

ESTADO E POLÍTICAS PÚBLICAS

FGB/PEMBROKE COLLINS

CONSELHO EDITORIAL

PRESIDÊNCIA

Felipe Dutra Asensi

CONSELHEIROS

Adolfo Mamoru Nishiyama (UNIP, São Paulo)
Adriano Moura da Fonseca Pinto (UNESA, Rio de Janeiro)
Adriano Rosa (USU, Rio de Janeiro)
Alessandra T. Bentes Vivas (DPRJ, Rio de Janeiro)
Arthur Bezerra Junior (UNINOVE, São Paulo)
Aura Helena Peñas Felizzola (Universidad de Santo Tomás, Colômbia)
Carlos Mourão (PGM, São Paulo)
Claudio Joel B. Lossio (Universidade Autónoma de Lisboa, Portugal)
Coriolano de Almeida Camargo (UPM, São Paulo)
Daniel Giotti de Paula (INTEJUR, Juiz de Fora)
Denise Mercedes N. N. Lopes Salles (UNILASSALE, Niterói)
Douglas Castro (Foundation for Law and International Affairs, Estados Unidos)
Elaine Teixeira Rabello (UERJ, Rio de Janeiro)
Glaucia Ribeiro (UEA, Manaus)
Isabelle Dias Carneiro Santos (UFMS, Campo Grande)
Jonathan Regis (UNIVALI, Itajai)
Julian Mora Aliseda (Universidad de Extremadura, Espanha)
Leila Aparecida Chevchuk de Oliveira (TRT 2ª Região, São Paulo)
Luciano Nascimento (UEPB, João Pessoa)
Luiz Renato Telles Otaviano (UFMS, Três Lagoas)
Marcelo Pereira de Almeida (UFF, Niterói)
Marcia Cavalcanti (USU, Rio de Janeiro)
Marcio de Oliveira Caldas (FBT, Porto Alegre)
Matheus Marapodi dos Passos (Universidade de Coimbra, Portugal)
Omar Toledo Toríbio (Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Peru)
Ricardo Medeiros Pimenta (IBICT, Rio de Janeiro)
Rogério Borba (UVA, Rio de Janeiro)
Rosângela Tremel (UNISUL, Florianópolis)
Roseni Pinheiro (UERJ, Rio de Janeiro)
Sergio de Souza Salles (UCP, Petrópolis)
Telson Pires (Universidade Lusófona, Portugal)
Thiago Rodrigues Pereira (Novo Liceu, Portugal)
Vanessa Velasco Brito Reis (UCP, Petrópolis)
Vania Siciliano Aieta (UERJ, Rio de Janeiro)

ORGANIZADORES:
ARTHUR BEZERRA DE SOUZA JUNIOR, MARCELLE MOURELLE,
ROGERIO BORBA, ROSENI PINHEIRO

ESTADO E POLÍTICAS PÚBLICAS



GRUPO FGB/PEMBROKE COLLINS

Rio de Janeiro, 2020

Copyright © 2020 Arthur Bezerra de Souza Junior, Marcelle Mourelle, Rogério Borba, Roseni Pinheiro (org.)

DIREÇÃO EDITORIAL Felipe Asensi

EDIÇÃO E EDITORAÇÃO Felipe Asensi

REVISÃO Coordenação Editorial FGB/Pembroke Collins

PROJETO GRÁFICO E CAPA Diniz Gomes

DIAGRAMAÇÃO Diniz Gomes

DIREITOS RESERVADOS A

GRUPO FGB/PEMBROKE COLLINS

Rua Pedro Primeiro, 07/606

20060-050 / Rio de Janeiro, RJ

info@pembrokecollins.com

www.pembrokecollins.com

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS

Nenhuma parte deste livro pode ser utilizada ou reproduzida sob quaisquer meios existentes sem autorização por escrito da Editora.

FINANCIAMENTO

Este livro foi financiado pela Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio de Janeiro, pelo Conselho Internacional de Altos Estudos em Direito (CAED-Jus), pelo Conselho Internacional de Altos Estudos em Educação (CAEduca) e pela Editora FGB/Pembroke Collins.

E792

Estado e políticas públicas / Arthur Bezerra de Souza Júnior, Marcelle Mourelle, Rogério Borba e Roseni Pinheiro (organizadores). – Rio de Janeiro : FGB / Pembroke Collins, 2020.

462 p.

ISBN 978-65-81331-11-5

1. Estado. 2. Políticas públicas. 3. Direito. I. Souza Júnior, Arthur Bezerra (org.). II. Mourelle, Marcelle (org.). III. Borba, Rogério (org.). IV. Pinheiro, Roseni (org.).

CDD 320

Biblioteca: Aneli Beloni CRB7 075/19.

SUMÁRIO

ARTIGOS - ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	13
O CREDENCIAMENTO DE PROFISSIONAIS DA SAÚDE COMO HIPÓTESE DE INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO: UMA ALTERNATIVA À PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS SUPLEMENTARES À SAÚDE PÚBLICA SECUNDÁRIA.....	15
<i>Mayra Christian Sabino</i>	
A INOVAÇÃO DO § 3, DO ART. 27 DA LEI 13.303/2016: COMO INTERPRETAR E APLICAR?.....	31
<i>Morgana Bellazzi de Oliveira Carvalho</i>	
MEDIAÇÃO, CONCILIAÇÃO E ARBITRAGEM NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA COMO POLÍTICA PÚBLICA PARA RESOLUÇÃO DE CONFLITO.....	49
<i>Guilherme Junji</i>	
PREMÊNICA PARA A GRADUAÇÃO EM ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: A INOVAÇÃO NO SETOR PÚBLICO COMO DISCIPLINA.....	61
<i>Matheus Henrique de Souza Santos</i>	
AGÊNCIAS REGULADORAS E A IMPORTÂNCIA DOS MANDATOS FIXOS DOS DIRETORES COMO INSTRUMENTO DE AUTONOMIA	79
<i>Amanda Greff Escobar</i> <i>Willde Pereira Sobral</i>	
CONSIDERAÇÕES SOBRE A LEGITIMIDADE E NECESSIDADE DO USO DO MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATOS ADMINISTRATIVOS ILEGAIS EM PROCEDIMENTOS E PROCESSOS DISCIPLINARES DA POLÍCIA MILITAR DE SÃO PAULO.....	97
<i>João Fábio Tarelov</i>	

POLÍTICAS PÚBLICAS HABITACIONAIS E GESTÃO NO MUNICÍPIO DE JUIZ DE FORA: HABITAÇÃO DE INTERESSE SOCIAL.....	115
<i>Thais de Souza Corrêa Netto</i>	
O EFEITO "CARONA" NO SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇOS: LIMITES E POSSIBILIDADES.....	132
<i>Maisa Bernachi Baptista</i>	
RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA DOS TITULARES DAS SERVENTIAS EXTRA-JUDICIAIS.....	143
<i>Patrícia De Battisti Almeida</i>	
<i>Fábio Rodrigues Teixeira de Almeida</i>	
O PAPEL DAS AGÊNCIAS REGULADORAS PERANTE A ORDEM CONSTITUCIONAL ECONÔMICA.....	157
<i>Expedito Claudenilton Pereira Lima</i>	
<i>Fernando Delgado Stradiotto</i>	
<i>Filipe Piazzzi Mariano da Silva</i>	
CONTEXTUALIZANDO O PROCESSO DECISÓRIO NAS POLÍTICAS PÚBLICAS: O PLANO DE DESENVOLVIMENTO INSTITUCIONAL DA UDESC.....	173
<i>Rogério Pales Quaresma</i>	
ISENÇÃO DE ICMS SOBRE MINÉRIOS E DESENVOLVIMENTO DO ESTADO DO PARÁ.....	191
<i>Victor Gustavo Rocha Nylander</i>	
<i>Jorge Aurenio Ribeiro Junior</i>	
ARTIGOS - CRIMES.....	209
HOMEM DE PRETO, QUAL É A TUA MISSÃO?.....	211
<i>Jackeson dos Santos Lacerda</i>	
<i>Leonardo Novo Oliveira Andrade de Araújo</i>	
<i>Marcelo de Almeida Nogueira</i>	
FEMINICÍDIO: A MÁXIMA EXPRESSÃO DE VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER.....	223
<i>Tamiris Leszkiewicz de Carvalho Cruz</i>	
A RELEVÂNCIA DA TRAUMATOLOGIA NA ELUCIDAÇÃO DE CRIMES.....	234
<i>Jean Carlos Kuss</i>	

UMA ABORGAGEM A RESPEITO DA INTERVENÇÃO DO ESTADO NO CONTROLE DE DROGAS LÍCITAS E ILÍCITAS.....246

Artur Felipe de Matos Moulie Rodrigues

A UTILIZAÇÃO DA TEORIA DAS JANELAS QUEBRADAS PELO ESTADO E PELA POPULAÇÃO COMO UMA FERRAMENTA NO COMBATE À CRIMINALIDADE.....262

Anderson Milhomem Vasconcelos

UM CONVITE À REFLEXÃO: PERSPECTIVAS HUMANÍSTICAS SOBRE O ENCARCERADO.....278

Natasha Benevides Rodrigues

Flávio Mirza Maduro

Lorena Braga Raposo

A POSSIBILIDADE DA UTILIZAÇÃO DAS REDES SOCIAIS COMO MEIO DE PROVA NO PROCESSO PENAL.....294

Renata Almeida Vilan de Melo

ARTIGOS - DIREITO INTERNACIONAL E DA INTEGRAÇÃO E RELAÇÕES INTERNACIONAIS..... 313

DIREITOS HUMANOS, INTERCULTURALIDADE E RACIONALIDADE DA RESISTÊNCIA.....315

Adolfo Veiller Souza Henriques

O INTERCULTURALISMO REALIZADOR DOS POVOS DO SUL NA BUSCA PELA PRESERVAÇÃO DA PAN AMAZÔNICA.....331

Adriana Andrade Ruas

BRASIL E ANGOLA: UM ESTUDO SOBRE A UNAVEM III.....352

Israel Aparecido Gonçalves

ARTIGOS - INSTITUIÇÕES JURÍDICAS..... 365

DA TEORIA PSICOLÓGICA À PRÁTICA JURÍDICA: UMA VIVÊNCIA DA EXECUÇÃO PENAL.....367

Patricky Batista da Silva

O CNJ E A ESPECIALIZAÇÃO DA JUSTIÇA – UM INSTRUMENTO DE GARANTIA DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE PÚBLICA.....379

Alexandra Villela Boechat

O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS E O PRINCÍPIO DA CELERIDADE PROCESSUAL.....396

Claudionor Gonçalves Filho

Denison Melo de Aguiar

Adriana Almeida Lima

A DELEGAÇÃO DAS SERVENTIAS EXTRAJUDICIAIS: UM REGIME JURÍDICO SUI GENERIS.....413

Patrícia De Battisti Almeida

Fábio Rodrigues Teixeira de Almeida

INSTITUCIONALIZAÇÃO ESTATAL DO ENVELHECIMENTO HUMANO NA REPÚBLICA DA COSTA RICA: DESAFIOS ATUAIS E PERSPECTIVAS GERONTOSANITÁRIAS FUTURAS.....431

Roberth Steven Gutiérrez Murillo

RESUMOS.....447

GESTÃO POR PROCESSOS: CIÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO, DIREITO ADMINISTRATIVO E A UTILIDADE DO MODELO448

Bernardo de Farias Martins

POLÍTICAS PÚBLICAS NO ENFRENTAMENTO AO TRÁFICO DE DROGAS ILÍCITAS.....451

Carlos Alberto Ferreira dos Santos

Ronaldo Alves Marinho da Silva

DECISÕES ESTRUTURAIS E SUA RELAÇÃO COM O CONFLITO.....456

Pedro Ivo Valentim da Silva

Ana Karla de Sousa Severo

CONSELHO CIENTÍFICO DO CAED-JUS

Adriano Rosa	Universidade Santa Úrsula, Brasil
Alexandre Bahia	Universidade Federal de Ouro Preto, Brasil
Alfredo Freitas	Ambra College, Estados Unidos
Antonio Santoro	Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil
Bruno Zanotti	PCES, Brasil
Claudia Nunes	Universidade Veiga de Almeida, Brasil
Daniel Giotti de Paula	PFN, Brasil
Denise Salles	Universidade Católica de Petrópolis, Brasil
Edgar Contreras	Universidad Jorge Tadeo Lozano, Colômbia
Eduardo Val	Universidade Federal Fluminense, Brasil
Felipe Asensi	Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Brasil
Fernando Bentes	Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Brasil
GlauCIA Ribeiro	Universidade do Estado do Amazonas, Brasil
Gunter Frankenberg	Johann Wolfgang Goethe-Universität - Frankfurt am Main, Alemanha
João Mendes	Universidade de Coimbra, Portugal
Jose Buzanello	Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, Brasil
Klever Filpo	Universidade Católica de Petrópolis, Brasil
Luciana Souza	Faculdade Milton Campos, Brasil
Marcello Mello	Universidade Federal Fluminense, Brasil
Nikolas Rose	King's College London, Reino Unido
Oton Vasconcelos	Universidade de Pernambuco, Brasil

Paula Arévalo Mutiz	Fundación Universitária Los Libertadores, Colômbia
Pedro Ivo Sousa	Universidade Federal do Espírito Santo, Brasil
Santiago Polop	Universidad Nacional de Río Cuarto, Argentina
Siddharta Legale	Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil
Saul Tourinho Leal	Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasil
Sergio Salles	Universidade Católica de Petrópolis, Brasil
Susanna Pozzolo	Università degli Studi di Brescia, Itália
Thiago Pereira	Centro Universitário Lassale, Brasil
Tiago Gagliano	Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Brasil

SOBRE O CAED-Jus

O **Conselho Internacional de Altos Estudos em Direito (CAED-Jus)** é iniciativa consolidada e reconhecida de uma rede de acadêmicos para o desenvolvimento de pesquisas jurídicas e reflexões interdisciplinares de alta qualidade.

O **CAED-Jus** desenvolve-se via internet, sendo a tecnologia parte importante para o sucesso das discussões e para a interação entre os participantes através de diversos recursos multimídia. O evento é um dos principais congressos acadêmicos do mundo e conta com os seguintes diferenciais:

- Abertura a uma visão multidisciplinar e multiprofissional sobre o direito, sendo bem-vindos os trabalhos de acadêmicos de diversas formações;
- Democratização da divulgação e produção científica;
- Publicação dos artigos em livro impresso no Brasil (com ISBN), com envio da versão ebook aos participantes;
- Galeria com os selecionados do Prêmio CAED-Jus de cada edição;
- Interação efetiva entre os participantes através de ferramentas via internet;
- Exposição permanente do trabalho e do vídeo do autor no site para os participantes;
- Coordenadores de GTs são organizadores dos livros publicados.

O Conselho Científico do **CAED-Jus** é composto por acadêmicos de alta qualidade no campo do direito em nível nacional e internacional, tendo membros do Brasil, Estados Unidos, Colômbia, Argentina, Portugal, Reino Unido, Itália e Alemanha.

Em 2019, o **CAED-Jus** organizou o **Congresso Interdisciplinar de Políticas Públicas (ConiPUB 2019)**, que ocorreu entre os dias 30 e 31 de outubro de 2019 e contou com 39 áreas temáticas, 05 Grupos de Trabalho e mais de 200 artigos e resumos expandidos de 27 universidades e 14 programas de pós-graduação *stricto sensu*. A seleção dos artigos apresentados ocorreu através do processo de *peer review* com *double blind*, o que resultou na publicação dos 05 livros do evento: Estado e Políticas Públicas, Interdisciplinaridade das Políticas Públicas, Políticas Públicas e suas Especificidades, Sociedade e Reivindicação de Direitos e Teoria e Empíria das Políticas Públicas.

Esta publicação é financiada por recursos da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio de Janeiro (FAPERJ), do Conselho Internacional de Altos Estudos em Direito (CAED-Jus), do Conselho Internacional de Altos Estudos em Educação (CAEDuca) e da Editora Pembroke Collins e cumpre os diversos critérios de avaliação de livros com excelência acadêmica nacionais e internacionais.

ARTIGOS - ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O CREDENCIAMENTO DE PROFISSIONAIS DA SAÚDE COMO HIPÓTESE DE INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO: UMA ALTERNATIVA À PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS SUPLEMENTARES À SAÚDE PÚBLICA SECUNDÁRIA

Mayra Christian Sabino

1. INTRODUÇÃO

Do ponto de vista histórico, as licitações públicas tem surgimento no Brasil em meados do século XIX, com a publicação do Decreto nº 2.926/1862 que inaugurou a possibilidade de concorrência e propostas para casos de alienação de bens públicos. Apesar das várias tentativas de regularizar o processo licitatório, somente anos mais tarde, com a promulgação da Constituição de 1988, art. 37, inciso XXI, consolidou-se pela primeira vez em uma carta magna brasileira, disposições gerais sobre licitações e contratos administrativos, atribuindo à União a função de legislar sobre normas gerais que deveriam ser seguidas pelos entes da federação.

É importante destacar que o contexto em questão também inaugurou um modelo federativo e descentralizado, considerando as figuras da União, Estados e Municípios para resolução de vários aspectos comuns de maneira interdependente sem que com isso, ferisse o modelo governamental em voga. Assim como muitas temáticas abordadas pela Consti-

tuição, coube a União produzir uma lei que tratasse especificamente dos procedimentos licitatórios a serem seguidos pela administração pública, subordinando também ao regime da Lei, “além dos órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios”, conforme aduz o parágrafo único do Art. 1º da Lei 8666/93.

