de campo, pois foram realizadas entrevistas com juizes do TRT 10.

O universo da pesquisa de campo foram os juizes do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região, circunscrição de Brasília. O universo é composto por 22 juizes titulares, dentre eles 15 homens e 7 mulheres, de idades diversas. A amostra foi definida pelo critério de acessibilidade (sem procedimento estatístico, seleciona elementos pela facilidade de acesso a eles), segundo Vergara (2009). A amostra foi composta por 10 magistrados, representando 45,45% do universo de 22 juizes titulares.

Para conseguir entrevistar os magistrados, foi necessário ir pessoalmente as 22 varas do trabalho do TRT 10, circunscrição de Brasília. Porém, dos 22 juizes titulares das varas, apenas 10 se dispuseram a conceder entrevista.

Para a realização da investigação, utilizou-se um roteiro de entrevista semiestruturada. Segundo Quivy e Campenhoudt (1992), esse tipo de entrevista é o mais utilizado, nele o investigador possui uma série de perguntas-guias, relativamente abertas. Ou seja, apesar de ter um roteiro de entrevista, o entrevistado possui alguma liberdade em suas respostas, de modo a ser mais claro quanto ao seu ponto de vista.

Elaborou-se o roteiro de entrevista (Anexo I) para a pesquisa de campo com os magistrados do TRT 10. De forma geral, a estrutura do roteiro de entrevista objetiva captar a opinião dos juizes que atuam na justiça do trabalho em relação às alterações feitas na CLT e como os peritos contábeis os auxiliam para uma justa solução dos litígios que ocorrem no âmbito dessa especializada.

Os dados foram analisados a partir da Análise de Conteúdo proposta por Bardin (2011). Tal técnica de pesquisa visa à objetividade, sistematização e inferência. Com ela, o autor representa um conjunto de técnicas de análise das comunicações que tem como objetivo propor procedimentos sistemáticos e objetivos de descrição dos conteúdos das mensagens.

4 ANÁLISE DE DADOS

A pesquisa constituiu-se de entrevista realizada com dez juizes titulares do TRT-10, circunscrição de Brasília. Objetivou-se captar a opinião dos magistrados em relação à Reforma Trabalhista. Busca-se esclarecer quais foram as principais mudanças na CLT, se houve pontos controvertidos na nova lei, se as novas formas de contratação são benéficas para o trabalhador, se há expectativa de redução no número de processos trabalhistas devido à mudança, se o perito contábil é impactado pelas possíveis alterações na justiça do trabalho e como esse profissional da contabilidade auxiliam os juizes nos conflitos trabalhistas.

Por meio da Análise de Conteúdo de Bardin (2011), as respostas dos entrevistados foram divididas em três subcategorias básicas, no que concerne à categoria referente às alterações mais significativas na CLT, a saber: dos magistrados que citaram a mudança; dos que a citaram como positiva; e dos que a citaram como negativa. Ainda, formularam-se as seguintes categorias: pontos controvertidos na nova lei; novos conflitos; novas formas de contratação; redução do volume de

processos desde a reforma trabalhista; contribuição do perito contábil para a justiça do trabalho; e o que mudou para os peritos contábeis a partir da nova lei.

4.1 Principais mudanças na CLT

Em relação às mudanças mais significativas implementadas pela Lei nº 13.467, os magistrados destacam as seguintes:

Quadro 01 – Alterações mais significativas na CLT segundo os entrevistados.

*Porcentagem em relação ao total que citou a mudança como significativa.

Alterações mais significativas na CLT segundo os entrevistados	Porcentagem dos magistrados que citaram a mudança	*Porcentagem dos magistrados que avaliaram como positiva	*Porcentagem dos magistrados que avaliaram a mudança como negativa
Previsão de sucumbência recíproca entre as partes	50%	80%	20%
Prevalência do negociado sobre o legislado	40%	25%	75%
Fim da contribuição sindical obrigatória	30%	67%	33%
Novas formas de contratação	20%	-	100%
Fim das horas in itinere	10%	-	100%
Espírito filosófico da Reforma	10%	100%	-
Indicação do valor da causa no início do pedido	10%	100%	-
Gestantes laborarem em condições insalubres	10%	-	100%
Tarifação de dano extrapatrimonial/moral	10%	-	100%

Fonte: Elaborado pelos autores

Observa-se, no Quadro 01, que dentre as muitas mudanças que ocorrem na CLT, os magistrados citaram ao todo nove como sendo as mais significativas da Reforma Trabalhista. Essas mudanças foram:

A) Previsão de sucumbência recíproca entre as partes – o trabalhador passa

a pagar honorários em relação ao pedido que for julgado improcedente, inclusive os periciais, se houver (Art. 790-B. e Art. 791-A. da CLT);

- B) prevalência do negociado sobre o legislado, alguns temas podem ser negociados por convenção coletiva de trabalho, acordo coletivo de trabalho e acordo individual (direto com o empregador);
- C) fim da contribuição sindical obrigatória, agora a contribuição passa a ser facultativa e condicionada à autorização expressa do trabalhador (Art. 578 e 579 da CLT) ;
- D) novas formas de contratação: trabalho intermitente (Art. 443), trabalho autônomo (Art. 442-B), trabalho por tempo parcial (Art. 58-A), teletrabalho (Art. 75-A) e terceirização das atividades meio e fim (Art. 4º-A);
- E) fim das horas *in itinere*;
- F) espírito filosófico da reforma;
- G) indicação do valor no início do pedido (Art. 840);
- H) gestantes laborarem em condições insalubres (Art. 394-A);
- I) tarifação de dano extrapatrimonial/moral (Art. 223-A).

O Quadro 01 evidencia, também, que, das nove alterações mais relevantes na opinião dos juízes, quatro foram percebidas, pela maioria dos que a citaram, como positivas e 5 foram percebidas como negativas.

4.2 Pontos controvertidos na nova lei

Todos os juízes entrevistados, ou seja, 100% da amostra, concordam que a nova lei possui inúmeros pontos controvertidos e até mesmo considerados por eles como inconstitucionais. Como, por exemplo, a previsão de o trabalhador arcar com as custas processuais, mesmo quando for beneficiário da justiça gratuita. Para ser beneficiário da justiça gratuita, é necessário comprovar insuficiência de recursos, logo não é coerente que o reclamante arque com as custas processuais. Um dos juízes afirma que “É incompatível você cobrar custas processuais ou qualquer despesa processual se você defere a gratuidade judiciária. Para mim, isso é inconstitucional, você deferir a justiça gratuita e cobrar custas”. Outros exemplos pontuados como sendo controvertidos são: a possibilidade de a gestante ser exposta a condições insalubres de labor e a tarifação de dano extrapatrimonial/moral.

De acordo com o Juiz A, um motivo que deixou a redação da lei com tantos pontos controvertidos é o fato de as questões trabalhistas serem discutidas de uma forma muito setorizada:

Quando se resolvem as coisas setorialmente isso acaba não resolvendo, porque você acaba tentando resolver uma coisa aqui, mas ela faz parte de um conjunto. É você atacar os efeitos e não tratar as causas. A alteração da legislação em si não resolve nada se ela não fizer parte de uma administração do todo.

4.3 Novos conflitos

Outro ponto de unanimidade entre os magistrados é que, com a nova CLT, surgirão novos conflitos. Inclusive, já surgiram demandas propostas por sindicatos visando a declaração de inconstitucionalidade da reforma na parte que extinguiu a contribuição sindical obrigatória. Os juízes também acreditam que, com as novas formas de contratação (como o trabalho intermitente, a possibilidade de terceirização na atividade fim da empresa e a contratação de autônomos), irão surgir conflitos antes não discutidos nas varas trabalhistas, por se tratar de algo novo.

4.4 Novas formas de contratação

Quando os juízes foram questionados sobre os impactos das novas formas de contratação que a Lei nº 13.467 implementa, as percepções não foram unânimes, conforme se pode observar no Quadro 02, abaixo:

Quadro 02 – Novas formas de contratação.

Novas formas de contratação implementadas pela Reforma Trabalhista	Porcentagem dos magistrados
Ganho para o trabalhador	30%
Precarização das condições de emprego	70%

Fonte. Elaborado pelos autores

Conforme o quadro 2, 70% dos entrevistados acredita que a regularização das novas formas de trabalho irá precarizar ainda mais a relação trabalhista e as condições do trabalhador brasileiro. O Juiz E faz a seguinte declaração:

Se eu puder ser filósofico, a Reforma Trabalhista tem um viés utilitarista. O que ela quer é sacrificar uma pessoa em prol de uma coletividade, isso é o que o utilitarismo de Jeremy Bentham faz. Se tiver uma pessoa no hospital morrendo de câncer, mas ela tiver vários outros órgãos bons para doar, você mata essa pessoa que iria morrer de qualquer jeito para tentar salvar muitas outras vidas. A Reforma Trabalhista é isso, eu vou precarizar as relações de trabalho, mas em compensação eu vou gerar atividade econômica para todo mundo. Para o trabalhador ficou péssimo.

Já 30% dos juízes entrevistados afirmam que as novas formas de contratação são vantajosas para o trabalhador. Isso se deve ao fato de ela proporcionarem mais liberdade no momento da contratação e ampliarem o leque de empregos. Um dos magistrados afirma o seguinte: “A terceirização é uma forma precária de trabalho? É, mas pelo menos está empregado e recebendo. Considerando a questão da empregabilidade a terceirização é boa, pois traz emprego para muita gente.” Já em relação ao trabalho intermitente o Juiz D alega:

No trabalho intermitente, o empregado pode ter aquele vínculo de emprego com aquela empresa que esteja necessitando daquele serviço só de forma intermitente e pode prestar serviços também para outras empresas ou para outras pessoas. Então, isso beneficiaria o empregado, pois ele poderia manter mais de um vínculo de emprego atendendo a mais de um empregador. E do lado do empregador poderia ter um mesmo empregado prestando serviços a ele de forma intermitente: hoje ele precisa, amanhã não. Então, de acordo com a conveniência do estabelecimento comercial, ele vai usufruir da prestação de serviço desse empregado. E para ele teria vantagem pois ele teria pessoalidade em relação a esse empregado, porque ele não estaria rompendo a cada vez um vínculo e arriscando que a próxima pessoa que ele fosse contratar seja a mesma com aquelas mesmas qualidades, que já estivesse treinada, então ele manteria o vínculo, mas a prestação de serviço não seria contínua, mas sim intermitente de acordo com a necessidade da demanda do empregador.

4.5 Redução do volume de processos desde a reforma trabalhista

Quando os magistrados foram indagados sobre a existência de redução no número de processos trabalhistas devido às mudanças na CLT, a resposta foi

unânime. Eles alegam que já é um fato a redução drástica no volume de processos nas varas trabalhistas desde que a lei entrou em vigor.

No entendimento dos magistrados o que está ocorrendo é que, agora, o processo trabalhista não é mais gratuito. Até 11 de novembro de 2017, todo processo ajuizado na justiça do trabalho tinha a gratuidade de justiça e, uma mera declaração do reclamante, era admitida como suficiente para garantir essa gratuidade.

Desde a entrada em vigor da Reforma Trabalhista, a mera declaração não basta. Ou há presunção de capacidade de pagamento das custas processuais e honorários de sucumbência pelo valor que o trabalhador recebia de salário ou, então, ele deve comprovar que não tem condição de pagar. Agora o trabalhador não pede na justiça o que sabe que não pode comprovar, pois terá que pagar os honorários da outra parte em caso de improcedência.

O mesmo procedimento se aplicava para os pedidos de perícia. Antes da nova legislação, caso o resultado do laudo desse negativo para o reclamante, quem pagava os honorários do perito era a União. Agora, cabe ao reclamante arcar com os custos da perícia, caso esta seja negativa para ele.

Por um lado, é interessante a parte autora ter de arcar com as custas processuais, porque faz com que a ação transcorra de forma ética, que não se peça aquilo que não é devido. Com os honorários acontece o mesmo, se o trabalhador pleiteia um pedido e perde, tem que pagar com os honorários advocatícios da parte contrária. A parte irá fazer o pedido apenas se tiver certeza que possui as provas e que o pedido é realmente válido, viável. Isso irá diminuir as chamadas “aventuras jurídicas”. O juiz A alega:

Muitos pedidos eram feitos de forma irresponsável que geravam improcedências e que não tinham nenhum ônus para o reclamante. Então, a parte autora ficava muito à vontade para usar o processo como se fosse uma loteria: “joga” e caso, por exemplo, se a outra parte não aparece e dá uma revelia ele acaba ganhando algo que efetivamente não tinha direito.

O ônus da sucumbência também possui um caráter negativo. Essa alteração pode amedrontar o trabalhador brasileiro, causando-lhe uma espécie de terror, na medida em que mesmo o trabalhador hipossuficiente ou miserável arcará com despesas processuais. O Juiz J afirma:

Evidente que o prejuízo à acessibilidade da jurisdição é certo. Logo, enquanto não houver uma sedimentação de entendimento da Justiça do Trabalho quanto ao resguardo do princípio constitucional da acessibilidade da jurisdição para o trabalhador brasileiro, este continuará amedrontado quanto a buscar a reparação judicial das lesões sofridas.

O Juiz G faz a seguinte declaração:

Logo depois que a lei entrou em vigor houve uma redução bem grande. Temos uma legislação nova que mudou muita coisa e que restringe o acesso do trabalhador a justiça do trabalho, inclusive ao explicitar a possibilidade de condenar o trabalhador em honorários advocatícios. Então a redução desses processos pode estar associada a essa restrição do acesso a justiça e não uma redução no número de conflitos entre trabalhadores e trabalhadores. Os conflitos tendem a continuar existindo, a lei não traz segurança jurídica.

A redução dos processos nas varas trabalhistas também está relacionada ao fato da mudança ser muito recente. Muitos advogados estão aguardando sair decisões dos juízes e dos tribunais para ver como estes estão procedendo nos

processos julgados sobre a nova CLT, e assim terem como elaborar melhor seus pedidos.

4.6 Contribuição do perito contábil para a justiça do trabalho

Em relação à contribuição do perito judicial para a resolução dos conflitos trabalhistas, os juízes confirmaram o que foi observado durante a pesquisa bibliográfica. O perito judicial visa auxiliar o Juízo no esclarecimento de questões técnicas atinentes às condições do trabalho (insalubridade e periculosidade), acidente e moléstias ocupacionais (nexo causal, redução da capacidade laborativa, sequelas, dano estético, etc) ou aspectos contábeis (cálculos mais complexos). Por certo, sem o auxílio técnico dos peritos judiciais, seria mais difícil o julgamento dos processos trabalhistas que demandam tais conhecimentos técnicos especializados.

No caso específico da justiça do trabalho, há cálculos muito complexos e apenas resolvidos por peritos contábeis, uma vez que o setor de contabilidade do tribunal não detém conhecimento específico para todas as empresas. É indispensável a atuação do perito, sem ele não é possível resolver os processos, afirmam os magistrados.

4.7 O que mudou para os peritos contábeis a partir da nova lei

Ao indagar se a Reforma Trabalhista iria impactar os peritos contábeis de alguma maneira, foram obtidos três tipos de respostas, conforme o quadro 3:

Quadro 03 – O que a Reforma Trabalhista alterou para os peritos contábeis.

O que a Reforma Trabalhista alterou para os peritos contábeis?	Porcentagem dos magistrados entrevistados a citarem a alteração
Não terá alteração	30%
Remuneração dos honorários	50%
Liquidação dos pedidos desde o início	30%

Fonte: Elaborado pelos autores

Como é possível observar, 30% dos magistrados acredita que as mudanças na CLT não irão impactar os peritos contadores, eles continuarão sendo peças fundamentais, porém não sofrerão nenhum impacto com as mudanças.

De acordo com 50% dos juízes entrevistados, a alteração da lei que faz referência a remuneração dos honorários periciais poderá afetar os peritos contadores. Antes da alteração da CLT, a União pagava para o perito as hipóteses em que o autor da ação fosse sucumbente, caso ele fizesse uso da justiça gratuita e perdesse. Agora será descontado do crédito do reclamante, inclusive caso ele tenha créditos em razão de outros pedidos. De acordo com a lei, é necessário observar o limite traçado pelo Conselho Superior da Justiça do Trabalho. O Conselho Superior fixa os valores máximos que devem ser pagos aos peritos. A respeito dessa alteração o Juiz B faz a seguinte observação:

Se o conselho não se atentar vamos ter problemas futuros, porque o perito não vai vir aqui fazer uma perícia, dependendo da complexidade, pelo valor que foi fixado pelo conselho superior. Então, isso pode acarretar em um prejuízo aqui. Podemos chegar novamente a um período passado onde nós não tínhamos peritos que se habilitassem para trabalhar no processo do trabalho. Isso pode vir a ocorrer novamente.

Outra mudança, citada por 30% dos entrevistados, é a exigência de que os pedidos sejam liquidados desde o início. A parte vai ter que usar os serviços do perito de uma forma anterior, ou seja, isso poderá aumentar a demanda para os peritos

contadores. Escritórios advocatícios contratarão os contadores para atender o que a lei exige: fazer o pedido já com valor certo e determinado. Então, o trabalho que o perito contábil fazia após encerrado o processo (já na fase de execução), ele irá passar a ser demandado já na fase inicial do processo. O perito terá que assessorar advogados ou escritórios advocatícios nos cálculos para dar liquidação aos pedidos antes mesmo do início do processo. Isso poderá trazer uma nova demanda de serviços para os profissionais de contabilidade.