Em virtude dessa obrigatoriedade de licitar cominada à administração pública, é a Lei 8.666/93 que rege todo o processo de contratação de serviços, aquisição de bens, obras e alienações da administração pública. Isso significa que, a regra determinada pela Constituição Federal e pela 8.666/93 é que, para realização de qualquer um desses atos, a administração deverá realizar procedimento licitatório sob pena de nulidade de suas ações. Os preceitos, princípios e normatizações da lei são elencados para garantir que os processos sejam mais eficientes, tenham mais publicidade e transparência, isonomia e possuam segurança jurídica. Esses e outros princípios abordados por MAZZA (2018, 537) são de observância imprescindíveis nos processos licitatórios para obter a melhor proposta. As exceções à essa regra, estão previstas na lei e se aplicam, pautados nos arts. 17, 24 e 25, aos casos em que são dispensadas, dispensáveis ou inexigíveis as licitações por se enquadrarem em previsões, taxativas ou não.

É mister salientar, que embora exista novo projeto de lei¹ em tramitação no Congresso Nacional, e das várias alterações que foram cominadas às aquisições públicas ao longo do tempo, a Lei nº. 8.666/93 é ainda o principal referencial no que tange aos procedimentos licitatórios e, por isso, procuramos nos valer do art. 25, que aborda a inexigibilidade de licitação, para embasar nossa análise acerca do credenciamento médico. Sob a ótica da norma, a inexigibilidade – inviabilidade de competição que frustraria o processo licitatório – é aplicada aos casos em que é impossível a concorrência:

1 O Projeto em questão é o Projeto de Lei nº 1292/95 que, tem como objetivo regulamentar as licitações para a administração pública, promovendo a junção das principais normas utilizadas para contratações e aquisições públicas, entre elas as modalidades previstas na Lei nº8.666/93 e a Lei nº10.520/2002, que instituiu o pregão. Uma novidade da lei em relação à antiga norma é a previsão legal do credenciamento enquanto inexigibilidade, o que fundamenta nosso objeto sobre a legitimidade do credenciamento para contratações que visem ampliar o escopo e prestação de serviços.

Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:

I - para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes;

II - para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação;

III - para contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.

Percebemos que as hipóteses de inexigibilidade são apresentadas pelo legislador de forma exemplificativa, de modo que não se exaurem nos incisos do art. 25 as possibilidades em que pode ser aplicada a inexigibilidade. O critério geral a ser observado é se o caso em concreto gera inviabilidade de competição.

Tendo em vista esse cenário, o credenciamento enquanto hipótese de inexigibilidade vem sendo utilizado cada vez mais pela administração pública. Em linhas gerais, o credenciamento consiste em metodologia em que a administração elabora e publica edital convocando todos os interessados no fornecimento do objeto ou prestação do serviço para que, atendendo os requisitos básicos habilitatórios, possam executá-lo. JOICE SILVA (2016) elenca ainda que, no caso do emprego de credenciamento como hipótese de inexigibilidade, é de suma importância que sejam ponderados os ditames das fases interna e externa incutidas aos processos licitatórios comuns.

Dito isso, o objetivo do presente estudo consiste na análise do Art. 25 da Lei de Licitações, considerando o credenciamento médico como uma hipótese de inviabilidade de competição e ampliação de escopo de partici-

pação dos interessados. Mais especificamente, o objetivo centra-se apreciação do que diz a doutrina e a jurisprudência sobre essa hipótese especial de inexigibilidade que vem sendo utilizada cada vez mais pelos setores públicos voltados à complementação do atendimento de serviços em saúde.

Considerando o Consórcio Intermunicipal de Saúde da Microrregião de Viçosa – CISMIV como estudo da aplicabilidade do objeto, procurou-se verificar o emprego do credenciamento médico sob a ótica de uma organização intergovernamental com o fim de realizar a contratação de prestadores de serviços particulares para atender a demanda de serviços complementares privados de assistência à saúde no âmbito do SUS. Por fim, concluiu-se que tal hipótese vem sendo uma alternativa utilizada para angariar mais procedimentos especializados para as regiões dos grandes centros, fomentando a participação de clínicas locais e mesmo profissionais médicos de outros municípios, o que, antemão demonstra diversificação na demanda e economicidade para os municípios, pelo menos os consorciados, que ao invés de investirem em processos seletivos e concursos, agendam e encaminham os pacientes diretamente às clínicas ou as sedes dos consórcios.

Em consonância com os preceitos do Art. 25 da Lei de Licitações, sabemos que a licitação é inexigível quando é inviável a concorrência em determinadas hipóteses. À sombra de tais hipóteses, que não são taxativas, é que por muito tempo se configurou o entendimento de que o credenciamento somente seria aplicável aos casos que envolvessem, em regra, fornecedor exclusivo ou objeto singular.

Conforme afirma MAZZA (2018), o objeto só poderia ser prestado por um fornecedor que se enquadrasse em questões técnicas diferenciadas e notória especialização. Data vênia, como o entendimento do texto do art. 25 é da inviabilidade de competição, o credenciamento médico vem sendo elencado como uma hipótese, uma vez que os órgãos trabalham com tabelas pré-fixadas e também pela possibilidade de que qualquer pessoa que preenchesse os requisitos legais possa ser habilitada. A fixação de um preço único visando ampliar o escopo assistencial em função do interesse público reflete a inviabilidade da competição e, embora a lei seja omissa no que diz respeito ao credenciamento, alguns doutrinadores como Jorge Ullyses Jacoby Fernandes (2007, 617) defendem sua aplicabilidade enquanto hipótese de inexigibilidade. Nos dizeres do autor:

Se a administração convoca todos os profissionais de determinado setor, dispondo-se a contratar todos que tiverem interesse e que satisfaçam os requisitos estabelecidos, ela própria fixando o valor que se dispõe a pagar, os possíveis licitantes não competirão, no sentido estrito da palavra, inviabilizando a competição, uma vez que a todos foi assegurada a contratação.

Na ausência de legislação que defina os parâmetros do credenciamento, os entes públicos se apoiam, principalmente em pareceres jurídicos, doutrinas e entendimentos jurisprudenciais. Num primeiro momento, essa conjuntura pode parecer temerosa, visto que os órgãos públicos tendem a agir arbitrariamente na ausência de regulamentação única, contudo, os princípios da licitação, bem como as observâncias dos procedimentos licitatórios comuns constituídos de fase interna e externa devem ser sempre adotados.

Nesse cenário se enquadrariam todas as possibilidades de credenciamento utilizadas pela administração, sendo os mais comuns o credenciamento de leiloeiros para alienação de bens públicos e o credenciamento médico, voltados a área da saúde secundária.

Por ser uma medida que se difundiu entre diversas esferas da administração pública, vários municípios consolidaram decretos e normativas que regulamentassem o credenciamento como hipótese de inexigibilidade, o que atraiu a atenção de tribunais superiores. Exemplo disso, é a decisão proferida pelo Tribunal de Contas da União – TCU, por meio do informativo 227/2014, que define que o credenciamento decorre da ausência de interesse da administração em restringir a competição para prestação de determinados serviços. A segunda página do informativo é esclarecedora quanto a isso:

O credenciamento é hipótese de inviabilidade de competição não expressamente mencionada no art. 25 da Lei 8.666/1993 (cujos incisos são meramente exemplificativos). Adota-se o credenciamento quando a administração tem por objetivo dispor da maior rede possível de prestadores de serviços”. Nessa situação, afirmou que “a inviabilidade de competição não decorre da ausência de possibilidade de competição, mas sim da ausência de interesse da administração de restringir o número de contratados”.

Além disso, outros tribunais regionais compactuam desse entendimento, como o Ministério Público de Minas Gerais – MPMG, que discute a aplicabilidade do credenciamento como hipótese de inexigibilidade de licitação desde, pelo menos 2003, como mostra os fragmentos da Consulta n.º. 811.980 de Antônio Carlos Andrada, relator do Tribunal de Contas do Estado – TCE/MG (2016), a seguir:

Ante o previsto no caput do art. 25 da Lei n. 8.666/93, de 21/06/93, e por exigir um grau de subjetividade bastante razoável, com referência à fixação dos critérios para julgamento da licitação, caso viesse a ser implementada pelos motivos aventados, propomos, por tudo isso, o credenciamento, com inexigibilidade de processo licitatório, uma vez que a norma legal dá ensejo ao abrigo de tal propositura, dada a impossibilidade prática de estabelecer-se o confronto entre licitantes, no mesmo nível de igualdade (Processo n. TC — 008.797/93-5, sessão: 09/12/2003. TCU).

Com efeito, o fundamento legal para o credenciamento é a inexigibilidade de licitação, com fulcro no art. 25, caput, da Lei n. 8.666/93, pelo qual caberá à Administração justificar a inviabilidade de competição, nos termos do art. 26, parágrafo único, da citada Lei de Licitações, devendo, ainda, observar os aspectos necessários e pertinentes para a implantação deste sistema, de modo a preservar a lisura e transparência do procedimento (excerto do voto aprovado proferido pelo Revisor Conselheiro Simão Pedro no Recurso de Revisão n. 687.621, Relator Conselheiro Substituto Gilberto Diniz, sessão Pleno: 06/06/2007. TCEMG).

Dito isso, cabe discorrer sobre nosso objeto, o credenciamento médico. Como o texto constitucional define no inciso II do art. 37 a necessidade de realização de concursos e processos seletivos para contratação de pessoal para compor o quadro de pessoal da administração pública para cargos e empregos públicos, grande parte dos municípios utiliza essa premissa para contratação de serviços de profissionais para a área da saúde, ou ainda, em alguns casos, tem-se realizado pregão – modalidade de licitação regulamentada pela lei 10.520/2002 – para contratação de determinados serviços, o que, apesar da justificativa da melhor proposta, em nosso entendimento restringe a competição.

Um dos trabalhos que iniciam a discussão sobre a possibilidade de aplicação do credenciamento na área da saúde no âmbito federal é o de QUIRINO et al (2017). Os autores trabalham sob a perspectiva de uma demanda do Supremo Tribunal Federal – STF em credenciar prestadores de serviços para oferecer assistência aos servidores. Apesar de trabalharem sob a ótica do direito dos servidores em ter uma assistência médica prevista na Lei 8.112/90, o artigo apresenta pontos elucidativos para nossa análise. Conforme demonstram (QUIRINO, 2017, 14), o entendimento de ministros do TCU, no ano de 1998, já era positivo em relação ao credenciamento de forma suplementar à saúde:

Essa é a forma mais racional de assegurar um sistema de saúde adequado às normas legais vigentes e que ao mesmo tempo contempla o espírito de universalidade insculpido no citado art. 230 da Lei nº 8.112/90. Pelo sistema de credenciamento, os profissionais e instituições médico-hospitalares firmam contratos com as entidades da administração pública e são indenizados pelos serviços efetivamente prestados.

É importante destacar que, o emprego do credenciamento médico vincula o profissional da saúde à administração pública como prestador de serviços, o que afasta indícios de vínculo empregatício, mas não o isenta de responsabilidades a serem cumpridas na execução do objeto. No ponto de vista do MPMG, representado pelo Centro de Apoio Operacional da Saúde – CAOSAÚDE, no Parecer Técnico nº009/2018,

Desta forma, nos casos de contratação de profissionais de saúde pela figura do credenciamento, preenchidos os critérios recomendados pelo TCU e do TCEMG, esses assumem a característica, repito, de prestadores de serviços e não de servidor, situação jurídica muito mais aquém daquela decidida pelo STF, na supracitada ADIN, onde se 12 permite a transferência de gerenciamento dos serviços por entidade privada, qualificada como organização social, por meio de contrato de gestão. Essa flexibilidade administrativa se mostra mais pujante e proporcional quando confrontada com a necessidade dessa contratação de recursos humanos especializados para atendimento de programas de saúde, no âmbito estadual ou municipal, definidos por portaria ou resolução e não por lei em sentido estrito.

O credenciamento médico se apresenta como alternativa complementar aos concursos e processos seletivos, tendo em consideração que, são fixadas exigências documentais para habilitação e credenciamento dos profissionais da saúde, seguindo os preceitos legais e, ainda, é fixada uma tabela previamente definida em assembleia ou reunião dos responsáveis pelo órgão com a definição dos valores. Conforme se verifica no CIS-MIV, a tabela é definida por um conselho de secretários de saúde dos entes consorciados, baseados em pesquisa de mercado e nos valores definidos pela tabela SUS, buscando um valor mais real e econômico para a administração. Apesar disso, é dever da administração assegurar o princípio da igualdade a todos os interessados, de forma que não saiam prejudicados com possíveis predileções.

Em relação ao repasse de recursos, cabe destacar que a estimativa de tabelas de valores pela administração pública é necessária pois a tabela SUS sofre uma defasagem de atualização de 17 anos. Na prática, todos os procedimentos com valores que excederem os valores da tabela SUS serão complementados com os repasses próprios dos entes públicos. No caso de consórcios públicos, esses repasses são feitos mediante contratos de rateio, definido pela Lei 11.107/05 da seguinte maneira:

Art. 8º. Os entes consorciados somente entregarão recursos ao consórcio público mediante contrato de rateio.

§ 1º. O contrato de rateio será formalizado em cada exercício financeiro e seu prazo de vigência não será superior ao das dotações que o suportam, com exceção dos contratos que tenham por objeto exclusivamente projetos consistentes em programas e ações contemplados em plano plurianual ou a gestão associada de serviços públicos custeados por tarifas ou outros preços públicos.

Outro importante ponto a ser destacado é a forma de contratação desses prestadores de serviços complementares. A Lei de Licitações aborda os contratos administrativos no capítulo III, sendo considerado contrato administrativo “todo e qualquer ajuste celebrado entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, por meio do qual se estabelece acordo de vontades, para formação de vínculo e estipulação de obrigações recíprocas” (DA UNIÃO, 2010). Dito isso, a formalização

dos contratos resultantes de inexigibilidade poderá ser realizada mediante o contrato administrativo ou nota de empenho, caso o valor comporte. Nos termos do art. 62 da Lei 8666/93:

Art. 62. O instrumento de contrato é obrigatório nos casos de concorrência e de tomada de preços, bem como nas dispensas e inexigibilidades cujos preços estejam compreendidos nos limites destas duas modalidades de licitação, e facultativo nos demais em que a Administração puder substituí-lo por outros instrumentos hábeis, tais como carta-contrato, nota de empenho de despesa, autorização de compra ou ordem de execução de serviço.

Percebe-se que o instrumento para formalização da inexigibilidade poderá ser por meio de contrato ou nota de empenho. No Consórcio Intermunicipal de Saúde da Microrregião de Viçosa – CISMIV, a previsão contratual expressa nos editais de credenciamento médico disponibilizados pelo setor jurídico, está prevista da seguinte forma: “o instrumento contratual, nos termos dos §§2º e 4º do art. 62 da Lei 8666/93, será substituído pela nota estimativa de despesa, prevista no §2º do art. 60 da Lei 4320/64”. A administração pública optou, nesse caso, a contratar mediante “Termo de Credenciamento”, que busca pautar as diretrizes a serem seguidas pelo prestador de serviços e administração, desde que observados os critérios da contabilidade pública e disposto na lei de licitações.

Em relação a definição dos termos da relação de contratação de profissionais de saúde mediante credenciamento de forma a complementar ao serviço de saúde, a Portaria nº2.567/2016 do Ministério da Saúde se propõe a regular “sobre a participação complementar da iniciativa privada na execução de ações e serviços de saúde e o credenciamento de prestadores de serviços de saúde no Sistema Único de Saúde (SUS)”. Nos termos da portaria:

Art. 6º O credenciamento das entidades privadas prestadoras de serviços de saúde obedecerá às seguintes etapas:

I - chamamento público, com a publicação de edital e respectivo regulamento;

II - inscrição;

III - cadastro (Certificado de Registro Cadastral - CRC) das entidades interessadas;

IV - habilitação;

V - assinatura do termo contratual; e

VI - publicação do extrato do contrato no Diário Oficial do ente contratante ou jornal local de grande circulação.

Art. 7º Os requisitos para o credenciamento devem estar previstos no respectivo regulamento, garantindo-se isonomia entre os interessados dispostos a contratar pelos valores definidos pelo SUS, constantes, obrigatoriamente, no edital.

Art. 8º O registro de dados cadastrais para credenciamento estará permanentemente aberto a futuros interessados, estabelecidos limites temporais para as contratações.

Art. 9º O edital e o respectivo regulamento do chamamento público deverão ser disponibilizados no Diário Oficial correspondente, em jornais de grande circulação e por meios eletrônicos, contendo o prazo de inscrição.

Art. 10. O ente contratante deverá acompanhar todo o processo de credenciamento, podendo designar comissão especial para este fim.

É mister salientar que, assim como as outras modalidades de licitação o credenciamento é precedido de fase interna e externa, com todos os passos que incluem desde a elaboração da requisição com o projeto básico até ratificação pela homologação e publicação dos atos pela autoridade competente, o que lega segurança jurídica ao processo. Assim, uma vez que o processo de credenciamento não possui apresentação de propostas, pois essa já é de antemão definida em tabela de valores, cabe a administração apenas julgar quanto aos requisitos de habilitação que, no caso do credenciamento médico envolvem habilitação fiscal, trabalhista e técnica. Uma vez credenciados, os profissionais ficam à disposição dos entes consorciados que realizam os agendamentos dos procedimentos a serem realizados na sede do CISMIV ou no próprio consultório do profissional credenciado.

Apesar da aplicação em várias localidades e, pelo entendimento da legalidade, como o CISMIV que utiliza a hipótese desde 2015 (antes dis-

so o credenciamento era formalizado mediante dispensa de licitação) o fato de o credenciamento não constar expresso na Lei 8.666/93, fez com que muitos procuradores dos entes públicos hesitassem em sua aplicação. Uma das questões levantadas é se o tipo de contratação realizada pelo credenciamento se enquadraria enquanto terceirização de serviço, o que levou a várias consultas no CAOSAÚDE - Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Defesa da Saúde em consonância com o MPMG constituir o Parecer Técnico 009/2018 como norma técnica.