5 CONCLUSÃO

Conclui-se, a partir da pesquisa realizada, que as mudanças mais significativas na visão dos magistrados são: previsão de sucumbência recíproca entre as partes – o trabalhador passa a pagar honorários em relação ao pedido que for julgado improcedente, prevalência do negociado sobre o legislado, fim da contribuição sindical obrigatória, novas formas de contratação, fim das horas in itinere, espírito filosófico da reforma, indicação do valor no início do pedido, gestantes laborarem em condições insalubres, tarifação de dano extrapatrimonial/moral.

A Reforma Trabalhista possui diversos pontos controvertidos e até mesmo considerados inconstitucionais pelos magistrados. Desde que a nova lei entrou em vigor, em novembro de 2017, o volume de processos nas varas do TRT 10 diminuiu drasticamente, porém isso não é sinônimo de diminuição de conflitos trabalhistas. O que diminuiu, de acordo com os magistrados, foram as “aventuras” jurídicas. Os trabalhadores estão receosos de entrar na justiça sem ter certeza que terão como provar o que está sendo alegado no processo. Isso devido a nova alteração na CLT, em relação ao ônus da sucumbência. A diminuição também está relacionada com o fato de a lei ter entrado em vigor a pouco tempo, os advogados estão esperando ver como será o posicionamento dos juízes e dos tribunais frente a nova lei, para poderem se preparar melhor antes de entrarem com um pedido na justiça trabalhista.

Em relação ao perito contábil no âmbito da justiça trabalhista, conclui-se que seu trabalho é essencial para a elaboração dos cálculos necessários para a justa solução dos litígios laborais. Uma vez que nos processos trabalhistas existem cálculos muito complexos, onde apenas um perito na área é capaz de realizá-lo. A nova CLT traz uma nova possibilidade de trabalho para os profissionais de contabilidade que atuam nessa área, pois agora há a necessidade de os pedidos serem liquidados desde o início. Ou seja, a parte vai fazer uso do trabalho do perito já na fase inicial do processo.

Outra mudança na CLT que poderá afetar o trabalho do perito é em relação aos honorários periciais: a responsabilidade pelo pagamento dos honorários periciais passa a ser da parte sucumbente na pretensão objeto da perícia, ainda que beneficiária da justiça gratuita. O Conselho Superior da Justiça do Trabalho fixa os valores máximos que devem ser pagos aos peritos. Caso o conselho não se atentar quanto ao valor fixado, isso poderá levar a uma carência de peritos contábeis que queiram atuar nos processos trabalhistas. O perito não irá fazer o cálculo por um valor que ele considere ser incompatível com a complexibilidade do trabalho. Isso irá gerar um prejuízo para a justiça do trabalho, que necessita muito de bons profissionais da área de contabilidade atuando na perícia para auxiliar os magistrados.

REFERÊNCIAS

BARDIN, Laurence. **Análise de conteúdo**. São Paulo: Edições 70, 2011.

BRASIL. **Consolidação das leis do trabalho**. Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943.

BRASIL. **Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017**. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho, Brasília, DF, jul. 2017.. CFC. NBC T 13.4.2. **Normas Brasileiras de Contabilidade** – NBC T 13.4.2 da perícia contábil, de 27 de fevereiro de 2015.

BRASIL. CFC. NBC TP 01. **Normas Brasileiras de Contabilidade** – NBC TP 01, de 27 de fevereiro de 2015.

BRASIL. CFC. NBC. **Normas Brasileiras de Contabilidade** – NBC PP 01, de 27 de fevereiro de 2015.

BRASIL. CPC. **Código de Processo Civil**. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em 19 de maio de 2018.

CALDEIRA, Sidenei. **A influência do laudo pericial contábil na decisão dos juízes em processos nas varas cíveis**. 2000. 113f. Dissertação de Mestrado - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2000.

CARVALHO, Edjan Baldo e MARQUES, Claudio. Perícia contábil nas relações de trabalho em processos judiciais. **Enfoque reflexões contábeis**, v.24, n.2, p. 36-52, Julho-Dezembro/2005.

CEZAR, Frederico Gonçalves. O processo de elaboração da CLT: histórico da consolidação das leis trabalhistas brasileiras em 1943. **Revista Processus de Estudos de Gestão, Jurídicos e Financeiros** – Ano 3 – Edição Nº 07, p.13-20, ISSN 2178, 2008.

CNC. **A Reforma Trabalhista** - A nova Consolidação das Leis do Trabalho. Confederação Nacional do Comércio de Bens, Serviços e Turismo, CNC, 2017.

FIGUEIREDO, Sandoval Nunes. A perícia contábil e a competência profissional. **Revista Brasileira de Contabilidade**, n. 142, p. 40-47, jul./ago. 2003.

JÚNIOR, Idalberto José das Neves et al. Perícia Contábil Judicial: A Relevância e a Qualidade do Laudo Pericial Contábil na Visão dos Magistrados do Estado do Rio de Janeiro. **Pensar Contábil**, Rio de Janeiro, v.16, n.59, p.49-57, jan./abril 2014.

JÚNIOR, Idalberto Jose das Neves; MOREIRA, Simone Alves; RIBEIRO, Elisangela Batista; SILVA, Moacenira Cardoso. Perícia Contábil: estudo da percepção de juízes de Primeira Instância na Justiça do Trabalho sobre a qualidade e a relevância do trabalho do perito. **Revista Brasileira de Gestão de Negócios**, São Paulo, v.15, nº47, p.300-320, abr/jun. 2013.

MELEK. **Trabalhista! O que mudou?** 3. Ed. Curitiba: Estudo Imediato Editora, 2017

QUIVY, Raymond; CAMPENHOUDT, Luc Van. **Manual de Investigação em Ciências Sociais**. 1ª ed., Lisboa, Gradiva, 1992.

VERGARA, Sílvia Constant. **Projeto e Relatórios de Pesquisa em Administração**.
11. Ed. São Paulo: Atlas, 2009 (1997).



Revista Processus de Estudos de Gestão, Jurídicos e Financeiros

ISSN: 2237-2342 (impresso)

L-ISSN: 2178-2008 (on-line)

Tramitação editorial:

Data de submissão: 2020-05-22

Data de aceite definitivo: 2020-11-18

DOI: <https://doi.org/10.5281/zenodo.4458285>

Data de publicação: 28/12/2020

O DIREITO DA COMUNIDADE LGBT: O RESPEITO À PERSONALIDADE HOMOAFETIVA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

THE RIGHT OF THE LGBT COMMUNITY: RESPECT FOR HOMOAFECTIVE PERSONALITY IN THE BRAZILIAN LEGAL SYSTEM

*Geovanna Costa Machado²
Jonas Rodrigo Gonçalves³
Danilo da Costa⁴*

Resumo

O tema deste artigo é o direito da comunidade LGBT⁵: o respeito à personalidade homoafetiva no sistema jurídico brasileiro. Investigou-se o seguinte problema: “O

² Graduanda em Direito pela Faculdade Processus. CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5946595665892520>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-0721-2367>. E-mail: geovannahasm@gmail.com.

³ Doutorando em Psicologia; Mestre em Ciência Política (Direitos Humanos e Políticas Públicas); Licenciado em Filosofia e Letras (Português e Inglês); Especialista em Direito Constitucional e Processo Constitucional, em Direito Administrativo, em Direito do Trabalho e Processo Trabalhista, entre outras especializações. Professor das faculdades Processus (DF), Unip (SP) e Facesa (GO). Escritor (autor de 61 livros didáticos/acadêmicos). Revisor. Editor. CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6904924103696696>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-4106-8071>. E-mail: jonas.goncalves@institutoprocessus.com.br.

⁴ 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. Professor da Faculdade Processus (DF). Coordenador do grupo de pesquisa da Faculdade Processus “Políticas Públicas e Inovações Tecnológicas”. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9522717317530051>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-1849-4945>. E-mail: educadordanilocosta@gmail.com.

⁵ No presente trabalho foi aplicado artigos científicos que utilizam a sigla antiga LGBT que significa Lésbicas, Gays, Bissexuais, Transexuais, Travestis e Transgêneros. No entanto, atualmente a sigla

direito da comunidade LBGT (lésbicas, gays, bissexuais, transsexuais, travestis e transgênero) é respeitado pelo ordenamento jurídico brasileiro?”. Cogitou-se a seguinte hipótese “O direito de personalidade LBGT é respeitado pelo ordenamento jurídico brasileiro”. O objetivo geral é “analisar se o direito de personalidade LBGT é respeitado pelo ordenamento jurídico brasileiro”. Os objetivos específicos são: “listar os princípios constitucionais dentro da personalidade”; “discutir acerca da aplicabilidade legislativa de direitos ao público LBGT”; “investigar a discriminação e preconceito homoafetivo”. Este trabalho é importante em uma perspectiva individual devido a importância da liberdade sexual igualitária; para a ciência, é relevante por ser necessário o debate e cumprimento das normas sobre liberdade sexual e de gênero; agrega à sociedade pelo fato de precisar de maior proteção jurídica e legislativa, garantindo direitos e deveres a diversidade afetiva sem discriminação. Trata-se de uma pesquisa qualitativa teórica com duração de seis meses.