O Parecer Técnico 009/2018 do CAOSAÚDE é de suma importância, tendo em vista ser uma diretriz direta autorizando a utilização do credenciamento médico como hipótese de inexigibilidade de licitação. De acordo com a redação do documento,

em função da relevância pública e de suas especificidades, visando a manutenção e eficiência dos serviços, é usual a Administração contratar serviços médico-hospitalares, por meio do credenciamento de clínicas, profissionais ou laboratórios que preencham determinados requisitos, a serem remunerados por procedimentos, segundo tabela preestabelecida.

Assim, fica compreendida a legalidade e fundamentação técnica dessa hipótese, considerando que o princípio da impessoalidade e economicidade serão observados no trâmite do processo. Visto o interesse público em ofertar uma demanda mais abrangente e, com valores pautados no SUS ou estabelecidos pelos entes públicos, é imprescindível que sejam cooptados o maior número de interessados possível.

A respeito da possibilidade de transferência das atividades na área da saúde por entes públicos ao setor privado, o CAOSAÚDE de apoio ao Ministério Público de Goiás - MPGO havia se manifestado em 2017, por meio do Estudo Técnico nº 02/17, página 03, sobre sua constitucionalidade, na tentativa de afastar questionamentos.

Outrossim, a terceirização da saúde tem previsão também no artigo 197, da Constituição que dispõe que as ações e serviços de saúde podem ser feitas tanto diretamente pelo Poder Público, como mediante a contratação de terceiros, inclusive por pessoa física ou jurídica de direito privado. Acreditamos, portanto, ser clara e transparente a legislação no tocante

a contratação de empresas para auxiliar o acesso a saúde nos Estados e Municípios.

É mister ressaltar ainda que o credenciamento deverá priorizar os preceitos legais e normas técnicas que regem as contratações e prestações de serviços em saúde. Em análise às questões técnicas, é de extrema importância a observância aos princípios da licitação nessas parcerias que, via de regra, envolvem público e privado. Isso em vista, cabe destacar o que se coloca no Acórdão do TCU nº.352/2015:

9.1.1. a contratação de entidades para disponibilização de profissionais de saúde deve ser precedida de estudos que demonstrem as suas vantagens em relação à contratação direta pelo ente público, com inclusão de planilha detalhada com a estimativa de custos a serem incorridos na execução dos ajustes, além de consulta ao respectivo Conselho de Saúde;

9.1.2. o credenciamento pode ser utilizado para a contratação de profissionais de saúde para atuarem tanto em unidades públicas de saúde quanto em seus próprios consultórios e clínicas, sendo o instrumento adequado a ser usado quando se verifica a inviabilidade de competição para preenchimento das vagas, bem como quando a demanda pelos serviços é superior à oferta e é possível a contratação de todos os interessados, sendo necessário o desenvolvimento de metodologia para a distribuição dos serviços entre os interessados de forma objetiva e impessoal;

9.1.3. devem ser realizados estudos que indiquem qual sistema de remuneração dos serviços prestados é mais adequado para o caso específico do objeto do ajuste a ser celebrado, levando em consideração que a escolha da forma de pagamento por tempo, por procedimentos, por caso, por capitação ou a combinação de diferentes métodos de remuneração possui impacto direto no volume e na qualidade dos serviços prestados à população;

9.1.4. os processos de pagamento das entidades contratadas devem estar suportados por documentos que comprovem que os serviços foram efetivamente prestados – demonstrando o controle da frequência dos profissionais, os procedimentos realizados, os pacien-

tes atendidos – e que garantam que os impostos, taxas e encargos trabalhistas aplicáveis ao caso foram devidamente recolhidos;

9.1.5. não há amparo legal na contratação de mão de obra por entidade interposta mediante a celebração de termos de compromisso com Oscip ou de instrumentos congêneres, tais como convênios, termos de cooperação ou termos de fomento, firmados com entidades sem fins lucrativos.

A exemplo do CISMIV, quanto a habilitação técnica, os documentos exigidos referem-se a comprovações de inscrição nos conselhos médicos e de especialidades, bem como cadastro da empresa no Cadastro Nacional de Estabelecimentos em Saúde – CNES (exigência imposta pela Portaria nº. 1646/2015) e alvarás sanitário e de funcionamento. A verificação de adequação aos parâmetros técnicos é imprescindível, tendo em vista que os serviços complementares exercidos no âmbito da saúde alcançam a população, de modo geral.

Uma divergência entre os estudiosos e aplicadores do credenciamento é a respeito do valor dos procedimentos ser fixada pelos entes mesmo existindo uma tabela SUS. A respeito disso, cabe destacar que a tabela SUS sofre uma defasagem em termo de atualização de valores de 17 anos. Em decorrência disso é que os entes tendem a fixar tabela própria baseada na tabela e em pesquisa de mercado local e regional para balancear a relação. O parecer técnico nº.009/2018 suporta essa concepção, pautado em relatorias de outros tribunais.

No tocante ao possível superfaturamento, com pagamentos de consultas médicas com preços acima da tabela de referência do SUS, cabe esclarecer que, em princípio, a remuneração dos serviços prestados por particulares, visando à complementação dos serviços prestados, deverão atender aos parâmetros fixados pelo SUS. Entretanto, conforme entendimento do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, na Consulta nº 811.980, Relator Conselheiro Antônio Carlos Andrada, não se vislumbra qualquer óbice para que o município estabeleça preços acima dos mínimos, em razão de características locais e visando atrair um número maior de profissionais. Contudo, a fixação da remuneração deverá observar os princípios de razoabilidade e proporcionalidade, levando-se em conta as circunstâncias locais e as disponibilidades financeiras.

Podemos assim considerar que em todo o andamento processual os princípios licitatórios deverão ser observados a fim de resguardar o erário, publicitar os atos da administração, ampliar o escopo e firmar parcerias com fundamentações técnicas e legais.

2.CONCLUSÃO

Percebeu-se que, apesar de ser uma prática legal não expressa na lei, o credenciamento médico como hipótese de inexigibilidade vinha sendo utilizado pela administração pública com inúmeras ressalvas e receios, contudo, acredita-se que, com os entendimentos dos tribunais e fundamentação da doutrina, essa hipótese será mais consolidada e creditada pelos entes públicos, podendo ter suas potencialidades empregadas. Outro fator positivo a esse respeito é a previsão legal do credenciamento no Projeto de Lei nº.1292/95 que, se mantida, poderá afastar as temeridades na utilização do credenciamento.

Ao observarmos a aplicação prática no Consórcio Intermunicipal de Saúde da Microrregião de Viçosa – CISMIV, percebe-se como os preceitos legais fixados pela jurisprudência, principalmente, são necessários. É claro ainda que, na ausência de legislação específica que regulamente o tema em questão, em algumas ocasiões como no processo de formalização dos contratos, a administração fica aberta à discricionariedade limitada por outras normas legais. O número considerável de consultas e pareceres de tribunais regionais e superiores demonstram como o assunto não é novo na seara dos processos públicos, mas ainda assim é revestido por questionamentos e incertezas jurídicas.

Na prática, isso demonstra a necessidade de uma regulamentação legal que, por vezes, é aplicada com receio pelos municípios e outros entes que tem a função de versar sobre os processos licitatórios desde que respeitados os limites legais mais amplos. Como existe um projeto de nova lei tramitando nas esferas legislativas superiores, talvez seja interessante a consideração ou previsão de tal hipótese a fim de as potencialidades do credenciamento médico possam ser aplicadas com maior segurança jurídica.

Destaca-se, entretanto, que nosso entendimento não é contrário aos métodos geralmente empreendidos pelos órgãos públicos (processos seletivos e concursos), ao contrário, acredita-se que os credenciamentos

médicos são instrumentos complementares à ausência de profissionais especializados que geralmente ficam de fora desses métodos seletivos, por dificuldade de contratação e também pelo vínculo empregatício de servidor com a administração, que acaba gerando encargos, dentre outros fatores. Ao ampliar o escopo de profissionais e consultas especializadas, automaticamente é dado mais assistência à população em relação a procedimentos antes inacessíveis sem que enfrentassem longas filas de esperas ou deslocamentos do município de origem, gerando para administração mais custos, agora referente ao transporte.

Face ao exposto, entende-se que o credenciamento médico tem aparato legal para sua aplicação no âmbito da administração pública, em especial nos consórcios de saúde, sendo que, nestes últimos, as potencialidades de economia se apresentam de forma mais clara, pois quanto maior o número de entes consorciados, mais se pode ratear os custos e investir nos procedimentos de atenção à saúde suplementar. Tal situação, conforme o parecer técnico nº 009/2018 do CAOSAÚDE afirma, não exclui a possibilidade de que os próprios municípios realizem credenciamento médico, sendo a exigência a ser observada, é que se fundamente com base no Art. 25, caput, da Lei 8.666/93.

3.REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Diário Oficial República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em 20 de abri. de 2019.

BRASIL. Lei nº 8.666/1993, 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. Brasília, DF, 22 jun. 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666compilado.htm>. Acesso em 20 abr. 2019.

BRASIL, Lei. Nº. 11.107/2005, de 06 de abril de 2005. Dispõe sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos e dá outras providências. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11107.htm>. Acesso em 05 jun. 2019.

BRASIL, Tribunal de Contas da União. Informativo de Licitações e Contratos. Informativo nº227/2014. Disponível em: < <https://portal.tcu.gov.br/jurisprudencia/boletins-e-informativos/informativo-de-licitacoes-e-contratos.htm>>. Acesso em 12/06/2019.

Brasil. Tribunal de Contas da União. Licitações e contratos : orientações e jurisprudência do TCU / Tribunal de Contas da União. – 4. ed. rev., atual. e ampl. – Brasília: TCU, Secretaria-Geral da Presidência: Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2010.

CENTRO DE APOIO OPERACIONAL SAÚDE – CAOSAÚDE/MPGO. Estudo Técnico nº 02/17 - CAOSAÚDE: Credenciamento de Cooperativas na Saúde. Disponível em: <http://www.mpggo.mp.br/portal/arquivos/2018/01/26/08_33_48_497_NT_02_17_credenciamento.pdf>. Acesso em 07 jun. 2019.

CENTRO DE APOIO OPERACIONAL SAÚDE – CAOSAÚDE/MPGO. Parecer Técnico nº009/2018. Disponível em:<<https://www.mpmg.mp.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A-91CFAA61795DAA01617C07AAF376CD>>. Acesso em 22 mar. 2019.

CISMIV. Editais de Licitação. Disponível em:< <http://cismiv.mg.gov.br/licitacao/>>. Acesso em 22 mar. 2019.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Contratação Direta sem Licitação. 6 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 617

QUIRINO, Déborah Évelin Silva. Credenciamento como hipótese de inexigibilidade de licitação: assistência à saúde dos servidores do Supremo Tribunal Federal. 2017. Disponível em: < <https://sistemas.stf.jus.br/xmlui/handle/123456789/1171>>. Acesso em: 14 abr. 2019.

MAZZA, Alexandre. Manual de direito administrativo. Editora Saraiva, 2018.

SILVA, Joice Valença. Licitação pública: o credenciamento como um sistema. 2016. Disponível em: <<http://repositorio.asc.es.edu.br/handle/123456789/660>>. Acesso em: 05 jun. 2019

A INOVAÇÃO DO § 3, DO ART. 27 DA LEI 13.303/2016: COMO INTERPRETAR E APLICAR?

Morgana Bellazzi de Oliveira Carvalho

INTRODUÇÃO

O presente trabalho concentra-se em elucidar possível dúvida acerca de como aplicar a norma contida no §3º do art. 27 da Lei Federal nº 13.303/2016 de forma a garantir a *ratio legis*, bem como realizar concretamente os princípios da razoabilidade, da segurança jurídica e da eficiência.

O método utilizado para desenvolvimento do artigo é dedutivo, definido por Karl Popper (1934), a partir das críticas ao método indutivo. A pesquisa é qualitativa, objetiva explicar e compreender determinado fenômeno, preocupando-se com a realidade e, não, com aspectos quantitativos. Quanto à natureza, não pode ser classificada esta pesquisa como básica, pois não gera conhecimentos novos, mas pode ser classificada como aplicada, pois visa gerar conhecimentos para aplicação prática, dirigidos à solução de um problema específico. Em relação aos objetivos, é possível classificar esta pesquisa como exploratória, pois pretende explicitar o problema e construir hipóteses. Por fim, em relação aos procedimentos pode-se dizer que se trata de uma pesquisa bibliográfica, feita por meio do levantamento de referências bibliográficas de material já elaborado cientificamente.

A abordagem é ancorada na doutrina, especialmente de hermenêutica jurídica (teoria científica da arte de interpretar, aplicar e integrar o Di-

reito), mas, também, está construída sob uma perspectiva prática, em que se defende o alcance da boa governança pública, a partir da uniformização de entendimento sobre a aplicação de determinada norma.

O tema convênios ocupa área sensível na aplicação dos recursos públicos, razão pela qual os controles incidentes sobre ela devem ser objeto de constante reflexão e aperfeiçoamento em nome, inclusive, da efetivação e da eficiência de políticas públicas.

Desta forma, os objetivos do estudo são valorizar a inovação inaugurada por meio do §3º do art. 27 da Lei nº13.303/2016, em relação aos convênios e contratos de patrocínio firmados pelas empresas estatais.

Na primeira seção, discorre-se sobre a inovação contida §3º do art. 27 da Lei Federal nº13.303/2016; na segunda seção, apresentam-se breves notas acerca da interpretação das normas jurídicas; na terceira, demonstra-se a interpretação e aplicação do §3º do art. 27 da Lei Federal nº13.303/2016 que se entende adequada. Finalizada a fundamentação teórica, são expostas as conclusões.

1 A INOVAÇÃO DO ART. 27 DA LEI 13.303/2016 E DO § 3º

O Capítulo III da Lei nº 13.303/2016 trata da função social da empresa pública e da sociedade de economia mista, dispondo que:

Art. 27. A empresa pública e a sociedade de economia mista terão a função social de realização do interesse coletivo ou de atendimento a imperativo da segurança nacional expressa no instrumento de autorização legal para a sua criação.

§ 1º A realização do interesse coletivo de que trata este artigo deverá ser orientada para o alcance do bem-estar econômico e para a alocação socialmente eficiente dos recursos geridos pela empresa pública e pela sociedade de economia mista, bem como para o seguinte:

I - ampliação economicamente sustentada do acesso de consumidores aos produtos e serviços da empresa pública ou da sociedade de economia mista;

II - desenvolvimento ou emprego de tecnologia brasileira para pro-

dução e oferta de produtos e serviços da empresa pública ou da sociedade de economia mista, sempre de maneira economicamente justificada.

§ 2º A empresa pública e a sociedade de economia mista deverão, nos termos da lei, adotar práticas de sustentabilidade ambiental e de responsabilidade social corporativa compatíveis com o mercado em que atuam.

§ 3º A empresa pública e a sociedade de economia mista poderão celebrar convênio ou contrato de patrocínio com pessoa física ou com pessoa jurídica para promoção de atividades culturais, sociais, esportivas, educacionais e de inovação tecnológica, desde que comprovadamente vinculadas ao fortalecimento de sua marca, observando-se, no que couber, as normas de licitação e contratos desta Lei.

A ideia de função social da empresa está ligada à superação da concepção puramente individualista da propriedade. A noção de função social buscada no Capítulo III da Lei nº 13.303/2016 está associada ao objetivo que deve orientar a própria criação das estatais, qual seja: o alcance do bem-estar econômico e a alocação socialmente eficiente dos recursos geridos (públicos ou privados), bem como a ampliação economicamente sustentada do acesso de consumidores a produtos e serviços das empresas e o desenvolvimento ou emprego de tecnologia brasileira para a produção dos produtos e serviços ofertados. Além disso, as empresas estatais têm no bojo de sua responsabilidade social, o dever de adotarem práticas de sustentabilidade ambiental.

(...) o exercício da função social pela empresa estatal traduz-se no cumprimento do objetivo constante e expresso na lei que autorizou a sua criação, que é justamente o seu objeto social, não sendo exigido, nem tão pouco permitido que a estatal extrapole esse limite. Afinal, a empresa estatal é, em essência, função social, pois é constituída com uma finalidade específica e concreta (determinado interesse coletivo ou imperativo de segurança nacional). (TONIN, 2016, p. 280)

Já o § 3º do art. 27 trouxe uma importante inovação relacionada à responsabilidade social, qual seja, a de permitir a celebração de Convênios e Contratos de Patrocínio pelas empresas estatais com pessoas físicas

ou jurídicas para a promoção de atividades culturais, sociais, esportivas, educacionais e de inovação tecnológica, desde que vinculadas ao fortalecimento de sua marca.

Essa restrição tem como principal objetivo vincular os Convênios e Contratos de Patrocínio ao fortalecimento da marca das estatais, dando mais eficiência e eficácia ao referido ato administrativo, considerando, dentre outros, o princípio da especialidade administrativa destas instituições.

De acordo com Dotti (2017, p. 01):

A natureza jurídica do patrocínio é a de negócio jurídico bilateral atípico (art. 425 do Código Civil). A atipicidade decorre da inexistência de moldura delineada em lei para sua contratação em razão do exercício da autonomia de vontade dos sujeitos na consecução de finalidades lícitas, contudo, distintas e opostas. A parte denominada patrocinada se obriga a veicular a marca da outra parte, denominada patrocinadora, em determinado projeto/evento que se encarregará de promover para atender a objetivos culturais, esportivos, educacionais, sociais ou de inovação tecnológica. O patrocínio materializa-se por meio de apoio financeiro, que entidade, pública ou privada, destina a ações de terceiros para agregar valor à marca e/ou divulgar produtos, serviços, programas, projetos, políticas e ações do patrocinador.

Antes da edição do Estatuto das Estatais, as referidas entidades celebravam diversos instrumentos de patrocínio não vinculados diretamente à sua marca, o que gerava diversos questionamentos, especialmente pelos Tribunais de Contas, quanto à ausência de conexão clara entre o patrocínio e os objetos sociais da estatal.

Pode-se dar como exemplo os patrocínios a times de futebol e a shows quando a empresa não possui nenhuma aproximação com tais eventos patrocinados. Com a edição da nova lei, a intenção foi evitar esses excessos, que destoavam e que podiam estar vinculados ao desvio de recursos públicos.

Ocorre que, nem todas as estatais estão entendendo esse dispositivo como restrito aos convênios de patrocínio, e tem estendido para todo e qualquer convênio firmado pelas estatais, o que tem ocasionado muitos problemas operacionais.

Um exemplo de que o impasse gerado pela dúvida interpretativa do § 3º do art. 27 da Lei nº 13.303/2016 tem causado transtornos na prática e que podem atingir à população são os convênios entre as empresas de saneamento estaduais e os municípios em que atuam, e que deixaram de ser firmados em razão de o objeto não se enquadrar naqueles estipulados no dispositivo, mesmo havendo interesse recíproco.

Na Bahia, a Embasa é empresa que tem como obrigação o fornecimento de água tratada encanada e a coleta e o tratamento do esgoto sanitário. Na execução dessas atividades, muitas vezes, precisa escavar vias urbanas para obras de implantação, ampliação ou manutenção dos sistemas de abastecimento de água e de esgotamento sanitário. Como, incontestavelmente, é obrigação destas empresas a recomposição dos pavimentos danificados pelas intervenções realizadas, antes da edição da norma, eram firmados convênios entre a Embasa e os Municípios, viabilizando o repasse de valores pela Embasa aos Municípios, a fim de que estes usassem a verba recebida para contratarem, da melhor forma e respeitando a Lei de Licitações, a execução do serviço padronizando o pavimento escavado. Frise-se, ambos os partícipes *in casu* não tinham nenhum interesse lucrativo com o objeto pactuado.

No entanto, após a entrada em vigor da Lei das Estatais, esse tipo de convênio deixou de ser celebrado devido ao entendimento de que o § 3º do art. 27 da Lei nº 13.303/2016 se dirige aos convênios de forma geral, e não apenas aos convênios de patrocínio.

2 A INTERPRETAÇÃO DAS NORMAS JURÍDICAS

Para saber como interpretar e aplicar o § 3º do art. 27, da Lei nº 13.303/2016 de forma adequada é preciso analisar o texto do dispositivo, sem descuidar da finalidade da norma em que está inserido, razão pela qual o trabalho fará breve incursão sobre hermenêutica jurídica.

Carlos Maximiliano (2006, p. 22) leciona que “*Interpretar uma expressão em direito não é simplesmente tornar claro o respectivo dizer, abstratamente falando; é, sobretudo, revelar o sentido apropriado para a vida real, e conducente a uma decisão reta.*”

Para Norberto Bobbio (1995), a interpretação é uma atividade muito complexa:

Baseia-se na relação entre dois termos, o signo e o significado do próprio signo, e assim, assume sombreamentos diversos, segundo os quais tende a gravitar para um ou para outro desses dois polos: a interpretação pode ser ligada principalmente ao signo enquanto tal e tender a fazê-lo prevalecer sobre a coisa significada; ou ainda pode ser mais sensível à coisa significada e tender a fazê-la prevalecer sobre o signo puro; fala-se, neste sentido respectivamente de interpretação segundo a letra e de interpretação segundo o espírito. (BOBBIO, 1995, p. 100)

De acordo com Emílio Betti (2007, p. 5), “*a interpretação é uma atividade voltada a reconhecer e a reconstruir o significado a ser atribuído na órbita de uma ordem jurídica.*”

Logo, interpretar uma norma jurídica é buscar o sentido e o alcance dela. Existem situações em que determinado dispositivo legal é bastante claro e, com uma simples leitura, é possível extrair o seu significado. Contudo, por mais clara que seja uma norma o trabalho intelectual de interpretação sempre será necessário e prévio à sua aplicação.

João Baptista Herkenhoff (2007) lança premissas sobre a ação de interpretar, distinguindo a interpretação da integração, a seguir transcritas:

- A interpretação é tarefa prévia, indispensável à aplicação do Direito.
- A aplicação do Direito consiste em submeter o fato concreto à norma que o regule.
- Quando para o fato não há norma adequada, o aplicador preenche a lacuna, através da integração do Direito.
- A integração é o processo de preenchimento das lacunas existentes na lei.

Na interpretação, parte-se da lei, para precisar-lhe o sentido e o alcance. Na integração, parte-se da inexistência da lei. (HERKENHOFF, 2007, p. 9)

Com efeito, a integração é uma técnica utilizada pelo intérprete da norma sempre que houver omissão. O art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) dispõe: “*Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito*”. Na integração, portanto, o objetivo não é buscar o significado da norma, como se faz na interpretação.

Para preencher a lacuna na norma, pode-se utilizar três métodos de integração: a analogia (técnica por meio da qual se aplica a um caso não previsto em lei uma norma que regule caso semelhante), os costumes (prática reiterada e uniforme de determinada conduta pelos membros da comunidade com fundamento na convicção de sua obrigatoriedade) e os princípios gerais de direito (princípios ou enunciados de valor genérico e abstrato, normalmente não previsto de modo expresso na lei e que orientam a compreensão do ordenamento jurídico).

Quanto às formas² de interpretação ou aos meios de captação do valor das partes, inseridas na estrutura da norma, inseparáveis de todo o sistema jurídico, pode-se utilizar: a interpretação literal (gramatical, semântica ou filológica); a lógica (racional); a histórico-evolutiva (histórica); a sistemática (orgânica); a teleológica (finalística); ou a sociológica, a seguir sucintamente explicadas.

3.1 Interpretação Literal

A interpretação literal é um processo no qual se busca estabelecer sentido objetivo da norma, com base em suas palavras, na gramática e na realidade morfológica e sintática do texto, sem interferência elementos exteriores ao texto. Essa forma é bastante criticada, como foi a escola de exegese no pós-positivismo.

A letra não traduz a ideia, na sua integridade: provoca, em alheio cérebro, o abrolhar de um produto intelectual semelhante, jamais idêntico, ao que a fórmula é chamada a exprimir. Eis porque a todos se antolha deficiente, precária, a exegese puramente verbal. (MAXIMILIANO, 2006, p. 96)

Recanséns Siches (1973, p. 182) classificou como “*espantosa tontería*” a interpretação gramatical. Porém, Gustav Radbruch (1974) colocou a questão da interpretação literal como ponto de partida da interpretação jurídica, senão vejamos:

A interpretação jurídica não é pura e simplesmente um pensar de novo aquilo que já foi pensado, mas, pelo contrário, um saber pensar até o fim aquilo que já começou a ser pensado por outro. Sem dúvida, ela parte

2 Também chamadas de momentos, elementos, processos, fases ou critérios de interpretação.

da interpretação filológica da lei; mas para ir além dela. (RADBRUCH, 1974, p. 231)

Como conclusão tem-se que, não sendo utilizada isoladamente, a análise gramatical de um texto jurídico não é algo irracional ou inútil, pelo contrário, pode ser o começo do processo de interpretação da norma. Logo, não deve ser desprezado por completa a essa forma interpretativa, ainda nos tempos atuais.

3.2 Interpretação Lógica

A interpretação lógica, como o próprio nome sugere é uma interpretação que busca desvendar a racionalidade da norma para se chegar ao sentido dela. Daí dizer-se que esta forma de interpretar um dispositivo normativo procura harmonizá-lo com a lógica da própria norma.

Para Herkenhoff (2007, p. 17), essa forma de interpretação “*procura a ideia legal que se encontra sub litteris, partindo do pressuposto de que a razão da lei pode fornecer elementos para a compreensão de seu conteúdo; de seu sentido e de sua finalidade*”.

Do mesmo modo que ocorre na interpretação literal, a lógica não leva em consideração elementos exteriores da norma (por exemplo, a história, as discussões no projeto de lei, etc), e a crítica que há é justamente neste sentido, por se dizer que o processo compreensão pela lógica formal afasta da interpretação o conteúdo material e humano da norma.

Contudo, apesar da ressalva, entende-se que o momento interpretativo lógico pode ter utilidade na interpretação do texto normativo, se no processo racional de desvelamento se conseguir penetrar no espírito histórico-social da lei, retirando dali sua finalidade imediata e os motivos que presidiram o momento de sua elaboração. Logo, também não é descartada essa forma interpretativa.

3.3 Interpretação Histórico-evolutiva

A interpretação histórico-evolutiva, diferentemente da interpretação literal e da lógica, utiliza elementos exteriores à norma para interpretá-la. Assim, o intérprete verifica pareceres históricos, discussões quanto ao projeto de lei, e outros fatores que impulsionaram a criação da norma, contextualizando melhor a norma ao tempo de sua edição.

Paulo Dourado de Gusmão (1978, p. 265) sinaliza que a lei representa uma realizada cultural que se situa na progressão do tempo: “*A lei não é elaborada para um corpo social moribundo, mas para um corpo social vivo, em desenvolvimento, com épocas de crise e com épocas de estabilidade*”.

Portanto, conclui-se sobre essa forma interpretativa que é necessário verificar como a lei disporia no tempo de sua feitura, ainda que essa pretensão possa ter evoluído historicamente.

3.4 Interpretação Sistemática

A interpretação sistemática leva em consideração o caráter estrutural do direito, pelo que não se deve interpretar isoladamente uma norma, muito menos parte dela, sem a inserção no conjunto.

Carlos Maximiliano (2006, p. 142) pondera que se deve examinar a norma na íntegra e dentro do ordenamento para a compreensão adequada da norma:

Examine-se a norma na íntegra, e mais ainda: o Direito como todo. Além de comparar o dispositivo com outros afins, que formam o mesmo instituto jurídico, e com os referentes a institutos análogos; força é, também, afinal por tudo em relação com os princípios gerais, o conjunto do sistema em vigor. (MAXIMILIANO, 2006, p.142)

Com efeito, o processo interpretativo sistemático, ao considerar o sistema jurídico como um todo preserva a harmonia do sistema legal e zela pela coerência.

Neste aspecto, Herkenhoff (2007) adverte que é indispensável na interpretação o processo sistemático, especialmente em países como o Brasil:

Nos países de Constituição rígida, importante é ter presente a supremacia dos dispositivos constitucionais, em comparação com os dispositivos da legislação ordinária.

Quando se adota, como se faz, por longa tradição, no Brasil, o sistema de constituições pormenorizadas, exaustivas, regulando matérias atinentes aos mais diversos campos do Direito, indispensável é o cotejo de qualquer dispositivo que se queira interpretar com o que, a respeito, disponha, específica ou genericamente, a Constituição Federal. (HERKENHOFF, 2007, p. 20)

E, vale frisar, que, no processo de interpretação sistemática, a investigação sobre o sentido do texto normativo, também, deve levar em conta o que diz o Direito Comparado, os Tratados Internacionais, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, dentre outras, a fim de impedir interpretações que colidam com os parâmetros aderidos pelo ordenamento jurídico pátrio.

Dessa forma, conclui-se que o processo sistemático permite uma compreensão larga da lei, enriquecendo a interpretação, o que, por exemplo uma interpretação literal ou lógica não alcançaria.

3.5 Interpretação Teleológica

Na interpretação teleológica, o intérprete procura o sentido e alcance da norma a partir de sua finalidade e da coerência desta com a realidade da época em que se estiver interpretando a norma. Logo, essa forma interpretativa deve buscar o objetivo atual dos dispositivos legais, a partir da descoberta dos valores que a norma visa servir.

Toda norma tem um fim, que deve ser desvelado e valorado pelo intérprete, com base nas circunstâncias da situação dada. Afinal, a norma não é um fim em si mesmo, ela é um meio para se atingir um fim.

Miguel Reale (1976) defende dentro da definição tridimensional do direito como ato, valor e norma:

(...) fim da lei é sempre um valor, cuja preservação ou atualização que o legislador teve em vista garantir, armando-o de sanções, assim como pode ser fim da lei impedir que ocorra um desvalor. Ora, os valores não se explicam segundo nexos de causalidade, mas só podem ser objeto de um processo compreensivo que se realiza através do confronto das partes com o todo e vice-versa, iluminando-se e esclarecendo-se reciprocamente como é próprio do estudo de qualquer estrutura social. (REALE, 1976, p. 286)

Mas a norma não vai explicitar seus interesses e finalidades, nem os valorar. Quem deve fazer isso é o intérprete, pesquisando, associando e filtrando, a fim de que o resultado alcançado pela norma seja atingido na prática.

O Direito brasileiro abraçou a interpretação teleológica de maneira ampla ao estabelecer no art. 5 da LINDB que: “*na aplicação da lei, o juiz atenderá os fins sociais a que ela se destina e às exigências do bem comum*”.

Apesar da crítica de que esse tipo de interpretação pode armar o Judiciário de missão política, se crê na utilidade, importância e emancipação que a busca pela finalidade da norma pode traduzir, especialmente se corroborada com a devida fundamentação, porque permite a realização do bem comum.

3.6 Interpretação Sociológica

A interpretação sociológica leva à pesquisa dos motivos e dos efeitos sociais da lei. É uma forma de interpretação voltada para o presente e o futuro e não para o passado, por isso se diz que “oxigena” ou “abre” a mente do intérprete à realidade social, evitando que o direito apenas se retro-alimente. Essa forma de interpretação considera o nível de amadurecimento da consciência jurídica da sociedade.

Sobre isso Karl Engisch alertou:

O jurista, se quer dar incidência prática à ideia do Direito (fazê-la vingar), há de prestar ouvido atento à voz do “espírito objetivo”. Ele precisa de saber o que as “necessidades atuais” imperiosamente exigem, quais as ideias supralegais que reclamam consideração e estão suficientemente amadurecidas para serem juridicamente aplicadas (ENGISCH, 1996, p. 324)

Paulo Gusmão (1978, p. 169) dizia que o intérprete não deve desconhecer as conexões que o fenômeno jurídico tem com os demais fenômenos sociais, como a economia, a sociologia, a ciência política, a psicologia, a antropologia, etc.

Em suma, a base teórica da interpretação sociológica é a conceituação do Direito como fato social, atinente à conduta humana em sociedade, como defendido, por exemplo, por Machado Neto (1962, p. 162), para quem o alcance da norma deveria ser temperado, a fim de fazê-lo corresponder às necessidades reais e atuais de caráter social.

Apresentadas as formas de interpretação das normas jurídicas, não se pode perder de vista, como ensina Nazaré Ferreira (2004, p. 94) que: *“cada interpretação consiste em uma nova leitura dos enunciados normativos e que cada caso constituirá uma nova aplicação, como se o direito recobrasse o seu vigor cada vez que fosse aplicado”*.

Vicente Raó (1952, p. 542) identifica a aplicação das normas como a técnica de adaptação dos preceitos contidos nas normas jurídicas, devidamente interpretados, às situações concretas que se lhe subordinam.

Reconhece-se, dessa forma, que na maioria das vezes os processos de interpretação se complementam a fim possibilitar melhor compreensão do sentido do texto. Assim, nenhum dos processos referidos deve ser usado isoladamente, posto que tal conduta não seria suficiente para se alcançar adequada interpretação. Esse repertório deve ser utilizado de maneira sincrética, reunindo todos ou alguns métodos, em busca da melhor interpretação possível do direito.

3 INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DO § 3º DO ART. 27 DA LEI 13.303/2016

Como pode ser verificado, o legislador elipsou a palavra patrocínio do lado da palavra “convênio” e a manteve ao lado do vocábulo “contrato”, no § 3º do art. 27, da Lei nº13.303/2016.

Pela interpretação gramatical, tal construção pode induzir em erro, provocando duas interpretações: ou que o legislador quis aplicar as restrições apenas aos contratos de patrocínio e a todos os convênios em geral ou que as exigências se dirigem apenas aos convênios e contratos, ambos de patrocínio. Daí a necessidade de socorrer-se, em adição, às outras formas de interpretação.

O Decreto Federal nº 8.945/2016, que regulamentou a Lei nº13.303/2016 no âmbito da União, trouxe clareza para o § 3º do art. 27 ao separar em dois parágrafos, do seu artigo 44, os “Convênios” em geral dos “Convênios de Patrocínio”, senão vejamos:

Art. 44

(...)

§3. A empresa estatal poderá celebrar instrumentos de convênio quando observados os seguintes parâmetros cumulativos:

I - a convergência de interesses entre as partes;

II - a execução em regime de mútua cooperação;

III - o alinhamento com a função social de realização do interesse coletivo;

IV - a análise prévia da conformidade do convênio com a política de transações com partes relacionadas;

V - a análise prévia do histórico de envolvimento com corrupção ou fraude, por parte da instituição beneficiada, e da existência de controles e políticas de integridade na instituição; e

VI - a vedação de celebrar convênio com dirigente de partido político, titular de mandato eletivo, empregado ou administrador da empresa estatal, ou com seus parentes consanguíneos ou afins até o terceiro grau, e também com pessoa jurídica cujo proprietário ou administrador seja uma dessas pessoas.

§4. Além do disposto no §3., a celebração de convênio ou contrato de patrocínio deverá observar os seguintes parâmetros cumulativos adicionais:

I - a destinação para promoção de atividades culturais, sociais, esportivas, educacionais e de inovação tecnológica;

II - a vinculação ao fortalecimento da marca da empresa estatal; e

III - a aplicação, no que couber, da legislação de licitações e contratos.

Assim, numa interpretação sistemática da norma, entende-se que a intenção da norma foi a de aplicar as exigências adicionais à celebração de convênio, contida no § 3º, do artigo 27, apenas quando sua natureza fosse de convênios de patrocínio e, também, dos contratos de patrocínio.

Nestes específicos casos, o interesse da entidade patrocinadora (estatal) é o de vincular sua marca ao projeto/evento para o efeito de potencializar e maximizar o exercício de sua atividade. O interesse da parte patrocinada, pessoa física ou jurídica, é obter apoio à promoção de evento (cultural, esportivo, educacional, etc.) ou projeto de fim específico, como, por exemplo, a realização de um campeonato esportivo, feira do livro ou espetáculo cultural.