Palavras-chave: Personalidade. LBGT. Respeito. Direitos Humanos. Discriminação.

Abstract

This article's theme is the personality right of the LGBT community: respect for homoaffective personality in the Brazilian legal system. The following problem was investigated: "The personality right of the LGBT community (lesbian, gay, bisexual, transsexual, transvestite and transgender) is respected by the Brazilian legal system?". The following hypothesis was hypothesized: "the personality right of the LGBT community is respected by the Brazilian legal system". The overall goal is to "Analyze whether the right of LGBT personality is respected by the Brazilian legal system". The specific objectives are: "List constitutional principles within the personality"; "Discuss the legislative applicability of lgbt rights to the public"; "Investigate discrimination and homoaffective prejudice". This work is important from an individual perspective due to the importance of egalitarian sexual freedom; for science, is relevant because it's necessary to debate and comply with the rules on gender freedom; it adds to society by its need for greater legal and legislative protection, guaranteeing rights and duties to affective diversity without discrimination. This is a theoretical qualitative research, lasting six months.

Keywords: Personality. LGBT. Respect. Human Rights. Discrimination.

Introdução

O livre exercício da sexualidade por seu titular é tutela jurídica, tornando a personalidade como parte abrangente da dignidade humana e dos princípios fundamentais da Constituição Federal de 1988. Entretanto, os direitos LBGT (Lésbicas, Gays, Bissexuais, Transsexuais e Travestis) passam por diversas discriminações em razão de opiniões homofóbicas, na qual o grupo acaba tornando margem de exclusão; portanto é necessário que seja amparado pelo Estado o direito de exercer de forma livre a todos os indivíduos e qualquer discriminação por conta da orientação sexual se constituirá obviamente em desrespeito a dignidade humana e também um desrespeito concreto e evidente dos direitos da personalidade.

Embora não haja no ordenamento jurídico um sistema especial para regular a sexualidade humana, é direito fundamental e é direito à personalidade, pois está

considerada correta e mais abrangente a diversidade sexual é LGBTQIA+ que significa Lésbicas, Gays, Bissexuais, Transgêneros, Transexuais, Travestis, *Queer*, Intersexo, Assexuais e outras possibilidades de orientação sexual e identidade de gênero existentes.

relacionado à necessidade do desenvolvimento saudável da personalidade humana. Portanto, é um direito absoluto imposto aos indivíduos de maneira *erga omnes*. De modo geral, considerando que pertence a alguém, é a parte minimamente essencial de todos no campo jurídico: é um direito irreparável e intransferível. (CARDIN; SEGATTO, 2017, p. 102).

Este artigo visa responder o problema a seguir: “O direito de personalidade da comunidade LGBT é respeitado pelo ordenamento jurídico brasileiro?”. Para dispor do livre exercício da sexualidade de maneira que se preserve o direito a personalidade, é necessário o respeito as normas constitucionais e seus princípios fundamentais e de dignidade humana presentes no ordenamento, todavia assinalou-se os direitos de personalidade do povo LGBT no Brasil são respeitados pelo sistema legal.

O cerne do sistema jurídico atual é respeitar a dignidade humana e valorizar os princípios de liberdade e igualdade. A identificação da orientação sexual irá depender de como a pessoa se identifica e escolhe com quem quer se relacionar, e essa escolha não pode ser o objeto de tratamento discriminatório. Se todos são legalmente iguais e não há diferença, então obviamente a orientação sexual do indivíduo também está incluída. A proibição de discriminação sexual, eleita como critério básico, alcança a proibição de discriminação contra a homossexualidade, pois trata-se apenas de conduta emocional afetiva. (DIAS, 2009, p. 45).

A hipótese levantada frente ao problema em questão é: “O direito de personalidade LGBT é respeitado pelo ordenamento jurídico brasileiro”. É observado o dever legal representado pelo Estado brasileiro de forma direta em relação às questões do respeito aos direitos de personalidade ao grupo LGBT dentro da norma jurídica legal.

Para que se mantenha a dignidade da pessoa humana por meio da democracia é fundamental que se tenha liberdade de expressão, pois ainda ocorre o exercício hostil contra terceiros, principalmente, de pessoas agindo de maneira homofóbica, devendo então serem restritivos e proibidos pelo Estado, visto estar diante a enfrentar os conflitos dos direitos e dos princípios. (CARDIN; SEGATTO, 2017, p. 110).

O objetivo geral deste trabalho é “analisar se o direito de personalidade LGBT é respeitado pelo ordenamento jurídico brasileiro”. É demonstrado na norma legal, através dos princípios constitucionais de proteção a personalidade humana, mesmo que de forma indireta, a questão de não ter uma norma específica regulamentando, mas, de forma clara, a responsabilidade estatal de garantia ao respeito da liberdade sexual.

Além disso, todos também têm o direito de obter e buscar a felicidade, mesmo que esse direito não esteja explícito na Constituição, é direito fundamental e não se deve deslembrar, e, portanto, prioriza-se ao Estado a responsabilidade de garantir o princípio da dignidade humana e também o princípio igualdade e da promoção dos interesses, não havendo qualquer tipo de discriminação. (SIQUEIRA, 2018, p. 197).

Os objetivos específicos deste trabalho são “listar os princípios constitucionais dentro da personalidade”; “discutir acerca da aplicabilidade legislativa de direitos ao público LGBT”; “investigar a discriminação e preconceito homoafetivo”. É importante a cognição da personalidade dentro do quesito constitucional, presente nos princípios fundamentais, a fim de haver uma cobrança absoluta de normas exclusivas de proteção a direitos do grupo LGBT, mesmo com o silêncio legislativo em que, embora garantido pela lei maior, se observa tamanho crescimento de ocorrências discriminatórias levado ao preconceito dentro de atitudes homofóbicas.

O mais importante é proteger e promover dignidade, liberdade e igualdade. Hoje, na vida da população LGBT é de inteira responsabilidade estatal, pois também

precisa agir ativamente, buscar justiça social, reduzir a desigualdade e garantir que eles vivam com dignidade e com base na bondade e na justiça para a felicidade deste grupo. (MAZARO; CARDIN, 2018, p. 96).

O artigo é de fundamental importância para os operadores do Direito à medida que contribui para reflexão desses profissionais quanto aos direitos do grupo LGBT em razão da personalidade no ordenamento jurídico e, também, as consequências legislativas e seu cumprimento na sociedade brasileira. Assim, busca-se apresentar a Juízes, Promotores, Advogados e estudantes de Direito, uma nova perspectiva quanto a verificação do cumprimento de forma igualitária da liberdade sexual aos cidadãos cumprindo principalmente os princípios constitucionais fundamentais juntamente com a dignidade humana.

Sendo assim, o presente artigo promove a discussão do respeito ao direito de personalidade para pessoas gays, lésbicas, bissexuais, transsexuais e travestis, em que se prejudica principalmente por ideologias discriminatórias e preconceituosas, tornando necessário o cumprimento das normas civil-constitucional juntamente com os direitos humanos.

Portanto, o debate sobre as questões de igualdade sexual e de gênero dentro do ordenamento legal presente neste artigo é de extrema importância perante a sociedade, por conta que a diversidade afetiva é uma realidade crescente em que necessita de maior preservação de direitos e legislações protetoras a comunidade LGBT, a fim de garantir-lhes ser quem são, sem medo de sofrer qualquer forma de discriminação.

A metodologia utilizada é estudo teórico para confirmar a hipótese proposta levantada neste presente trabalho. A pesquisa bibliográfica busca conhecimento sobre o assunto em questão, levando em consideração a utilização de artigos científicos, bem como sistemas externos de conhecimento por meio da legislação brasileira vigente.

Utilizou-se como instrumento de pesquisa artigos científicos publicados em revistas especializadas e livros acadêmicos. A base de busca dos artigos científicos teve como ferramenta o Google Acadêmico. Com apoio dessa ferramenta foram pesquisados artigos científicos a partir das seguintes palavras-chave: “personalidade”, “LGBT”, “homofobia”, “sexualidade”, “direitos humanos”, “homoafetivo”, “igualdade”. Foram, ainda, utilizados como base legal a Constituição Federal de 1988, Lei Maior em que limita o poder e define os direitos e obrigações dos cidadãos, e a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, que determina, no âmbito privado, os direitos, os deveres, os bens e também as relações pessoais.

Foi adotado como critério para revisão bibliográfica a seleção de sete artigos científicos. Foram escolhidos artigos escritos por até três autores, sendo pelo menos um dos autores é mestre ou doutor, além da exigência do artigo está publicado em revista acadêmica com código identificador ISSN (*International Standard Book Number*) ou em livro com código identificador ISBN (*International Standard Book Number*). Aqueles trabalhos que não se enquadraram nesses requisitos, foram automaticamente excluídos da amostra de pesquisa. A pesquisa compreendeu um período de três meses. No primeiro mês realizou-se o levantamento do referencial teórico; no segundo mês, a revisão da literatura; no terceiro mês, a elaboração dos elementos pré-textuais e pós-textuais que compõem todo o trabalho.