Outrossim, de acordo com a interpretação lógica, a racionalidade do § 3º, do artigo 27 deve ser buscada na própria Lei 13.303/2016, e

neste caso, as estatais poderão formalizar instrumentos de convênio, em geral, quando observados os seguintes parâmetros cumulativos: (a) convergência de interesses; (b) execução em regime de mútua cooperação; (c) alinhamento com a função social de realização do interesse coletivo; (d) análise prévia da conformidade do convênio com a política de transações com partes relacionadas; (e) análise prévia do histórico de envolvimento com corrupção ou fraude, por parte da instituição beneficiada, e da existência de controles e políticas de integridade na instituição. E, em especial, convênios de patrocínio quando, além desses parâmetros, adicionalmente, (I) a destinação do termo for para promoção de atividades culturais, sociais, esportivas, educacionais e de inovação tecnológica; e (II) houver vinculação ao fortalecimento da marca da empresa estatal.

Por fim, utilizando-se da interpretação teleológica, verifica-se que a finalidade do texto esculpido no § 3º do art. 27, da Lei nº13.303/2016 está ligada ao combate da corrupção, desvios e inconformidades. Daí justificam-se as precauções adotadas pelo legislador no caso de convênios e contratos de patrocínio, ligadas às políticas de integridade das empresas, e que visam diminuir falhas e melhorar a governança corporativa³, a exemplo: do art. 44, §3º, VI, do Decreto nº 8.945/16, que veda a celebração de convênio ou contrato de patrocínio com dirigente de partido político, titular de mandato eletivo, empregado ou administrador de empresa estatal, ou com seus parentes consanguíneos ou afins até o terceiro grau, e também com pessoa jurídica cujo proprietário ou administrador seja uma dessas pessoas.

Além disso, de acordo com o art. 93 da Lei nº 13.303/16, é vedado, também, que as despesas com patrocínio da empresa pública e da sociedade de economia mista ultrapassem, em cada exercício, 0,5% (cinco décimos por cento) da receita operacional bruta do exercício anterior. Esse índice poderá ser ampliado até 2% (dois por cento) da receita bruta do exercício anterior, por proposta da diretoria da empresa pública ou da sociedade de economia mista, justificada com base em parâmetros de mer-

3 Governança corporativa consiste no conjunto de políticas e práticas orientadas a conferir maior transparência, estabelecer mecanismos de controle, estimular e garantir a atuação ética dos envolvidos, minimizar potenciais conflitos, agir em conformidade com as regras (internas e externas). (JUSTEN FILHO, 2016, p.65)

cado do setor específico de atuação da empresa ou da sociedade e aprovada pelo respectivo Conselho de Administração.

E, mais, é vedado à empresa pública e à sociedade de economia mista realizar, em ano de eleição para cargos do ente federativo a que sejam vinculadas, despesas com publicidade e patrocínio que excedam a média dos gastos nos três últimos anos que antecedem o pleito ou no último ano imediatamente anterior à eleição.

Todavia, respeitando as vedações indicadas na Lei e no Decreto, a empresa pública e a sociedade de economia mista podem celebrar contrato de patrocínio com pessoa física ou jurídica para a finalidade de promover atividades culturais, sociais, esportivas, educacionais ou de inovação tecnológica, desde que comprovadamente vinculadas ao fortalecimento de suas marcas. Ou seja, a concessão de patrocínio materializa-se por meio de apoio financeiro concedido por empresa estatal a ações de terceiros visando a agregar valor à sua marca e/ou divulgar produtos, serviços, programas, projetos, políticas e ações do patrocinador junto ao público-alvo.

Sobre a aplicação de licitação prévia para a concessão de patrocínio, esta é inaplicável, vez que a concessão de patrocínio por entidade pública a entidade privada não se insere em qualquer das hipóteses constitucionais, posto que não configura compra, obra, serviço ou alienação. Aliás, vale mencionar que, para o Supremo Tribunal Federal, a participação de ente público como patrocinador de evento promovido por entidade privada não caracteriza a presença de ente público como contratante daqueles objetos, em ajuste sujeito à prévia licitação. Não estando caracterizado o pacto de prestar serviços, executar obras, adquirir bens ou alienar bens públicos, não há, pois, o dever de o patrocinador público promover licitação para a concessão do patrocínio.

Apesar da ausência do dever de licitar nestes casos, cabe, por fim, sinalizar que nos autos de processos administrativos atinentes a convênio e contrato de patrocínio deverão constar aspectos fundamentais, tais como justificativa do interesse da entidade no segmento a ser atingido pela divulgação, custo/benefício da ação, viabilidade técnica, econômica e financeira, retornos a serem obtidos em termos mercadológicos e/ou financeiros/negociais e avaliação dos resultados a serem alcançados e afinal obtidos.

Assim, demonstrado está como deve ser interpretado e aplicado o § 3º, do artigo 27 da Lei 13.303/2016.

5 CONCLUSÕES

A partir das linhas de raciocínio apresentadas, bem como utilizando, em especial os processos ou momentos de interpretação sistemático e teleológico da norma jurídica, esta pesquisa conclui que o § 3º do art. 27, da Lei nº13.303/2016 deve ser interpretado e aplicado como limitador da celebração de convênios de patrocínio, não se estendendo as restrições contidas no dispositivo mencionado para todo e qualquer acordo mútuo de interesses recíprocos entre as estatais e outros entes federativos, pois, além de ser esta a construção gramatical do texto, a mesma condiz com a finalidade da construção axiológica em que o artigo está inserido, guardando coerência e harmonia com o sistema jurídico estabelecido.

Com essas conclusões vislumbra-se a possibilidade de uniformizar entendimentos ora ainda divergentes quanto à interpretação e aplicação do dispositivo indicado, tanto entre as empresas estatais, que devem promover uma boa governança pública, quanto no âmbito dos Tribunais de Contas, que devem acompanhar a evolução dos arranjos institucionais e as inovações da Administração Pública, em nome de desincumbirem-se, com eficiência, de sua missão constitucional.

REFERÊNCIAS

- BETTI, Emílio. **Interpretação da lei e dos atos jurídicos: teoria geral e dogmática**. Trad. Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do Direito**. Compiladas por Nello Morra. Trad. e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. Coleção elementos de Direito. São Paulo: Ícone, 1995.
- BRASIL. **Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016**. Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. **Diário Oficial da União**: Brasília, DF, 01 de julho de 2016.

- CARVALHO, Ivan Lira. **A interpretação da norma jurídica (constitucional e infraconstitucional)**. Disponível em: <https://www.jfrn.jus.br › institucional › biblioteca-old › docs › doutrina198>. Acesso em: 28 ago. 2019.
- DOTTI, Marinês Restelatto; PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. Convênios e contratos de patrocínio celebrados por empresas estatais. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 22, n. 5186, 12 set. 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/59344>. Acesso em: 26 ago. 2019.
- ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Trad. por J. Baptista Machado. 7. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.
- FERRAZ, Tércio Sampaio. **Teoria da norma jurídica**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- FERREIRA, Nazaré do Socorro Conte. **Da interpretação à hermenêutica jurídica: uma leitura de Gadamer e Dworkin**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2004.
- FRIEDE, Reis. **Ciência do direito, norma, interpretação e hermenêutica jurídica**. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- GUIMARÃES, Edgar; SANTOS, José Anacleto Abduch. **Lei das estatais: comentários ao regime jurídico licitatório e contratual da Lei 13.303/16**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.
- GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução ao estudo do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1978.
- HERKENHOFF, João Batista. **Como aplicar o direito**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- JHERING, Rudolf von. **A finalidade do direito**. Trad. por Heder Kofmann, Campinas: Bookseller, 2002.
- JUSTEN FILHO, Marçal (Org). **Estatuto jurídico das empresas estatais: Lei 13.303/16 “Lei das Estatais”**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

- MACHADO NETO, Antonio, Luiz. **Teoria Geral do Direito**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1962.
- MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do Direito**. 19. ed. Rio de Janeiro, Forense, 2006.
- POPPER, Raimund Karl. **A lógica da pesquisa científica**. Trad. por Leonidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. São Paulo: Cultrix, 1934.
- RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. Coimbra: Armênio Amado, 1974.
- RAÓ, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. São Paulo: Max Limonad, 1952.
- REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. São Paulo: Saraiva, 1976.
- SICHES, Luís Recaséns. **Nueva filosofía de la interpretación del derecho**. México: Porrúa, 1973.
- TONIN, Mayara Gasparoto. Função social das empresas estatais. In: JUSTEN FILHO, Marçal (Org.). **Estatuto jurídico das empresas estatais: Lei 13.303/16 “Lei das Estatais”**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 263-282.

MEDIAÇÃO, CONCILIAÇÃO E ARBITRAGEM NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA COMO POLÍTICA PÚBLICA PARA RESOLUÇÃO DE CONFLITO

Guilherme Junji

1 - ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

O Brasil apesar de ser um país com mais de 500 anos de existência, podemos considerar que é um país novo nas ideias republicanas em questões com a Administração Pública. Até a ocorrência da proclamação da república, o Império tinha apenas duas preocupações com os serviços para a sociedade, a proteção da territorialidade e a ordem pública. Ou seja, os esforços de quem tinha o poder de gestão e comando no Brasil, consistiam apenas na ordem pública, usando sua força para que não seja pleiteado contra o Império, e usando essa mesma força militar para proteger a territorialidade e não tenha divisão do Brasil para outros países, igualmente ocorrido com outros países na América Latina.

Assim, serviços hoje comum fornecidos pela Administração Pública, na época do Império, foi cumprido a demanda pela própria sociedade civil, um grande exemplo são as Santa Casa de Misericórdia, hospitais ao dever da saúde nos quais perduram até a atualidade.

Após a proclamação da República, o Estado iniciou com essas outras responsabilidades. Mas isto não foi exatamente em 1888, até que fosse fir-

mado um conceito da responsabilidade da Administração Pública, ainda reinou com os aspectos trazidos pelo modo de governabilidade do Império, características do patrimonialismos e do clientelismo.

Patrimonialismo é modelo identificado pela não distinção entre o que é patrimônio público e o que é patrimônio privado, sendo a *res publica* (coisa do povo) se confundia com a *res principis* (coisa do príncipe).

Com o patrimônio concentrado em pouca parte da população, a classe rica, aproveitou-se pelo clientelismo político para que se mantenham sempre ao poder. Clientelismo político se define como "método de organização das relações no interior do sistema político, consistindo na intermediação ilegítima das ações do Estado no atendimento de demandas e necessidades emanadas da sociedade. Caracteriza-se essencialmente pela seletividade e pela violação do princípio da isonomia, no sentido Estado/sociedade; e na formação de vínculos políticos funcionais situados à margem dos mecanismos institucionais, no sentido sociedade/Estado"(CARVALHO, 1997, p. 28).

Tais práticas de mantiveram muito tempo na Administração Pública, existindo ainda resquícios que o legislador tem positivado para que seja coibido.

Um exemplo é de que a Constituição Federal rege que o administrador público não pode utilizar a máquina pública para se autopromover, conforme é a previsão do §1º do art. 37: "A publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos."

O grande marco da Administração Pública surgiu-se com o governo de Getúlio Vargas, sua Era considerada entre 1930 a 1945, no qual teve implementações consideráveis que norteiam o direito administrativo até hoje, tais como a Impessoalidade e duplo grau de recursos administrativos.

Considerando estes fatos históricos importantes, compreendemos que uma das justificativas da ineficiência da Administração Pública, no modelo da burocracia, é por se tratar de um sistema "novo", não tem nem 100 anos efetivos de utilização, diferente de outros países que utilizam a centenas de anos.

A Administração Pública cresceu de forma exacerbada sua responsabilidade, existem inúmeras atividades, sendo que nem sempre os órgãos públicos conseguirão cumprir com eficiência. Hoje a Administração Pública concede defensor público ao cidadão pobre, cirurgia gratuita em diversas áreas, universidades públicas, moradia, benefícios de auxílio doença, aposentadoria, hospitais públicos, e dentre outros. Com esta alta demanda, nem sempre é possível ter recursos suficientes para que seja desempenhado essas atividades, natural desta forma, recorrer para que seja realizado junto com o ente privado, seja com empréstimos de recursos financeiros, parcerias com empresas nacionais e internacionais, bem como, para que o ente privado realize a atividade pública por meio de concessão em procedimento de licitação.

Ainda mais natural, essa aproximação de ente público e privado, terá litígios para ser resolvidos, uma vez que a discordância é uma das essências do ser humano. Assim se menciona que:

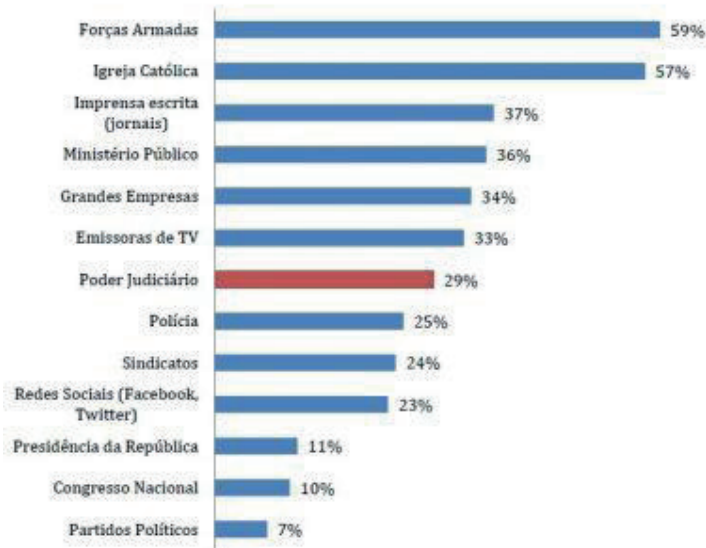
[...] os conflitos são inerentes à vida humana, pois as pessoas são diferentes, possuem descrições pessoais e particulares de sua realidade e, por conseguinte, expõe pontos de vista distintos, muitas vezes colidentes [...] Pode se dizer que os conflitos ocorrem quando ao menos duas partes independentes percebem seus objetivos como incompatíveis; por conseguinte, descobrem a necessidade de interferência de outra parte para alcançar suas metas (SCHNITMAN, 1999, p.80).

Porém, será que apenas o juízo estatal atual é o modo mais efetivo para a resolução de conflito com a Administração Pública ?

O método ortodoxo para que o judiciário resolva conflitos entre a Administração Pública e o ente privado tem se mostrado uma alternativa com pontos desfavoráveis, quando refletimos pela demora e ainda pela ausência de análise técnica do juiz.

Vejamos que a maioria da sociedade brasileira não confia no judiciário conforme estudo realizado pela FGV.

Conforme estudo, apenas 29% confiam no judiciário.

Gráfico 06: Confiança nas Instituições

Desta forma, os MESCs (Métodos Extrajudiciais de Solução de Controvérsias) podem ser uma solução com melhor aproveitamento para que seja resolvido os conflitos com a Administração Pública.

2 - PRINCÍPIOS DO DIREITO PARA UTILIZAÇÃO DOS MESCS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Antes de se aprofundar sobre a resolução de conflito com a Administração Pública, vale ressaltar o entendimento preliminar dos princípios fundamentais que norteiam.

2.1 - PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DAS VONTADES DAS PARTES

No Brasil tem se preocupado para que quando tenha um conflito, o judiciário seja a última escolha, sendo que antes de surgir uma lide, as partes deveriam negociar de forma amigável, ou até mesmo utilizar a intervenção de um terceiro, tal como a mediação ou a conciliação. Tal proposta

de conflito, consiste de forma nítida pela Lei no 13.140/2015 que estabelece os fundamentos da mediação, ou por exemplo o art. 166 do CPC.

No conflito, utilizando o Princípio da Autonomia das Vontades das Partes, ao utilizar a mediação ou conciliação, poderão ter uma opção em que os dois saem ganhando, sendo que no judicial, sempre terá um perdedor.

Assim é relatado pela Fernanda Tartuce em que “ao conceber a pessoa como protagonista de suas decisões e responsável por seu próprio destino, a mediação revela ter como fundamento ético a dignidade humana em seu destino mais amplo” (TARTUCE, 2016, p.67).

Em uma perspectiva que a conciliação e mediação não seja frutífera, não precisa obrigatoriamente usar o judiciário, assim com a lei n. 9.307/96, com cláusula compromissória válida, podem renunciar a utilização do juízo tradicional estatal, submetendo o litígio por um árbitro, convocando o Princípio da Autonomia das Vontades das Partes, o que direciona o conflito para resolução na arbitragem, assegurando o devido processo legal.

Desta forma, Gonçalves define a escolha da arbitragem “[...] em que prevalece a autonomia da vontade [...] e cuja dinâmica se faz pelo modelo do processo jurisdicional.”(GONÇALVES, 1992, p. 76).

A alteração na Lei da Arbitragem pela Lei nº 13.129/2015 positivou no ordenamento jurídico, incluindo, pelo art. 1º, §1º, Lei 9.307/96, a possibilidade de ser como parte na arbitragem a administração pública direta e indireta, para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

2.2 - PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA

Ressalta-se que em caso da Administração Pública optar pela Arbitragem, não terá perda do Princípio do Devido Processo Legal e do Princípio do Contraditório e Ampla Defesa, sendo um dos mais importantes princípios, previsto na Constituição Federal e respeitado na expansão das leis. De tal maneira, a Lei da Arbitragem consta deste princípio de forma expressa.

Art. 21. A arbitragem obedecerá ao procedimento estabelecido pelas partes na convenção de arbitragem, que poderá reportar-se às regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada,

facultando-se, ainda, às partes delegar ao próprio árbitro, ou ao tribunal arbitral, regular o procedimento.

[...]