A pesquisa é do tipo qualitativa teórica, por meio de revisão de literatura das obras selecionadas, obedecendo criterioso tratamento dos dados coletadas para subsidiar as conclusões expostas no presente trabalho. Optou-se pela revisão de literatura, na qual os autores trataram os dados obtidos por meio da pesquisa

bibliográfica, considerando os aspectos relevantes levantados pelos seus respectivos autores.

Nas palavras de Gonçalves (2019, p. 47), a principal função do método de pesquisa científica é um conhecimento propriamente racional, sistemático, preciso e verificável da realidade. Sua origem está no procedimento de verificação baseado propriamente na pesquisa através do uso correto da metodologia científica levantadas pelo autor.

O Direito da Comunidade LGBT: O Respeito à Personalidade Homoafetiva no Ordenamento Jurídico Brasileiro

O comportamento social dos indivíduos é moldado pela personalidade de cada um, a qual é garantida a todos na lei de forma totalmente igualitária, carregando por si os ideais de cada indivíduo por ser quem quer ser. Os direitos interligados a pessoa humana é o marco presente no ordenamento global juntamente com a dignidade humana, sendo, portanto, característica da personalidade a preservação, ou seja, o que é o indivíduo, assim como o direito à vida, à integridade, à liberdade, à sociabilidade, à honra, à privacidade, à autoria, e também à imagem, dentre outros direitos adquiridos.

Por essa premissa, nunca será excessivo qualquer análise que visa resolver o vínculo entre os direitos de personalidade juntamente com a dignidade humana, na qual é o único responsável por avaliá-lo porque lhe é dada dignidade, então a personalidade mostra obviamente dogmáticas de preocupações jurisprudenciais e doutrinárias. Os direitos de personalidade estão relacionados a pessoas, tornando-se um centro de referência no sistema jurídico, de modo que se baseia no Estado Democrático de Direito a contar da Constituição Federal de 1988. (CANTALI, 2010, p. 116).

A Constituição Federal de 1988 é uma ordenação eficaz para tutelar os direitos da personalidade brasileira e lançou os alicerces da República. A personalidade, portanto, é qualquer direito que reflita essencialmente e diretamente a dignidade da pessoa humana e com isso, é considerado um direito básico e, também, um direito a proteção especial. (CANTALI, 2010, p. 121).

Como fundamento da dignidade humana, a personalidade é afetada por questões de proteção, exercendo a liberdade de expressão e de identidade como características próprias da personalidade, reconhecidas historicamente a pessoas homossexuais, bissexuais, travestis e transgêneros por se tratar de um grupo que não segue os padrões sexuais estabelecidos na sociedade, sendo, então, seus direitos afetados pela objetividade ou subjetividade.

A personalidade humana se integra com a sexualidade e os direitos sexuais são reconhecidos como direito fundamental a fim de proporcionar seu livre e prudente exercício. (RIOS, 2006). Mesmo não sendo concreto no ordenamento jurídico brasileiro, o §1º da Constituição outorga a imediata aplicabilidade aos direitos fundamentais e o §2º garante reconhecimento de outros direitos humanos por abertura constitucional, fazendo com que a liberdade sexual e o direito à sexualidade se tornem tacitamente reconhecidos, portanto, necessita proteção do Estado. (MAZARO; CARDIN, 2018, p. 95).

Em se tratando de divergência da personalidade humana e dos direitos fundamentais, ou seja, a sexualidade e a livre expressão, o método hermenêutico da constituição se apresenta o mais pertinente a prestar a finalidade dos preceitos constitucionais. (CARDIN; SEGATTO, 2017, p. 99). Ou seja, quando há conflito entre o exercício livre da liberdade de expressão sexual e com pessoas que não concordam

com essa liberdade e usa de argumento a liberdade de expressão é de suma importância que se prese a Lei Maior.

Além de ser apoiado pelo princípio fundamental da isonomia, no qual o resultado inevitável é a proibição da discriminação injusta, a homoafetividade também possui direito de liberdade de expressão. Como garantia para o exercício da liberdade pessoal, é necessário incluí-la nos direitos da personalidade, principalmente, relacionados à identidade pessoal e à saúde física e mental. Além disso, orienta-se de que a segurança da privacidade juntamente com a inviolabilidade da vida privada. O direito à orientação sexual é um direito pessoal, tendo como base legal a pessoa humana para atributos inerentes e inegáveis. (FACHIN, 1999, p. 95).

Sob essa premissa, o art. 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos basicamente adota o princípio kantiano, o qual estipula que todos os seres humanos nascem com liberdade, dignidade e igualdade de direitos, porque têm razão e consciência e devem agir juntos com a fraternidade de espírito para que se ocorra uma boa convivência de todos. (CARDIN; SEGATTO, 2017, p. 100).

Portanto, no Brasil, a proteção geral da personalidade é extraída do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, CF/88), em que se há abertura material pelo sistema de direitos fundamentais (art. 5º, § 2º, CF/88) e também possibilita o fundamento de inúmeros direitos não expressamente previstos de personalidade que resulte em reclamar a tutela, tanto quanto no reconhecimento inalterável das relações pessoais por seus direitos fundamentais. (CANTALI, 2010, p. 124).

De acordo com Ferraro (2009, p. 151-152), no nível cultural e histórico, a dignidade humana deve ser alcançada impondo-se no contexto que em seu conteúdo se determina uma situação concreta do comportamento da pessoa e da conduta estatal. Sobre construção da individualidade pessoal, a sexualidade é a dimensão fundamental de sua subjetividade, é a base indispensável para a personalidade ter seu livre desenvolvimento.

No ano de 1994, o Comitê Internacional de Direitos Civis e Políticos associado ao Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas declarou que a violação aos direitos LGBT também é violação da lei de direitos humanos. Até o julgamento na Austrália de um caso concreto sobre homossexualidade, as Organizações das Nações Unidas não debatiam as questões sobre a identidade de gênero juntamente com a orientação sexual. (SIQUEIRA, 2018, p. 169).

Após o debate sobre o tema na ONU (Organização das Nações Unidas), se alcançou maior discussão entre lideranças mundiais, organizações e entidades de proteção aos direitos humanos e seus princípios fundamentais. Notoriamente, ainda na atualidade, há resistência e pouca legislação que assegura direitos à sexualidade mundo a fora e sem contar de países que ainda criminalizam por gostar de alguém do mesmo sexo se manifestando através da sexualidade humana. Apesar de diversas lacunas legislativas no ordenamento brasileiro, alguns fatores foram identificados para o pleno exercício do direito de escolha da orientação sexual e da utilização da própria identidade de gênero.

Integrando a própria condição humana, a sexualidade é um direito fundamental que decorre de sua natureza própria, pois acompanha o indivíduo desde o nascimento. É um direito natural, inalienável e imprescritível por se tratar de direito individual. Se não for respeitado o exercício livre da sexualidade, nenhum indivíduo pode realizar-se como ser humano, sendo independente da tendência sexual o direito ao tratamento igualitário, compreendendo a liberdade sexual e a livre orientação sexual. A sexualidade é parte integrante da natureza humana, incluindo sua

dignidade. O direito ao exigir respeito do livre exercício da sexualidade todo ser humano tem. O indivíduo sem liberdade sexual não se realiza, ocorrendo também quando qualquer outro direito fundamental lhe falta. (DIAS, 2009, p.43-44).

Portanto, seja como princípio basilar do ordenamento jurídico, seja com valor axiológico, a dignidade humana, independentemente de sexo, raça, religião, condição física, sexual ou mental, deve reconhecer como único destinatário no final o ser humano destinando-se ao usufruto de seu direito adquirido. É direito individual de todas as pessoas. (CARDIN; SEGATTO, 2017, p. 99).

De acordo com Barroso (2010, p. 250), o núcleo basilar dos demais direitos fundamentais é o princípio da dignidade da pessoa humana, inclusive daqueles que não estão positivados e são materialmente fundamentais. O nível mínimo de sobrevivência no campo da esfera potestativa, a personalidade humana de custódia permite que o ser humano sobreviva e desfrute dos demais direitos.

Com isso, a tutela geral a personalidade está inclusa ao direito de personalidade no geral como um direito à liberdade em que serve para fundamentar o livre desenvolvimento da personalidade e dos direitos básicos a todos. Pelo princípio da dignidade humana, a proteção geral da personalidade se extrai através de todas as pessoas. (CANTALI, 2010, p. 117).

Geralmente, os direitos fundamentais e os direitos da personalidade são usados pelos doutrinadores como sinônimos. É direito de personalidade a autonomia privada, mas não é direito fundamental. Em contrapartida, é direito fundamental o lazer (turismo), entretanto não é um direito de personalidade. Todavia, nem todos os direitos fundamentais são direitos de personalidade e vice-versa. (SIQUEIRA, 2018, p. 175).