§ 2º Serão, sempre, respeitados no *procedimento arbitral os princípios do contraditório*, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento.

Desta maneira, o procedimento arbitral está em total consonância com o processo civil, procedimento no qual é utilizado no judiciário em lide contra a Administração Pública. Cassio Bueno explica:

O modelo de processo estabelecido pelo CPC de 2015, bem compreendido e em plena harmonia com o modelo constitucional é inequivocamente de um “processo cooperativo” em que todos os sujeitos processuais (as partes, eventuais terceiros intervenientes, os auxiliares da justiça e o próprio magistrado) cooperem ou colaborem entre si com vistas a uma finalidade comum: a prestação da tutela jurisdicional (BUENO, 2016, p.65).

2.3 - PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO DO ÁRBITRO

A arbitragem, como também a conciliação e mediação, são vertentes do MESC em um sistema de multi escolha para o conflito. A Administração Pública ao optar pela Arbitragem terá vantagem em um processo com maior probabilidade de análise técnica, uma vez que nesta modalidade será escolhido pelas partes um árbitro que terá conhecimento técnico.

Apesar que no juízo estatal possa ter um perito para avaliações técnicas (assim como também na arbitragem), convenhamos que tem um certo impacto diferencial quando o julgador tem amplo conhecimento técnico da matéria.

O árbitro na resolução de conflitos entre as partes que elegeram como competência a arbitragem, igualou seus poderes ao juiz em suas decisões, sentença que atualmente não é mais necessária a homologação pelo Poder Judiciário, conforme se exigia anteriormente. Assim estabelece o art. 18 da Lei n 9307/96.

Art. 18. O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário.

Tal medida da equiparação do árbitro e juiz estende-se também para o livre convencimento do julgador para sua motivação. Ao árbitro, confere esta autonomia pelo art. 21, § 2º da Lei 9.307/96 e pelo CPC que regula as ações que têm como causa a parte da administração pública, a ele, também contempla poderes de livre convencimento do juiz conforme art. 371 do CPC.

Em seu ensinamento, Grinover elenca que o juiz apreciará as provas e formará seu livre convencimento que deverá justificar sua motivação.

O princípio do livre convencimento regula a apreciação e a avaliação das provas existentes nos autos, indicando que o juiz deve formar livremente sua convicção (CINTRA, 2013, p.65).

2.4 - PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM FACE DA ARBITRAGEM

O Princípio da Publicidade a sua origem constitucional é no inciso LX do art. 5º da CF: “[...] a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem.” Tal dispositivo também menciona-se nos incisos IX e X do art. 93 da CF, tendo os dois pela EC n. 45/2004, sendo respectivamente:

[...] “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação” e “as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas e em sessão pública, sendo as disciplinares tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus membros”.

Porém, o Princípio da Publicidade não é contemplado na arbitragem, sendo que o sigilo é um dos atrativos para sua adesão, uma vez que para grandes corporações, apresentam o interesse em manter a proteção de imagem e o litígio na forma pública poderia expor negativamente. A Lei n. 9.307/1996 não é expressa com relação à confidencialidade, cuja

tratativa se dá dentro dos deveres dos árbitros pelo art. 13, parágrafo 6º, que dispõe que o árbitro, no desempenho de sua função, deverá proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e discrição.

A conservação do interesse público é primordial para manutenção a sua publicidade, pois também é um princípio constitucional por meio do 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.

Assim, a Lei da Arbitragem, ao receber o ingresso da administração pública como parte, destacou-se ressalva do dever da publicidade.

Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

[...]

§ 3º A arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade.

Posto isto, os processos terão como parte a administração pública são totalmente compatíveis com a arbitragem.

3 - A UTILIZAÇÃO DOS MESCS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

3.1 - CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO

A conciliação e a mediação são uma das formas mais efetivas na resolução de conflitos, sendo que nesta alternativa, ambas as partes sairão ganhando, sendo que na escolha por um julgador, terá sempre um perdedor.

Essa medida é muito defendida para que a Administração Pública seja escolhida, conforme João Baptista Machado em seus ensinamentos:

Nesta forma de participação trata-se de conciliar o princípio da liberdade das partes interessadas, isto é, dos parceiros sociais do Governo ou da Administração, com determinadas directivas de política económica global.

Verifica-se uma troca de informações, de opiniões e de previsões entre as entidades administrativas e os referidos parceiros sociais (associações de interesses, como sindicatos, organizações de empresários, câmaras do comércio e da indústria, etc.). Espera-se que, através desta troca de opiniões e em face dos dados orientadores fornecidos pela Administração, seja possível chegar a um consenso, p.ex., quanto às medidas anticíclicas e de correção da conjuntura a adoptar, de modo a conseguir-se a estabilidade dos preços, um elevado grau de emprego, o equilíbrio da balança de pagamentos e um desenvolvimento económico equilibrado. Uma vez alcançado o consenso, espera-se lealdade dos parceiros que as medidas acordadas com vista a uma "actuação concertada" nos vários sectores económicos e sociais sejam efectivamente adoptadas por eles — e que designadamente os parceiros sociais da Administração pública actuem junto dos respectivos associados em defesa de tais medidas (MACHADO, 1982, p.46).

Assim utiliza-se desta técnica de aproximação dos interessados, objectivando a manutenção da relação entre as partes, nela "tenta se restabelecer a convivência com equilíbrios de posições, independentemente de se chegar a uma composição, embora esta, seja a mais desejada" (CAHALI, 2013, p.41). A prática deve ser ampliada até mesmo com o atual Código de Processo Civil e da Lei Mediação e Conflitos.

3.2 A ARBITRAGEM NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PELA LEI N. 13.129/2015

A utilização da arbitragem com a administração pública é a instituição pela qual as pessoas capazes de contratar confiam em árbitros, por elas indicados ou não, o julgamento de seus litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis" conforme se regula pela Lei n.9.307/96, que define no seu art. 2.

Muito se discutiu sobre a possibilidade da utilização da arbitragem com a administração pública. A Lei de Arbitragem sancionada em 1996, teve a inclusão da administração pública somente em 2015 pela lei n. 13.129.

A vedação da arbitragem na administração pública utilizava-se tese atribuídos ao interesse público, pelo fato de que os bens e interesses públicos não pertencem à Administração Pública e nem a seus agentes. Cabe-

-lhes apenas geri-los, conservá-los e por eles velar em prol da coletividade, esta sim a verdadeira titular dos direitos e interesses públicos, logo, não caberia ao administrador dispor desse interesse. E ainda mais a Administração Pública está ligado ao *ius imperii*, que são imposições que a administração impõe coercitivamente ao administrado, criando unilateralmente para ele obrigações, ou restringindo ou condicionando o exercício de direitos ou de atividades privadas.

Em suma, a supremacia do interesse público consiste:

Trata-se de um verdadeiro axioma reconhecível no moderno Direito Público. Proclama a superioridade do interesse da coletividade, firmando a prevalência dele sobre o particular, como condição até mesmo da sobrevivência e asseguramento deste último. É pressuposto de uma ordem social estável, em que todos e cada um possam sentir-se garantidos e resguardados. (MELLO, 2003, p. 60)

Mas vejamos que não existe norma legal que defina qual é a prevalência do interesse público no qual ensejaria a vedação:

Na esteira da incompatibilidade conceitual, cumpre ressaltar que o "princípio da supremacia do interesse público" também não encontra respaldo normativo, por três razões tratadas pelo autor: primeira, por não decorrer da análise sistemática do ordenamento jurídico; segunda, por não admitir a dissociação do interesse privado, colocando-se em xeque o conflito pressuposto pelo "princípio"; e terceira, por demonstrar-se incompatível com os preceitos normativos erigidos pela ordem constitucional. (BINENBOJM, 2008, p. 95).

Com a positivação da arbitragem na administração pública com o advento da lei 13.129/2015, tende assim cumprir a idéia do Princípio da Legalidade, doutrina que tem sendo aceita.

O argumento de que a arbitragem nos contratos administrativos é inadmissível porque o interesse público é indisponível conduz a um impasse insuperável. Se o interesse público é indisponível ao ponto de excluir a arbitragem, então seria indisponível igualmente para o efeito de produzir contratação administrativa. Assim como a Administração Pública não disporia de competência para criar a obrigação vincu-

lante relativamente ao modo de composição do litígio, também não seria investida do poder para criar qualquer obrigação vinculante por meio contratual. Ou seja, seriam inválidas não apenas as cláusulas de arbitragem, mas também e igualmente todos os contratos administrativos. (JUSTEN FILHO, 2015, p. 41)

Neste entendimento, utilizando-se a arbitragem na administração para resolução de conflito, não fere um direito *imperium* do Estado, uma vez que é assegurado a premissa pela norma legal.

Por conseguinte, a arbitragem não discutirá sobre indisponibilidade de direitos, ou até mesmo dispor matéria de direito assegurada ao interesse coletivo, e sim apenas uma escolha entre os interessados de optar a arbitragem em vez do juízo estatal, sendo um sistema multiporta.

A arbitragem poderá ser utilizada para conflitos que tenham matéria fática, questões complexas relacionadas em determinações conceituais, corroborando um entendimento de árbitro especialista no assunto, permitindo ainda a perícia técnica tendo, assim, a conclusão mais célere e justa em comparação à atual justiça tradicional.

4 - CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Brasil é conhecido por existir um grau elevado de judicialização, assim com o alto volume de lides para serem resolvidas, criou um judiciário moroso, e ainda com decisões que requerem diversas revisões em recursos intermináveis.

A Administração Pública neste contexto tem que ser o exemplo, demonstrando que não necessita do judiciário, resolvendo os conflitos de forma extrajudicial. Mas este pensamento na execução acontece de forma inversa. Mais de 50% dos processos no Brasil inteiro, a Administração Pública configura como parte nas ações judiciais.

Mesmo com as inovações legislativas e incentivos doutrinários, a mediação, conciliação e arbitragem tem sido raro ao uso na solução dos conflitos administrativos que envolvem direitos disponíveis. Os motivos aparentes se deve a recente autorização legal, o ainda desuso da arbitragem como um todo no direito brasileiro, a cultura da litigiosidade, ou até mesmo, o interesse da administração pública pela morosidade do judiciário para que não seja cumprido seu dever legal estabelecido pela Constituição Federal.

REFERÊNCIAS

- BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de Direito Processual Civil*. 2.ed. São Paulo: Aide, 2016.
- BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. In: SARMENTO, Daniel (Org.). Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007.
- CAHALI, Francisco José. *Curso de Arbitragem; mediação, conciliação, tribunal multiportas*. 7. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2018.
- CARVALHO, José Murilo de – Mandonismo, coronelismo, clientelismo: uma discussão conceitual. Dados, Rio de Janeiro, v. 40, no 2 – 1997.
- CINTRA, Carlos de Araujo Antonio; GRINOVER, Ada Pellegrini;
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992.
- GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. *Manual de Arbitragem*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*, 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- MAZZA, Alexandre. *Manual de Direito Administrativo*. 8. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2018.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2003
- SCHMIDT, Gustavo da Rocha. *Arbitragem na Administração Pública*. Paraná: Juruá, 2018.
- SCHNITMAN, Dora Fried(Org). *Novos Paradigmas em Mediação*. Porto Alegre: Artes Médicas Sul, 1999.
- VILLA-LOBOS, Nuno de; PEREIRA, Tânia Carvalhais. *Guia da Arbitragem Tributária*. Lisboa: Almedina, 2017.
- TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. 3. ed. São Paulo: Método, 2016. p. 191.

PREMÊNIA PARA A GRADUAÇÃO EM ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: A INOVAÇÃO NO SETOR PÚBLICO COMO DISCIPLINA

Matheus Henrique de Souza Santos

Introdução

O presente trabalho pretende estabelecer debate teórico, didático e educacional para a formulação de disciplina que aborda a importância da inovação no setor público, no âmbito da graduação em Administração Pública. Para tanto, a proposta apresentada aqui, parte da análise do capitalismo, quanto sistema produtivo e como este se organiza, compreendendo suas características, como a de concorrência. Com o uso de Marx e Schumpeter o objetivo é estabelecer análise integral do capitalismo, abordando a essência de seu desenvolvimento, juntamente pontuando a importância do progresso técnico, com auxílio de Rosenberg (1976), ou seja, a introdução de tecnologias que estabelecem um novo paradigma de escala exponencial para o sistema produtivo, assim determinando sua implantação plena.

Em seguida, com o Manual de Oslo (1997) da *Organisation for Economic Co-Operation and Development* ou Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico, OECD, o propósito é atualizar o conceito de inovação, elaborada pelas nações e organizações privadas de países de protagonismo econômico mundial, à medida que consolidamos a ideia de

innovar no capitalismo. Terceiro momento, no uso do Manual é apresentar, de maneira concisa, as orientações que traz para a pesquisa e implementação de inovações nas empresas, sendo proposta básica para o ambiente público e, dessa forma, encerrando o “Módulo I – Capital e inovação”.

Na fase seguinte, dando início ao “Módulo II – Estado e inovação”, a propositura busca atingir, com mais ênfase, a subjetividade dos discentes quanto a visão estática e de baixa capacidade de resolução de problemas que detêm do Estado, apresentando caminhos inovadores. O primeiro passo é esta reconstrução para um comportamento empreendedor daqueles que irão compor os recursos humanos do aparato público, pois serão os que, no futuro, terão as maiores possibilidades de implementarem inovação. Para tanto, a referência utilizada é a obra “O Estado empreendedor: desmascarando o mito do setor público vs. setor privado” de Mariana Mazzucato (2014).

Dando sequência, se optou por dedicar espaço para resgatar estudos dos modelos de gestão pública – burocrático, gerencialista e *New Public Management*, por exemplo –, apresentando novas concepções em discussão e implementação no Brasil e no mundo: Gestão Pública Estratégica (GPE), Governança e Governo Aberto. Expondo que a inovação no setor público é nova quanto fenômeno a ser melhor compreendido pela ciência, mas que na prática o Estado inova de forma contínua. No entanto, o desafio dos futuros administradores públicos é inovar no Estado em ambiente republicano democrático, onde o acompanhamento das atividades estatais se potencializa com o desenvolvimento de tecnologias de informação e comunicação, cresce a responsabilidade dos dirigentes públicos, servidores e políticos e a demanda por eficácia e efetividade das políticas públicas, necessária para o equilíbrio econômico, social e político.

E, a última parte da disciplina, ainda no Módulo II, é destinada a importância da praticidade para a formação de administradores públicos, como já mencionado. As referências elegidas pensam a inovação a partir da prática, trazendo casos reais, já implementados, em diversos setores e níveis do Estado brasileiro, premiados pela Escola Nacional de Administração Pública (ENAP) em seu Concurso de Inovação no Setor Público, realizado desde 1996 em parceria com o Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. Concomitantemente, constroem instrumentos analíticos para se identificar e avaliar inovações no setor público, estabele-

cendo variáveis com a realidade do ambiente público e demonstrando na prática, como usá-los (OLIVEIRA, 2014; CAVALCANTE, 2017), irão tornar mais clara a ponte entre a inovação no sistema de produção capitalista e a inovação no setor público, iniciada de forma singela no Manual de Oslo e desenvolvida com a sequência das leituras e debates propostos.

1. Procedimento metodológico: a graduação em Administração Pública e a ausência do debate sobre inovação

O Estado brasileiro apenas sob a primeira gestão de Getúlio Vargas, ainda nos anos de 1930, implementar instrumentos de planejamento e gestão governamental (SANTOS, 2018a) e, dessa forma, experimentará uma organização burocrática que necessitasse de administradores especialistas capazes de compreenderem o mecanismo singular estatal, em outros termos, apenas no “Estado administrativo”, que superou o “Estado antigo” que servia para somente à diplomacia, segurança e magistratura, que “novas exigências” surgem “em torno do aparelho público estatal” (COELHO, 2006, p. 03-04). Nogueira (1998, p. 189-190) vai defender nova formação para o gestor público e que, segundo o mesmo, deve “técnica e política” devendo possuir conhecimentos específicos “com os olhos no processo societal abrangente, em seus nexos contraditórios e explosivos”, ou seja, profissional inserido em uma dinâmica que não é friamente controlável, mas sim essencialmente política.

[...] precisam se converter em líderes, especialistas tecnopolíticos capacitados para pesquisar, negociar, aproximar pessoas e interesses, planejar, executar e avaliar. Devem se transformar em profissionais competentes para pensar a crise, os movimentos da economia, da cultura e da política, a dinâmica dos grupos, dos indivíduos e da comunidade (NOGUEIRA, 1998, p. 190-191).

Em 1952 será fundada a Escola Brasileira de Administração Pública. EBAP, da Fundação Getúlio Vargas, FGV e na década seguinte várias outras instituições de ensino superior irão inaugurar cursos de graduação em Administração Pública como, por exemplo, a Faculdade de Ciências

Econômicas da Universidade Federal de Minas Gerais (1952), a Faculdade de Administração da Universidade Federal da Bahia (1959) e a Escola de Administração do Estado do Ceará (1961) (COELHO, 2006).

Ao longo das décadas a proposta de administração pública, como formação superior, foi se desenvolvendo à medida das transformações do Estado brasileiro e em 1995, com o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado – coordenado pelo então Ministro da Administração e Reforma do Estado (1995–1998) Luiz Carlos Bresser-Pereira, o qual fez o debate acerca do papel do Estado se acentuar, o modelo gerencial ou da *New Public Management* estabeleceu um novo paradigma para os cursos de graduação em Administração Pública, principalmente com o fortalecimento – oriundo também da Constituição Federal de 1988 – dos governos subnacionais (BRESSER-PEREIRA, 2002; COELHO, 2006).

O curso, ainda no início de 2006, se mantinha sob o guarda-chuva da Administração de Empresas em todas as Instituições de Ensino Superior e com o despacho de 16 de maio da Direção Secretaria de Educação Superior (SESu) do Ministério da Educação fica estabelecido a “existência de um Diploma de Administração Pública” (BRASIL, 2006; BRASIL, 2010, p. 02). Frente a questionamentos sobre a legalidade e pertinência de formação própria, o debate se alongou até o ano de 2010 com a constituição das Diretrizes Curriculares Nacionais, DNC para o curso de graduação em Administração Pública, consolidando aspectos específicos, diretrizes gerais, variáveis pedagógicas e, bem como, entendimentos sobre a importância e os objetivos à serem alçados.

A DNC em Administração Pública afirmará que o curso de graduação deve ter caráter multidisciplinar, interdisciplinar e transdisciplinar, com integração entre teoria e prática, ao passo que é contundente sobre a articulação de conteúdo das áreas de Administração, de Ciência Política, de Economia, de Direito e de Sociologia (BRASIL, 2010). Para tanto, a análise que propomos neste trabalho é exatamente sobre a atualização do debate econômico para dentro da formação do administrador público, seguindo as orientações normativas, mas também políticas e acadêmicas que compõem a essência do curso de graduação em Administração Pública. A Economia da Inovação é conhecimento preponderante para aquele que tem pretensão em assumir cargos administrativos, tanto no setor privado quanto no setor público, pois, o segundo, deve compreender que o Esta-

do, em qualquer sistema econômico, é o ator principal para organização e dinâmica econômicas.

Por isso, a decisão de abordar a grade curricular, visando as disciplinas de Economia e/ou similares, dos três principais cursos, de instituições públicas de ensino superior do Brasil, de bacharelado em Administração Pública, segundo o Guia do Estudante de 2017 (PREVIDELLI, 2013). Assim, são objetos de análise deste trabalho os documentos acerca dos projetos pedagógicos e programas das disciplinas obrigatórias dos cursos da Universidade de São Paulo (USP), São Paulo/SP em Gestão Pública; da Escola de Governo da Fundação João Pinheiro (EG-FJP), Belo Horizonte/MG, em Administração Pública e; da Universidade Estadual de Santa Catarina (UDESC), Florianópolis/SC, em Administração Pública (PREVIDELLI, 2017).

Quadro 01 – Perfil econômico na graduação em Administração Pública

UNIDADES	DISCIPLINAS (obrigatórias)	PROGRAMA
USP	<ol style="list-style-type: none"> 1. Introdução à Economia. 2. Microeconomia e Políticas Públicas. 	Introdução aos conceitos da Economia, microeconomia, questões do mercado, conceitos básicos de Contabilidade e de macroeconomia. Quanto a segunda, discussão sobre a interação dos agentes econômicos na economia.
EG-FJP	<ol style="list-style-type: none"> 1. Microeconomia. 2. Macroeconomia. 3. Desenvolvimento Econômico e Social 	Conceitos introdutórios em micro e macroeconomia, bem como o debate acerca das teorias de desenvolvimento econômico e social.
UDESC	<ol style="list-style-type: none"> 1. Teoria Econômica I. 2. Teoria Econômica II. 	Conceitos de economia, introdução à microeconomia, teoria dos jogos. Em seguida, conceitos de macroeconomia, contabilidade nacional e desenvolvimento econômico.

Fonte: USP (2018); FJP (2017); UDESC (2007).

Quando na análise da bibliografia obrigatória e complementar dessas disciplinas, identificadas como representantes da Economia na formação do administrador público nos cursos selecionados, é perceptível que

não há, nem quando se discute Macroeconomia e nem Desenvolvimento Econômico, referências sobre a Economia da Inovação ou como a inovação tecnológica passa a ser central na dinâmica capitalista contemporânea, reconstruindo as regras de mercado, as relações institucionais e, ainda, as relações sociais. Contrariando, por exemplo, a ideia de disputa no mercado capitalista meramente por preços. Sendo, também ausente o exercício deste campo de ideias e discussões para o papel do administrador público ou como ele deve compreender a centralidade da inovação na economia capitalista contemporânea, pensando as políticas públicas voltadas para a organização econômica ou, como este comportamento inovador, pode ser abordado na Administração Pública. Essas lacunas analisadas serão respondidas, de forma pedagógica, conceitual e técnica, na próxima seção que objetiva elaborar o marco-teórico da proposta de disciplina de Inovação no Setor Público.

2. O marco-teórico: a importância da inovação no setor público

O que é inovar? A inovação é inerente ao sistema de produção capitalista, é ela quem irá, inclusive, possibilitar a realização plena do mesmo. Em outros termos, é a absorção e disseminação do progresso técnico que possibilita aumento da produtividade humana na equação da produção, que resulta, não em diminuição do tempo de trabalho, mas sim na maior proporção de exploração por parte do capitalista frente à mão-de-obra, a mais-valia relativa (MARX, 1867). Mas, nos importa neste momento compreender a centralidade da inovação na teoria de desenvolvimento econômico marxista, pois o autor irá além na elaboração de seus conceitos fundamentais que, oportunamente, devem ser apresentados durante a disciplina (ROSENBERG, 1976, p. 67).

Schumpeter, principal referência quando o assunto é inovação, na formulação de sua teoria sobre o desenvolvimento econômico, que se distingue da marxista (SCHUMPETER, 1912), exporá que o papel da tecnologia é pensar em soluções técnicas para os problemas dos métodos de produção (SCHUMPETER, 1961). Sendo que, esse processo de reflexão e formulação de respostas, em um primeiro momento, deve estar distante do fator econômico, apesar deste, no final, ser irrefutável para adoção

ou não dos encaminhamentos elaborados. Para a teoria schumpeteriana, a produção tecnológica, referente aos métodos de produção está submetida à prevalência da produção econômica, ligada às necessidades. “O objetivo da produção tecnológica é na verdade determinado pelo sistema econômico; a tecnologia só desenvolve métodos produtivos para bens procurados” (SCHUMPETER, 1961, p.32).

Por isso que, para Schumpeter (1912;1961), desenvolvimento econômico são as mudanças da dinâmica econômica que não são impostas pelo ambiente externo, mas sim as que são oriundas de seu interior, impulsionadas por sua própria iniciativa, as inovações. Nesse sentido, o desenvolvimento é definido pela realização de novas combinações, que, se resumem em: 1) Introdução de um novo bem ou de uma nova qualidade de um bem; 2) Introdução de um novo método de produção; 3) Abertura de um novo mercado; 4) Conquista de uma nova fonte de oferta de matérias-primas ou de bens semimanufaturados e; 5) Estabelecimento de uma nova organização de qualquer indústria.

A teoria schumpeteriana nos coloca que inovação é a extinção de algo posto para o estabelecimento de um novo paradigma no mercado – destruição criadora –, por meio do encontro da lógica tecnológica com a lógica econômica, classificada em cinco formatos distintos e só se realiza quando satisfazer as necessidades econômicas da empresa (SCHUMPETER, 1961). Assim, com o desenvolvimento do capitalismo nas últimas décadas, a inovação também se modificou e a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OECD) irá buscar avançar na sua compreensão.

O Manual de Oslo (1997) da OECD, baseado, dentre outras, nas formulações expostas aqui sobre inovação, propõe um novo arranjo dos tipos de inovação: produto; processo; organizacional e marketing, além de considerar o desenvolvimento da inovação no setor de serviços, caracterizada por ser menos formal, essência incremental e não muito tecnológica. Inovação de produto inclui importantes mudanças na potencialidade de produtos ofertados; a inovação de processo representa as mudanças significativas nos métodos de produção e de distribuição; inovação organizacional pode ser condição ou consequência de mudanças técnicas e melhora a qualidade e eficiência da empresa, bem como do trabalho e outras funções e; inovação em marketing objetiva criar novos mercados

ou segmentos de mercados e desenvolve meios de promover os produtos (OECD, 1997, p.22 -24).

O Manual proporcionou não só essa ampliação e aperfeiçoamento do conceito de inovação no setor privado, mas também a padronização global desse debate, muito pelo esforço em trazer em suas páginas procedimentos metodológicos para a pesquisa em inovação. É um instrumento de diálogo universal, que reconhece, inclusive, a importância de a inovação ocorrer em setores que incluem serviços governamentais. No entanto, afirma que suas diretrizes são voltadas para as inovações empresariais e comerciais, o que nos impõe pensarmos o próximo passo olhando para a formulação da inovação na economia e, ao mesmo tempo, nas características do Estado, brasileiro no nosso caso.

No pensamento schumpeteriano, há a preponderância dos mecanismos de incentivos que motivam o empresário a patrocinar ações inovadoras – empreendedoras – como, por exemplo, a melhor colocação da empresa frente a seus concorrentes por meio de um novo processo de produção. Além disto, quando se pensa em inovar é preciso compreender a imperatividade do risco de dedicar recursos para formular a invenção e não alcançar a inovação. O risco no setor privado é calculável e aparecerá nas planilhas de custos na divisão de contabilidade da empresa e, ao final, irão compor o produto. No setor público quais seriam os incentivos e qual seria o entendimento sobre a responsabilidade diante do risco da inovação?

O Estado brasileiro é fortemente regido por leis, mantém uma estrutura burocrática de alto nível, de certa forma apartada da sociedade; deve ser orientado por seus princípios constitucionais, mas flerta perenemente com o patrimonialismo; mantém rigidez de planejamento e execução orçamentária e financeira; dispõe de um complexo pacto federativo; é composto por servidores concursados e estabilizados e; dirigido por cidadãos eleitos em processo eleitoral universal e periódico (FERNANDES, 1987; IANNI, 2009; BOURDIEU, 2014). Em outros termos, sua dinâmica e organização diferem do campo que o setor privado contém para a inovação. Anteriormente, afirmamos que a inovação era o encontro da lógica tecnológica com a lógica econômica, com preponderância da segunda. Contudo, quando pensamos a inovação no setor público, a lógica econômica perde primazia e dá espaço para outros princípios como, por

exemplo, o retorno para a sociedade, o respeito à ordem democrática e republicana e a compreensão da diversidade. Isto significa que o campo de incentivos é mais amplo e subjetivo e a responsabilidade diluída.

Compreendida a essência da inovação e do Estado, agora precisamos pensar em constituir as características do incentivo à inovação no setor público. O primeiro passo é vislumbrar a heterogeneidade do Estado como um atributo ambivalente para a inovação, ao mesmo tempo que obstaculiza, amplia as possibilidades. A questão econômica, por mais que não seja preponderante, é de fato um elemento significativo para a elaboração e aplicação de políticas públicas. O Estado precisa ter um planejamento financeiro eficiente, que concretize seus objetivos, só que precisamos ir além dessa referência e ascender o horizonte da eficácia e da efetividade, sendo, portanto, a inovação um meio de se alcançar isso.

A Escola Nacional de Administração Pública (ENAP) vem conduzindo alguns trabalhos no sentido de elaborar entendimento acerca da inovação no setor público, tentando estabelecer, a partir de análise de casos concretos, perspectiva quanto à tipologia ou classificação das inovações no ambiente público. Segundo a ENAP, é preciso considerar quatro variáveis, sendo as três primeiras sequenciais e a quarta independente, o que chamará de “Matriz Inovativa”, a conhecer: 1) Ambiente para o qual está voltada a inovação: a ação está voltada para o ambiente interno ou externo à organização; 2) Tipo de inovação: classifica a ação pelo tipo de inovação que ela representou – nova para a sociedade, nova para a organização ou uma mudança de rotina; 3) Capilaridade: apresenta os beneficiários do ambiente de cada ação e; 4) Fatores de sucesso: aponta os principais fatores de sucesso da ação (OLIVEIRA, 2014, p. 45-46).

Os casos analisados pela ENAP demonstram que a inovação no setor público já é uma realidade, que acontece em quase todos os setores da Administração Pública, no entanto, sem qualquer apoio institucionalizado. Por isso, o que nos interessa é justamente a variável independente da Matriz Inovativa, os “Fatores de sucesso”. Estes antecedem a implantação da ação – que se torna inovação – e são os incentivos e/ou obstáculos da inovação no setor público. Os fatores são: a) Decisão política e/ou dos dirigentes; b) Engajamento/comprometimento da equipe envolvida; c) Disponibilidade de recursos (materiais, financeiros, técnico etc.); d) Participação do setor privado (empresa); e) Participação de universidades e

centros de pesquisa; f) Coparticipação de outros órgãos ou atores, exceto setor privado e academia e; g) Outros” (OLIVEIRA, 2014, p. 23-25).

Mas, quem inova? No setor privado, motivados pela concorrência em inovação, as multinacionais e até mesmo organizações empresariais nacional e regional adotaram os departamentos de Pesquisa e Desenvolvimento (P&D), que tinham a responsabilidade de trabalhar, de maneira sistemática, o progresso tecnológico das empresas, em vista à disputa de mercado a ser explorado. Todavia, a inovação no setor público, para além dos momentos de crises bélicas, ficara à mercê de conjunturas pontuais e não oriundas de uma formulação institucional de incentivo público aos servidores, políticos e sociedade civil como um todo. As ações destacáveis sempre foram dispersas.

Contudo, porque inovar no setor público? Nossa ideia central é que a inovação é essencial ao sistema econômico e o Estado é central na organização econômica. Dessa forma, o Estado é objeto fundamental para o processo inovativo, “foi a mão invisível do Estado que fez essas inovações acontecerem” (MAZZUCATO, 2014, locais do Kindle 346) e também precisa se inovar. Não só por economia, mas também para cumprir suas determinações republicanas e democráticas. Cavalcante (2017) observa que a Administração Pública - muito pelos diversos modelos de gestão implantados e seus arranjos institucionais e legais sob regimes políticos diferentes (KISSLER, 2006; TCU, 2014; DAGNINO, 2016) - ao longo dos séculos, acumulou problemas multissetoriais e de alta complexidade, tantos internos quanto externos, os chamados *wicked-problem*. À vista disso, os gestores públicos - eleitos, concursados e indicados -, em diálogo perene com toda a sociedade civil, devem propor soluções trilhadas por caminhos ainda não explorados, utilizando instrumentos e técnicas ainda não experimentadas e propondo um ambiente público aberto e de cooperação profusa até agora não tentado com afinco.

Mazzucato (2014) dirá que o Estado atual deve assimilar a natureza do empreendedorismo, admitindo o risco - que até o setor privado teme - de criar coisas novas - inovar -, sobrepondo a compreensão do caráter de “intruso” e de simples ator do desenvolvimento econômico. Dessa forma, rompendo a ilusória rivalidade com o setor privado.

Além do mais, é preciso abordar, de forma conceitual e histórica, o processo global de Governança Digital e como esta questão influencia em toda a cadeia inovativa no setor público (SANTOS, 2018b). No Brasil haverá atenção quanto a esta nova conjuntura e, o Governo Federal, desde a Reforma do Estado de 1995, sob a gestão do ex-Presidente da República Fernando Henrique Cardoso, começará a apontar políticas e regras na perspectiva de o Estado brasileiro corresponder às mudanças postas (PRADO, 2009) e para enfrentar o clientelismo e patrimonialismo, características tão marcantes da nossa organização estatal (SANTOS, 2018a). Assim, de 2008 a 2015, o Governo Federal do Brasil elaborou quatro documentos que buscavam adequar as estruturas estatais conforme a orientação mundial, no que tange ao e-Gov, a Estratégia Geral de Tecnologia da Informação, EGTI, de 2008, 2010, 2011-2012 e 2013-2015 (BRASIL, 2008). Em 2016, a Administração Pública Federal, em alinhamento global às mudanças nesse quesito, proporá a Estratégia de Governança Digital da Administração Pública Federal 2016-2019, EGD, propondo um novo paradigma na gestão pública brasileira em estabelecer os princípios e diretrizes da governança, assim como formatar suas políticas públicas nessa perspectiva (BRASIL, 2016).

Por fim, demonstramos nessa análise a construção da reflexão teórica acerca da importância e da necessidade de se inovar no setor público brasileiro, objetivando o desenvolvimento do debate que uma disciplina requer. Entendemos que, tal questão, ainda precisa ser amadurecida e melhor pautada – tanto tecnicamente quanto politicamente – pelos gestores públicos brasileiros que, diferentemente do senso comum, estão sendo formados com compromisso com a coisa pública. Por essa razão, precisamos disseminar e conhecer o caráter cooperativo da inovação para, inclusive, superar os entraves e obstáculos da eficácia do Estado brasileiro a fim de alcançar a efetividade da ação governamental. E, uma das maneiras em inovar no setor público é pensar em como implantar na rotina, nos procedimentos e nas formas de diálogo com a sociedade civil tecnologias de informação e comunicação que vão dinamizar e (res) significar a própria ação do Estado, estabelecendo uma nova forma com que as relações, sociais ou institucionais, se darão e amplificando as qualidades do aparato estatal no regime democrático.

3. Disciplina em Inovação no setor público: técnica, didática e educacional

A concepção organizativa de disciplina “Inovação no Setor Público”, pensa o debate dos temas de forma semanal, bem como exercícios, que trazem sempre o tripé: a leitura dos textos referidos, debate em sala de aula e a praticidade para o ambiente público. Ou seja, a didática busca responder à necessidade da elaboração objetiva e subjetiva no que refere à formação de administradores públicos na concepção da inovação.

No desenvolvimento da disciplina, será cobrado semanalmente – de acordo com as referências – a boa leitura dos textos, que resulta em dúvidas e no debate aprofundado sobre os conceitos e ideias apresentadas. Para tanto, a cada semana no mínimo três discentes – a depender da composição da sala – serão os responsáveis por lerem os textos e formularem perguntas que deverão ser respondidas pelos demais. As aulas são expositivas, com o docente fazendo as correlações dos textos e dando luz à centralidade de como cada autor trata a inovação, seja para o setor privado ou público.

Com isso, a primeira avaliação, sobre o Módulo I – Capital e inovação, corresponde a capacidade individual do discente em restabelecer as correlações teóricas, por meio de prova dissertativa. O resultado dessa avaliação deve demonstrar a compreensão que cada discente tem sobre o conceito de inovação, consolidando a primeira etapa de requalificação subjetiva na sua formação. As aulas expositivas, com as referências do Módulo II – Estado e inovação, prosseguem e são suspensas quando na data da prova dissertativa.