Apesar de nem todos os direitos de personalidade serem direitos fundamentais o direito de gozar da orientação sexual é indiscutível em ambos princípios. Direito à personalidade e direitos fundamentais são imprescindíveis para a dignidade humana. Pela perspectiva constitucional e civil, a titularidade dos direitos não esgota a personalidade, podendo a proteção dos direitos básicos da pessoa, sendo essencial a dignidade para se levar a vida.

Siqueira (2018, p. 175) afirma que a opção sexual é intrínseca ao ser humano por ser plenamente influenciado por eventos naturais como nascimento, raça e nacionalidade, sendo inerente aos seres humanos. Portanto, não é apenas uma inclinação e sim o que vem de cada indivíduo e faz parte de seu interior, é o que o identifica e soma na própria convivência e no seu interior.

Com isso, a opção sexual integra a personalidade da pessoa, assim como são inerentes ao ser humano a raça e a nacionalidade, é condicionada ao acontecimento natural do seu nascimento. (FERRARO, 2009, p. 154). Com isso, se destrincha cada vez mais a sexualidade não ser inerente a apenas uma escolha ou um estilo de vida e sim ser a própria individualização pessoal, fazendo total parte da personalidade.

A personalidade tem como seu centro a dignidade humana, pois os direitos à personalidade que protegem o núcleo básico a dignidade da personalidade. A conexão entre personalidade e dignidade é uma forma inseparável, de forma que muitos autores se atentam à proteção dos direitos da personalidade e ainda mencionam de forma direta a proteção da dignidade juntamente com a personalidade. A partir dessa conexão indivisível, pode-se dizer que a proteção geral da personalidade se extrai ao princípio da dignidade humana. O princípio da dignidade e o da personalidade se inclui juntamente a proteção geral dos seres humanos e os verdadeiros termos de proteção. (CORTIANO JUNIOR, 1997, p. 42).

Os desejos e as emoções pessoais estabelecem os indivíduos que se identificam na sociedade e começam a desempenhar seu papel fundamental como a

liberdade por meio da conexão e o seu temperamento religioso ou cultural. Esse processo leva a modificar os seres humanos para encontrar sua verdadeira existência e sua estrutura material é a felicidade, de sua família e de toda a sociedade. Se os membros da sociedade não puderem expressar suas opiniões, nenhuma sociedade será livre e respeitada pela dignidade, liberdade e segurança.

É inerente a pessoa humana os direitos de personalidade, sendo assim, nascem e morrem com a pessoa. “O direito da personalidade é um direito subjetivo, de caráter não patrimonial, que visa, na verdade, tutelar a própria pessoa humana, a sua dignidade e integridade”. São direitos ligados à noção de individualidade, liberdade e dignidade; são inatos à pessoa humana.

Os direitos humanos são inerentes ao direito à personalidade. Portanto, nascem e morrem com as pessoas. O direito de personalidade é um direito subjetivo de caráter não patrimonial em que é objetivado para proteger as pessoas, sua integridade e dignidade. Esses direitos estão relacionados aos conceitos de individualidade, dignidade e liberdade; eles nascem. Não se pode renunciar meramente do direito em si, porém, pode renunciar o exercício o titular do direito da personalidade.

Justamente para o acolhimento ao livre desenvolvimento do direito de personalidade, garante-se uma disponibilidade conexa, porque são essencialmente indisponíveis para usufruir os direitos da personalidade a compreensão, o cumprimento e o livre arbítrio para que ocorra de forma legítima e abertamente espontânea a personalidade. (CANTALI, 2010, p. 130).

O direito de personalidade tem como objetivo a personalidade humana, atuais e futuras, previsíveis e imprevisíveis em todas as suas manifestações. Desenvolve e concretiza a tutela geral da personalidade, englobando todos os direitos singulares e se concretiza no seu todo, trata-se de direito único e esgotante, ordinário e geral. (CANTALI, 2010, p. 122).

A orientação sexual refere-se à capacidade que todos possam ter profundo afeto e atração sexual a diferentes sexos, mesmo sexo ou mais de um gênero. No campo do Direito, a dignidade é o plano de fundo da mudança de paradigmas, especialmente aqueles que visam os direitos homoafetivos, como na formação do núcleo familiar, a cirurgia de mudança de sexo para transgêneros, no respeito da personalidade em relação à sexualidade dos indivíduos são alguns exemplos de quão profunda é a revolução no campo sexual.

A expressão da sexualidade humana deve garantir o respeito as demais, abrangendo aos que divergem da heteronorma, sendo este princípio que garante a igualdade. Entretanto, o que é visto é o contrário, pois por não ser o no padrão da maioria a comunidade LGBT é colocada de forma constante à margem pela sociedade e o preconceito diante da degradação social faz com que se tenha a omissão estatal perante a situação. (MAZARO; CARDIN, 2018, p. 93).

Sem distinções, o reconhecimento à diversidade das manifestações sexuais é de igual respeito e igual acesso a todos sem qualquer distinção, sendo direcionado, principalmente, para grupos minoritários e vulneráveis, como a população LGBT: homossexuais, bissexuais, assexuais, pansexuais e transgêneros (travestis, transexuais, crossdresser, etc.), sendo meio necessário para convivência em sociedade. (CARDIN; SEGATTO, 2017, p. 103).

Embora não seja explícito na Constituição de 1988, o direito à felicidade decorre de outros princípios, como, a título de exemplo, sem qualquer forma de discriminação, promovendo os interesses de todas as pessoas, este é um objetivo

que precisa ser garantido pelas pessoas e pelo país, a busca pela felicidade de todo ser humano. (SIQUEIRA, 2018, p. 179).

São pertencentes ao indivíduo os direitos irrefutáveis e indisponíveis, como o direito de personalidade, o direito à liberdade de expressão, o direito ao respeito a identidade pessoal, da integridade física e psíquica. Esses direitos também estão incluídos a orientação sexual como direito básico, no qual são direitos e extensão de cada indivíduo colocado na sociedade em razão da própria personalidade. A Constituição aplica o Estado Democrático de Direito impondo direitos e liberdades fundamentais. (FERRARO, 2009, p. 153-154).

De modo exemplificativo, o Código Civil de 2002 trouxe para ter tutela, definindo-os como direitos de personalidade, propriamente além do amparo constitucional trazida pela Lei Maior sobre personalidade, a integridade psicofísica, o nome, o pseudônimo, a imagem e a privacidade, definindo-os como direitos próprios de personalidade. (CARDIN; SEGATTO, 2017, p. 101).

Cardin e Segatto (2017, p. 102) explicam que pelo o que está na lei acarretará na responsabilidade civil, seguindo os artigos 12 e 927 do Código Civil, fato ilícito qualquer violação dos direitos de personalidade que podem ser necessários à vítima, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei, exigido pela vítima que acabe a lesão ou ameaça, podendo, também, reclamar perdas e danos.

Contudo, a homossexualidade no mundo do Direito é excluída em virtude do preconceito. Como expressão de um direito subjetivo inserido em todas as categorias, pois é juntamente direito individual, social e difuso. A inclusão no rol de direitos humanos é de imperativa importância para que se diminua a exclusão e se possa encontrar maior aceitação. (DIAS, 2009, p. 45).

Apesar de consagrado na Constituição brasileira, o que se vê a atingir de forma negativa em que, tanto das maneiras formais e como também nas maneiras materiais, o objetivo de igualdade, diminuição de fato das desigualdades e da mesma forma a justiça social. Enquanto a transgeneridade, que é uma das manifestações de liberdade sexual, por exemplo, for tratada como patologia, não ocorrerá efetividades dos princípios, nem tratamento digno para estas pessoas. (MAZARO; CARDIN, 2018, p. 93).

Se não ocorrer uma maior proteção a comunidade LGBT pelo Estado, e não ter um dia inteiro de esforço para respeitar as orientações sexuais, eles exaurem e temem se expor porque são minoria e se tornam discriminados. Quando seus membros desistem, nenhuma sociedade cresce ou se desenvolve. Nesse sentido, gozar da dignidade significa ter o direito de respeitar e valorizar a sociedade em que vivemos. Sem esse diálogo é impossível desenvolver plenamente esses direitos e, assim, violar repetidamente a dignidade humana.

Para Giogis (2002, p. 244), o preconceito em relação a orientação sexual seria isentar tratamento digno ao ser humano em função de própria orientação sexual a possibilidade de prejuízo ou desrespeito a alguém, em que aquela se inclui de sua identidade pessoal a legitimidade constitutiva, não podendo postergar a condição pessoal do indivíduo.

Contudo, Siqueira (2018, p. 140) emenda que se estabelece na Constituição Federal de 1988, em seu art. 3º, inciso IV, a vinculação direta do conceito de discriminação aos objetivos fundamentais constitucionais como o bem de todos sem qualquer discriminação, por exemplo, a idade, a cor, a raça, a origem, sexo e a orientação sexual dentre e outras formas de preconceito.

Obedecendo suas próprias normas, a autonomia é exercício da liberdade pelo indivíduo, deve-se agir de forma que torne a lei universal pela máxima de sua conduta,

trazida anteriormente seguindo a premissa kantiana. É fonte da obrigação jurídica um imperativo de ordem moral categórico sendo forma da vontade livre e individual. (KANT, 2007, p. 79-80).

Assim, por exemplo, quando alguém ataca casais gays na rua pelo simples fato de serem gays, eles impedem o exercício da liberdade mostrando opiniões discriminatórias, manifestando-se pelo preconceito contra o comportamento sexual dos indivíduos. A opinião formada muitas vezes é trazida com a questão de padrões comportamentais enraizados ao pensamento de indivíduos que reagem com reprovação as uniões LGBT.

O ser humano é preconceituoso e discriminador, por isso existem as discriminações e os preconceitos. A discriminação, tanto velada quanto incisiva, está presente no cotidiano das pessoas e em todos os locais tanto pela forma de falar, orientação sexual, forma de vestir, identidade de gênero, da pele tatuada, pela própria nacionalidade, por razão da raça, da cor da pele, de etnia, de uma doença infectocontagiosa. (SIQUEIRA, 2018, p. 182).

Para reconhecer esse comportamento, é necessário respeitar suas práticas sob o viés de incentivo a atributos relacionados ao público LGBT. Nesse comportamento, mesmo que direcionado a uma pessoa a ofensa, “[...] o comportamento do agente é homofobia, ou seja, aversão a papéis culturais atribuídos ao sexo, gênero, identidade de gênero e orientação sexual e esse comportamento não é de modo algum um mero insulto ao indivíduo”, mas um ato discursivo de ódio, porque de forma implícita, irradia a várias vítimas. (CARDIN; SEGATTO, 2017, p. 110).

Portanto, o Estado não pode desrespeitar as escolhas das pessoas trans, por exemplo, desde que não infrinjam os direitos de terceiros, apenas para satisfazer a sociedade ideológica que ainda está presa no preconceito heteroafetivo e machista. Pelo contrário, deve garantir a proteção legal desse grupo minoritário, para que seus membros possam realizar seu direito de desenvolver livremente seus desejos sexuais como um meio de realizar sua humanidade. (MAZARO; CARDIN, 2018, p. 95).

Ferraro (2009, p. 159) entende que sendo garantia constitucional no artigo primeiro da Constituição Federal de 1988, o que pensar em contrário desta garantia devidamente expressa vai significar privar totalmente o ser humano de sua própria existência por negar-lhe a dignidade e impossibilitar o uso de seus direitos fundamentais.

Com isso, a autonomia acaba se tornando uma fonte legal por ser normativa, pois permite que indivíduos ou seus relacionamentos criem, modifiquem e cessem situações jurídicas. Por exemplo, alterar o nome de uma mulher transgênero produzirá imensos fatos jurídicos, como modificar seus documentos pessoais e ser tratada de forma igualitária a outras mulheres. (MAZARO; CARDIN, 2018, p. 94). Sem a autonomia, se agrava a vulnerabilidade da população transgênero e LGBT no geral.

Essa vulnerabilidade social é exacerbada pela homofobia no discurso de ódio, motivo pelo qual se aprofunda os estudos e as pesquisas em relação aos limites de liberdade de expressão. (CARDIN; SEGATTO, 2017, p. 93). Cada vez se abre a discussões sobre os limites de expressar a opinião, isso pode desencadear em homofobia direta em que se exala preconceito com argumento de liberdade de expressão.

Em vista desses dois aspectos dos princípios discutidos, pode-se considerar que a própria igualdade formal não pode superar a desigualdade. É um dos pré-requisitos para os legisladores a igualdade material por tratarem a igualdade de tratamento aristotélico e a igualdade de tratamento, e devem agir para tratar suas

diferenças com igualdade e desigualdade para tornar esse mandamento eficaz. (MAZARO; CARDIN, 2018, p. 92).

Conseqüentemente, a constituição de direitos é uma aquisição evolutiva da modernidade, na qual estabelece a assimetria jurídica como uma medida de adequação do conteúdo de todas as leis e, também, os atos jurídicos, sendo então um requisito a se cumprir. De inteira importância, necessita-se de um ordenamento jurídico consolidado e amplo a compreender a falta que implica nas questões de identidade sexual. A sociedade está em constante evolução em relação às questões homoafetivas e na garantia de seus direitos e deveres.

Na ausência de leis, há determinação em prestar atenção aos costumes. Mas é imperativo despertar costumes atuais, que são cada vez mais respeitados e cada vez mais compreendem a relação de seres humanos do mesmo sexo, pois são dinâmicas as relações sociais. Continuar considerando as questões sexuais com preconceito, o qual é determinado pelo conservadorismo passado, imerso na masculinidade e na ideologia discriminatória, este é um período típico em que a história da sociedade humana superou completamente. É necessário levar em conta que conceitos jurídicos atuais estejam a altura da era atual, para maior debate sobre as questões de liberdade sexual e de gênero. (DIAS, 2009, p. 49).

Os seres humanos podem explicar as suas atividades sociais dentro do escopo exigido pelo sistema legal e se livrar de quaisquer obstáculos impostos sem justificativa para provar que os obstáculos à sua livre circulação são razoáveis. Portanto, é necessário respeitar a possibilidade de as pessoas desenvolverem livremente seus próprios comportamentos sexuais para se adaptarem às características de seus estilos de vida. Todos devem ser livres para compartilhar sua própria privacidade de acordo com seus próprios desejos, independentemente da orientação sexual. (FERRARO, 2009, p. 155).

Cardin e Seggato (2017, p. 93) explicam que da mesma forma, investigar a proteção legal da sexualidade humana como um direito básico e direito da personalidade está relacionada aos elementos necessários desses direitos, pois, infelizmente, é bastante recorrente ter vulnerabilidade social e desigualdade do sujeito por fazerem parte das minorias sexuais.

Mas isso não é tudo. Como a personalidade também é um valor, o escopo da tutela deve ser o mais amplo possível. Portanto, também devemos reconhecer outras formas de proteção para as pessoas, porque isso não é necessariamente um problema de proteção por meio de direitos subjetivos. Conseqüentemente, as pessoas reconhecem a base de inúmeros tipos de condições legais de sobrevivência com os direitos de personalidade. (CANTALI, 2010, p. 126).

Isto posto, é evidente que a ocorrência de discriminação a lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transexuais e transgêneros é uma tentativa direta de violação aos direitos de personalidade. Violar os direitos de personalidade é ferir diretamente sua reputação, não ocorrer a privacidade e não permitir que seja garantido a liberdade sexual e de gênero. (SIQUEIRA, 2018, p. 179).

A homofobia, seja a mesma irracional ou cognitiva, ocorre, mesmo que de forma implícita, por conta da heterossexualidade institucionalizada como regulamento. Portanto, “o binômio heterossexual/homossexual é um critério único para identificar a dignidade dos sujeitos e distribuir benefícios na sociedade, na políticos e benefícios econômicos.” (RIOS, 2009, p. 63). Dessa maneira, quando se pertence a grupos vulneráveis ou grupos minoritários, os direitos e as oportunidades são restritos ou até mesmo suprimidos. (SIQUEIRA, 2018, p. 188).

Todos podem ser livres, seja fisicamente ou mentalmente, esse sempre foi o objetivo da liberdade, quem pode ir aonde quer ir, mas quem pode ser o que ele quer. A liberdade é o que possibilita que um indivíduo se realize, porque a liberdade lhe permite escolher os meios apropriados para desenvolver livremente seu total potencial. (MAZARO; CARDIN, 2018, p. 94).

A igualdade legal é relacionada à orientação sexual significando tratamento legal indiscriminado das pessoas independentemente de sua orientação sexual. Como resultado, tanto os heterossexuais quanto os homossexuais devem receber tratamento legal totalmente igualitário – eles não devem ser discriminados por causa de seu sexo. Portanto, com esse entendimento, cessa a impossibilidade de não ser admissível a conformidade para casais homoafetivos. (FERRARO, 2009, p. 155).

Esse desenvolvimento abrangente da personalidade é o objetivo do alcance dinâmico da tutela geral da personalidade, porque a personalidade humana também é motivo de proteção, um centro de tomada de decisão independente. O direito geral da personalidade estipula a liberdade de personalidade e seu total desenvolvimento pleno. (CANTALI, 2010, p. 129).

Em todo o País, no entanto, a situação envolvendo à comunidade LGBT é a contínua omissão do Poder Legislativo, levando em consideração a existência de projetos de lei sobre criminalização da homotransfobia, mas ainda não foi votado e positivado no sistema brasileiro. (MAZARO; CARDIN, 2018, p. 88). Entretanto, no final do primeiro semestre de 2020, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a LGBTfobia como crime de racismo, sendo importante ressaltar que fora o Poder Judiciário que teve o reconhecimento por falta de legislação aplicada a este crime.

Com isso, o próprio ordenamento jurídico brasileiro reconhece a omissão legislativa sobre vários aspectos formais na questão LGBT seja em matéria de direito no geral e outros mais com os mesmos princípios garantidores dos direitos homoafetivos. Caso o princípio da igualdade em relação à opção sexual e juntamente com a identidade de gênero se incorpora a Constituição e em outra legislação apropriado (como, por exemplo, as emendas e interpretações), se assegura a aplicação efetiva desses princípios.

A proteção da dignidade humana relacionada a homoafetividade é direta, porque já está estabelecido na arte respeitar as características constitucionais de todos sem depender da orientação sexual. O Estado Democrático de Direito e o art. 1º, § 3º da Constituição Federal prometem aos indivíduos muito mais do que abster-se de violar ilegalmente suas esferas pessoais, mas promover ativamente a liberdade individual. (FERRARO, 2009, p. 152).

No entendimento de Siqueira (2018, p. 197), a discriminação a pessoas LGBT viola diretamente o direito à personalidade por limitar a escolha sexual, na qual se quebra especialmente o direito à honra (tanto pelo direito objetivo quanto pelo direito subjetivo) e, ainda, o direito à vida privada e à liberdade individual também são violados com a discriminação.

Os direitos de personalidade possuem características dinâmicas, óbvias para garantir o espaço de ação de todos, focado principalmente no conceito de liberdade e, para garantir o exercício da autonomia necessária ao desenvolvimento humano. Todos os tipos de liberdade. Somente em liberdade uma pessoa pode desenvolver sua própria personalidade e manter sua dignidade. (ASCENSÃO, 1997, p. 98).

Com isso, pode-se dizer que a condenação pública é suficiente para provar que o ato foi transformado em crime? Importante estacar que parece ser inconsistente com nossa tradição de liberdade pessoal e nosso conhecimento, ou seja, não podemos

garantir que mesmo as pessoas maiores tenham os preceitos morais corretos. (DWORKIN, 2002, p. 371- 372).

Portanto, embora o certo seja expressar opiniões, é imprescindível para manter de qualquer democracia, renegar a adoção de uns gestos na qual nunca contribuirá para o desenvolvimento da sociedade, cultura, arte ou ciência, ou mais funções. Por ser retaliação de direitos de alguém, outros direitos conflitantes devem ser destacados. Afinal, se os seres humanos não forem livres para exercer seus desejos sexuais além das palavras de opressão e preconceito, não haverá dignidade. (CARDIN; SEGATTO, 2017, p. 113).

Nas palavras de Ferraro (2009, p. 152), mesmo com a predominância de relações e uniões heteroafetivas, a ocorrência de uniões homoafetivas não afeta de nenhuma forma a terceiros, levando em base de forma livre e autônoma os sentimentos sexuais de maneira livre, fazendo parte então da dignidade humana de cada um com a convivência em harmonia e respeito.

Contudo, o Estado deve respeitar a individualização dos seres humanos, conhecer e ser capaz de tomar decisões e ter suas próprias opiniões sobre como administrar suas vidas. Além disso, os órgãos governamentais não podem considerar apenas um ponto de vista de um ou outra pessoa ou grupo social em detrimento dos pontos de vista de outra pessoa. (DWORKIN, 2002, p. 426).

Assim, o direito à liberdade é um direito subjetivo no qual todos possuem, sendo possível, desde que não ocorra violação legal, de cada um fazer o que quiser sem qualquer restrição de liberdade. Só não irá ocorrer quando violar direito de outrem ou quando ocorre violação de princípios e deferentes legais ao ordenamento jurídico brasileiro. (SIQUEIRA, 2018, p. 197).

Demonstrando desejo sexual ou desejos e sentimentos pessoais estabelecem sua própria personalidade, o que os faz se destacar na sociedade e começam a desempenhar seu verdadeiro papel, livres das amarras, opressões e restrições religiosas ou culturais. Esse processo leva à transformação da humanidade, a fim de encontrar sua verdadeira existência e achar-se na construção da própria felicidade. Se todos os indivíduos não podem ser respeitados com dignidade, liberdade e segurança, eles não podem expressar liberdade e força.

Sendo assim, a construção de leis é árdua e há muitas coisas a serem construídas para eliminar o preconceito que está enraizado nos pressupostos legislativos em toda sociedade, uma então uma conquista diária, em que se busca da paz. Os seres humanos podem alcançar a paz somente com o respeito. Em todos os campos, especialmente no campo da personalidade, a dignidade e, também, o da sexualidade e gênero, com a retirada de todas as restrições e limitações que impossibilitam a convivência e o aprendizado, tornando-se apenas humano.

Considerações Finais

O tema desse artigo foi os direitos de personalidade LGBT serem respeitados no âmbito nacional, no qual se abrange questionamentos em relação as tutelas jurídicas e legislativas para preservação do exercício livre da liberdade sexual. Este questionamento desenrolou-se da premissa de os direitos LGBT passarem por discriminações em razão da homofobia e a exclusão desse grupo, e, portanto, que o Estado garanta o direito de exercê-los de forma livre e igualitária sem qualquer discriminação.

O problema que tem sido muito afirmado e por vezes questionado foi: O direito à personalidade da comunidade LGBT é respeitado pelo ordenamento jurídico

brasileiro? A hipótese foi afirmada, pois constatou-se que dentro do ordenamento legal brasileiro há normas constitucionais prontamente com princípios fundamentais e de dignidade humana que preserva os direitos da personalidade, mas é necessário o cumprimento para dispor da liberdade sexual.

Foi demonstrado como objetivo geral o respeito ao direito de personalidade LGBT no ordenamento jurídico do Brasil. Além disso, nos objetivos específicos foram abordados os princípios constitucionais que fazem parte da personalidade, também se discutiu acerca da aplicação de direitos na legislação voltados ao público LGBT e, por fim, investigou-se a discriminação e o preconceito a minorias sexuais.

O artigo foi desenvolvido por ser de suma importância para os operadores do Direito, o qual contribuiu para uma maior reflexão fundamental aos profissionais em relação aos direitos da personalidade LGBT dentro do ordenamento pátrio e, também, apontou as consequências legais de seu cumprimento perante a sociedade brasileira. Assim, apresentou a Juízes, Promotores, Advogados e estudantes de Direito melhor entendimento quanto ao cumprimento igualitário da liberdade sexual por toda sociedade, na qual foi demonstrado o propósito essencial dos princípios constitucionais fundamentais com a dignidade humana perante o tema.

Os debates dos quais foram expostos visaram promover o respeito de pessoas gays, lésbicas, bissexuais, transsexuais e travestis em relação à personalidade garantida em direito por normais civis, constitucionais e direitos humanos. O cumprimento dessas normas é prejudicado por discriminação e preconceito sexual, no qual foi deixado de forma clara a responsabilização do Estado de garantir que os direitos de personalidade cheguem de maneira livre e igual às minorias.

Referências

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil – Teoria Geral**: introdução, as pessoas, os bens. v.1. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CANTALI, Fernanda Borghetti. A dignidade da pessoa humana e a tutela geral da personalidade. **Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça**. Ano 2010, Vol.04, n 12.

CARDIN, Valéria Silva Galdino; SEGATTO, Antônio Carlos. O Exercício Ilegítimo do Discurso de Ódio Homofóbico sob a Ótica da Sexualidade e da Dignidade Humana. **Revista Jurídica**. Ano 2017, Vol.01, n. 46.

CORTIANO JUNIOR, Eroulths. Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade. In: Luiz Edson Fachin (org.). **Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

DIAS, Maria Berenice. Família homoafetiva. **Revista Bagoas - estudos gays**: gênero e sexualidades. Ano 2009, Volume 2, n.03.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FACHIN, Luiz Edson. Família hoje. In: BARRETO, Vicente (Org.). **A nova família: problemas e perspectivas**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

FERRARO, Suzani Andrade. A Relação Homoafetiva: Um Instituto Civil Constitucional e os Direitos Fundamentais. **Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça**. Ano 2009, Vol.03, n. 06.

GIORGIS, José Carlos Teixeira. A natureza jurídica da relação homoerótica. **Revista da AJURIS**, n. 88, tomo 1. Porto Alegre, dezembro de 2002.

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.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007.

MAZARO, Juliana Luiza; CARDIN, Valéria Silva Galdino. Da Tutela Jurídica dos Indivíduos LGBT sob a Perspectiva da Liberdade, da Igualdade, da Vida e da Dignidade da Pessoa Humana. **Revista Direito & Paz**. Ano 2018. Vol.10, n 39.

RIOS, Roger R. O princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual: a homossexualidade no direito brasileiro e norte-americano. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2002.

_____. Para um direito democrático da sexualidade. **Revista Horizontes Antropológicos**, Porto Alegre, v. 12, n. 26, p.71-100, dez. 2006.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; MACHADO, Robson Aparecido. A Proteção dos Direitos Humanos LGBT e os Princípios Consagrados Contra a Discriminação Atentatória. **Revista Direitos Humanos e Democracia**. Ano 2018, Vol. 06., n 11.