A segunda avaliação, compreende a vital importância dos exercícios práticos para a formação de administradores e gestores públicos, a disciplina deve destinar tempo razoável para este fim. Além de conhecer e estudar os casos vencedores do Concurso Inovação no Setor Público, da ENAP, por meio do instrumento analítico elaborado pelos autores, os discentes serão responsáveis por reproduzirem esta análise para casos de sua escolha. Devem responder de que forma a política pública elegida por eles é inovadora, de acordo com os referenciais estudados no Módulo II, com orientação do docente. Essa fase da disciplina será feita em grupos, procurando simular ambiente público e estabelecer a importância da resolução de pro-

blemas públicos em espaços coletivos e compostos por diferentes pessoas. Ao fim, deverão produzir Relatório de Análise de Caso de Inovação no Setor Público que deverá conter a correlação com o arcabouço teórico da disciplina, a análise do caso elegido e conclusão analítica do grupo quanto o caráter da inovação analisada.

Assim, buscando dispor melhor visualização da proposta de disciplina e otimização do espaço, foi elaborado O Quadro 01 “Programa da disciplina: Inovação no Setor Público”. O arranjo está posto por semana, pois dessa forma atende as necessidades dos cursos de graduação que organizam sua grade curricular em disciplinas que ocorrem uma ou duas vezes por semana. A discussão teórica está distribuída em onze semanas (incluindo a 1ª destinada para apresentação das disciplinas, mas também para introdução ao capitalismo); uma semana para realização de prova, baseada nas referências obrigatórias do Módulo I; duas semanas dedicadas para análise, discussão e elaboração dos relatórios e; duas semanas para o extraordinário. Dessa forma, são 16 semanas, 4 meses, para a disciplina “Inovação no setor público”, inclusive, compreendendo os imprevistos, percalços no âmbito acadêmico e/ou universitário e o tempo necessário para a recuperação dos discentes que não atingirem o mínimo necessário para sua aprovação, conforme a regulação da Instituição de Ensino, Superior.

QUADRO 02 – Programa da disciplina: Inovação no setor público

SEMANA	CONTEÚDO	BIBLIOGRAFIA	MÓDULOS
01	Introdução à disciplina e ao capitalismo	MARX, 1867 capítulos 10 e 23	I – Capital e inovação
02	Abordagem crítica ao capitalismo	MARX, 1867, 12 e 13	
03	Progresso técnico em Marx e os conceitos de Estado-rede e sociedade-rede	ROSENBERG, 1976, cap. 02 CASTELLS, 1999.	
04	Capitalismo e inovação: ideias introdutórias e a administração da inovação	SCHUMPETER, 1912, 1 e 2 SCHUMPETER, 1961, capítulo 7 e 12	
05	Ampliação do conceito e pesquisa em inovação: o Manual de Oslo	OECD, 1997, capítulo 1,2 e 3	
06	Outro Estado é possível	MAZZUCATO, 2014, Introdução e capítulos 2, 3 e Conclusão	

07	Novos modelos de gestão pública: Estratégica, governança e aberto	DAGNINO, 2016, capítulo 1 KISSLER, 2006 TCU, 2014	II – Estado e inovação
08	Governança Digital no Brasil	BRASIL, 2008; 2016	
09	Primeira avaliação	Prova Dissertativa	
10	Introdução à inovação no setor público	DAGNINO, 2016, capítulo 9 CAVALCANTE, 2017, capítulos 1 e 2	
11	Inovação no setor público: do debate teórico à prática	CAVALCANTE, 2017, capítulos 6, 9 e Conclusão	
12	Inovação no setor público: Casos premiados pela ENAP	OLIVEIRA, 2014	
13	Análise de caso	Orientação em sala	
14	Segunda avaliação	Relatório de análise de caso	
15	Extraordinário	-	
16			

Fonte: Elaboração própria, 2018.

Conclusão

O Estado é ator ativo e passivo do processo de inovação no setor privado, seja se beneficiando direta e indiretamente dos resultados obtidos ou financiando a empreitada das organizações privadas. Ao mesmo tempo, precisa compreender a importância em organizar espaços institucionais e construir diálogo com as organizações externas que formulam inovações para o âmbito público. Os problemas públicos aglutinados ao longo das décadas - econômicos, sociais e até políticos - não encontram resoluções dentro do conhecimento e prática já dispostos, é necessário designar novas combinações – para usarmos os termos do conceito de inovação. O que não significa automaticamente “inventar a roda”, mas ter a sensibilidade, o olhar empreendedor, para o que está posto e redigir um novo caminho resolutivo.

Para tanto, os futuros administradores públicos necessitam prover de ambiente formativo que compreenda essa importância e dedique esforços na construção desse seu caráter inovador, no campo objetivo, a prática de administrar a coisa pública com inovação, quanto no campo subjetivo, a capacidade cognitiva de enxergar de forma inovadora. Por isso, é notória a premência da disciplina “Inovação no Setor Público” como básica nos

cursos de graduação em Administração Pública, de acordo com a ideia da gestão de aprendizagem no contexto das transformações.

Referências

BORDIEU, Pierre. Sobre o Estado. Tradução de Rosa Freire D’Aguilar. São Paulo: Companhia das Letras, 2014.

BRASIL. Estratégia Geral de Tecnologia da Informação. Brasília: Sistema de Administração de Recursos de Informática e Informação, 2008.

_____. Estratégia de Governança Digital da Administração Pública Federal 2016–2019. Brasília: Ministério do Planejamento, 2016.

BRESSER-PEREIRA, L. C. Autonomia da administração pública em relação à administração de empresas. Intervenção feita na Audiência Pública sobre as Diretrizes Curriculares para Curso de Graduação em Administração Pública e Políticas Públicas, realizada no Conselho Nacional de Educação do Ministério da Educação. Brasília, 5 de abril, 2010.

_____. Reforma da nova gestão pública: agora na agenda da América Latina, no entanto... Revista do Serviço Público, ano 53, n. 1, jan./mar. 2002.

CASTELLS, Manuel. A sociedade em rede. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

_____. Comunicación y poder. Madrid: Alianza Editorial, 2009.

CAVALCANTE, Pedro (et al.). Inovação no setor público: teoria, tendências e casos no Brasil. Brasília: Enap: IPEA, 2017.

COELHO, Fernando de S. Educação Superior, Formação de Administradores e Setor Público: um estudo sobre o ensino de administração pública – em nível de graduação – no Brasil. Tese. Escola de Administração de Empresas São Paulo, 2006.

DAGNINO, Renato; CAVALCANTI, Paulo A.; COSTA, Greiner. Gestão Estratégica Pública. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2016.

- FJP, Fundação João Pinheiro. Projeto pedagógico: Curso de Administração Pública. Escola de Governo, Belo Horizonte, 2017.
- GIL, Antônio Carlos. Metodologia do ensino superior. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- GANDIN, D. A prática do planejamento participativo. 2.ed. Petrópolis: Vozes, 1994a
- _____. Planejamento como prática educativa. 7.ed. São Paulo: Loyola, 1994b.
- KISSLER, Leo; HEIDEMANN, Francisco G. Governança pública: novo modelo regulatório para as relações entre Estado, mercado e sociedade?. Rio de Janeiro: Revista de Administração Pública (RAP), 40(3):479-99, Maio/Jun, 2006.
- MACPHERSON, Crawford. B. A Democracia liberal: origens e evoluções. Rio de Janeiro: Zahar, 1978.
- MARX, Karl. O Capital: Crítica da economia política. Livro I: O processo de produção do capital, 1867. Trad. Rubens Enderle, São Paulo: Editora Boitempo, 2013.
- Mazzucato, Mariana. O Estado empreendedor: Desmascarando o mito do setor público vs. setor privado. Portfolio-Penguin. Edição do Kindle, 2014.
- NOGUEIRA, Marco Aurélio. As possibilidades da política: idéias para a reforma democrático do Estado. São Paulo: Paz e Terra, 1998.
- OECD, Organisation for Economic Co-Operation and Development. Manual de Oslo: Diretrizes para coleta e interpretação de dados sobre inovação. Terceira edição. Trad. Financiadora de Estudos e Projetos (FINEP), Brasília: 1997.
- _____. OECD Principles of Corporate Governance, 2014a. Disponível em: <http://www.oecd.org/corporate/ca/corporategovernanceprinciples/31557724.pdf> . Acesado em 03 ago 2018.

_____. Recommendation of the Council on Digital Government Strategies, 2014b. Disponível em: <http://www.oecd.org/gov/digital-government/recommendation-on-digital-government-strategies.htm>. Acessado em 03 agosto 2018.

ONU, UNITED NATIONS. Benchmarking E-government: A Global perspective, 2002. Disponível:<http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/un/unpan003984>. Acesso em: 01 agosto 2018.

OLIVEIRA, Luiz Guilherme de (org). Inovação no setor público: uma reflexão a partir das referências premiadas no Concurso Inovação na Gestão Pública Federal. Brasília: ENAP, 2014.

PRADO, Otavio. Governo eletrônico, reforma do estado e transparência: o programa de governo eletrônico no Brasil. 2009. Tese (Administração) – Escola de Administração de Empresas de São Paulo, São Paulo, 2009.

PREVIDELLI, Amanda. Guia do Estudante - Entenda como é feita a avaliação do Guia do Estudante. São Paulo, Grupo Abril, 2013. Disponível em: <https://guiadoestudante.abril.com.br/blog/melhores-faculdades/entenda-como-e-feita-a-avaliacao-do-guia-do-estudante/>. Acessado em 08 de agosto de 2018.

PREVIDELLI, Amanda. Guia do Estudante - As melhores faculdades de Administração Pública. São Paulo, Grupo Abril, 2017. Disponível em: <https://guiadoestudante.abril.com.br/blog/melhores-faculdades/as-melhores-faculdades-de-administracao-publica/>. Acessado em 08 de agosto de 2018.

SANTOS, Matheus H de S. Análise da revisão do Plano Diretor de Araquara-SP (2014): Em discussão o papel do Legislativo e os pilares da participação no planejamento urbano. 2018. Dissertação (Ciências Sociais) – Programa de Pós-graduação em Ciências Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, São Paulo, 2018a.

- SANTOS, Matheus H. de S. Aspectos da Governança Digital da Administração Pública Federal do Brasil sob a luz das orientações globais. In: FERNANDES, Ricardo V. de C; CARVALHO, Angelo G. P. Tecnologia Jurídica & Direito Digital: II Congresso Internacional de Direito, Governo e Tecnologia, 2018b.
- SCHUMPETER, Joseph A. Teoria do desenvolvimento econômico: Uma investigação sobre lucros, capital, crédito, juro e o ciclo econômico, 1912. Trad. Maria Silvia Possas, São Paulo: Editora Nova Cultura Ltda., 1997.
- SCHUMPETER, Joseph A. Capitalismo, Socialismo e Democracia. Trad. Ruy Jungmann, Rio de Janeiro: Editora Fundo de Cultura, 1961.
- TCU, Tribunal de Contas da União. Governo Aberto: a tecnologia contribuindo para maior aproximação entre o Estado e a sociedade. Brasília: Revista do TCU, set/dez de 2014. Disponível em: <http://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/article/download/60/67>.
- USP, Universidade de São Paulo. Grade Curricular: Gestão de Políticas Públicas. Escola de Artes, Ciências e Humanidade, São Paulo, 2013. Disponível em: <https://uspdigital.usp.br/jupiterweb/listarGradeCurricular?codcg=86&codcur=86350&codhab=204&tipo=N&print=true>. Acessado em 08 de agosto de 2018.
- UDESC, Universidade Estadual de Santa Catarina. Ementas das disciplinas: Curso de Administração Pública. Departamento de Administração Pública, Florianópolis, 2007. Disponível em: http://www.esag.udesc.br/arquivos/id_submenu/729/ementas__ppp_2007_.pdf. Acessado em 08 de agosto de 2018.

AGÊNCIAS REGULADORAS E A IMPORTÂNCIA DOS MANDATOS FIXOS DOS DIRETORES COMO INSTRUMENTO DE AUTONOMIA

Amanda Greff Escobar

Willde Pereira Sobral

INTRODUÇÃO

O Brasil, a partir da década de 80, passou a viver um contexto econômico e social negativo, era cenário de uma crise fiscal, sentia a exaustão de um modelo social-desenvolvimentista de Estado e passava a implantar um plano nacional de desestatização, delineando uma necessária reorganização do Estado e a implantação de um modelo gerencial de gestão.

A ineficiência do Estado na prestação de serviços públicos, bem como na necessidade de desenvolvimento de atividades econômicas, adequando a economia nacional aos fundamentos da economia globalizada, além de outros fatores, ensejou a formação de um Estado Regulador Brasileiro.

A nova atuação estatal, caracterizada por uma Administração Pública de menor intervenção, transfere à iniciativa privada a administração de bens e a prestação de serviços públicos, assumindo as funções de planejamento, regulação e fiscalização, adotando uma postura essencialmente gerencial, é a chamada intervenção indireta no domínio econômico e na ordem social.

Nesse contexto, vislumbrando a regulação econômica dos produtos ou serviços de setores considerados de interesse público, foram desenvol-

vidas as agências reguladoras, que exercem papel fundamental na efetivação das políticas públicas.

Porém, observa-se que para uma efetiva atuação desses entes é necessário conferir-lhes certo grau de autonomia em relação ao Poder Público, blindando-os de ingerências políticas.

Dessa forma, o cerne da presente pesquisa repousa na análise dos aspectos que conferem tal autonomia a essa entidade, delimitando, dentre tais aspectos, a apreciação da estabilidade e o mandato fixo dos dirigentes desta entidade, a fim de investigar se os mesmos a garantem a tecnicidade e neutralidade que devem pautar sua atuação, principalmente quanto à proteção de interferências de cunho político.

Para a condução metodológica do presente estudo será desenvolvida uma pesquisa de abordagem qualitativa, a partir do método dedutivo, laçada por um uma pesquisa bibliográfica.

Para tanto, é realizada uma exposição acerca da fundação do Estado Regulador no Brasil e a instituição das agências reguladoras, além de uma análise da definição e natureza jurídica deste ente, para então adentrar-se no estudo da estabilidade e o mandato fixo dos dirigentes como instrumento de autonomia das agências reguladoras, para, ao final, realizar as considerações finais sobre esta temática.

1 ESTADO REGULADOR E O SURGIMENTO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS NO BRASIL

Em meados da década de 80 e seguinte o Brasil enfrentava uma crise fiscal, a ruína do modelo social-desenvolvimentista de Estado e a obsolescência da forma burocrática de administração pública estatal. A par disso, ocorria o advento da globalização, com aumento do comércio mundial e da competição internacional, onde os Estados Nacionais passaram a ter o seu desenvolvimento econômico aliado a capacidade de competir internacionalmente, através de uma atividade econômica rápida, menos burocrática e com qualidade, mantendo dessa forma o país competitivo (PEREIRA, 1997).

Destarte, a realidade brasileira transparecia a necessidade de aumento da governança do Estado, diante da ineficiência da máquina estatal, no tocante à prestação de serviços públicos e desenvolvimento de atividades

econômicas e, com isso, impunha uma postura reformista, como explica Barroso:

O estado brasileiro chegou ao fim do século XX grande, pesado, ineficiente, com bolsões endêmicos de pobreza e de corrupção. A questão que se vive hoje da desconstrução do Estado Econômico brasileiro, por ruim que possa ser, não é uma opção ideológica, é uma inevitabilidade histórica. (BARROSO, 2004, p. 89).

Desse cenário surgia uma iniciativa de reforma de Estado, onde o governo pudesse ampliar sua governança, enquanto capacidade de implementar políticas públicas, rompendo com a velha administração burocrática e limitando sua atuação às funções que lhe são próprias.

O rompante da manifestação da retirada do Estado do domínio econômico, passando este a intervir indiretamente na economia, é marcado por alguns instrumentos que o viabilizaram, sendo um deles o processo de desestatização, a partir da criação do Plano Nacional de Desestatização – PND, através da edição da Lei nº 8.031/1990, sob o Governo de Fernando Collor, posteriormente revogada pela Lei nº 9.491/97.

Com a desestatização, o Estado altera sua atuação no domínio econômico, se afastando de determinadas atividades e transferindo à iniciativa privada atividades então só exploradas pelo setor público. Para Vicente Bagnoli:

O processo de desestatização faz com que as empresas privadas venham a ocupar setores até então exclusivos de atuação estatal. Com isso, a concorrência se acirra e muitos setores da economia vão se tornando mais eficientes para o bem dos consumidores. Entretanto, é cada vez mais imperiosa a atuação do Estado nestes setores, seja fiscalizando, seja incentivando e, até mesmo, planejando, hipótese em que é determinante para o setor público e indicativo ao privado. (BAGNOLI, 2011, p. 59-60).

Nestes moldes, a face reguladora do Estado se delineava, e fora, enfim, aprofundada no governo Fernando Henrique Cardoso, com a elaboração do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado (PDRAE) em 1995, sob a tutela do Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado – MARE.

Emergiu, então, um Estado com papel regulador redefinido, adotando um modelo de administração gerencial, com considerável mudança na estratégia de intervenção do Estado na economia, o que não quer dizer

que retirou do Estado o seu protagonismo nesta seara, mas tão somente alterou sua atuação.

Imperioso destacar os ensinamentos de Henrique Ribeiro Cardoso, neste sentido:

No Estado Regulador há uma alteração da suposição de que seja o Estado que deva prestar, através de seus agentes, os serviços públicos. Não só os serviços industriais devem estar inteiramente no âmbito do setor privado, como também os serviços públicos. A orientação é a substituição do Estado-prestador pelo Estado-regulador. Por essa orientação, todos os serviços públicos que puderem ser prestados pela livre iniciativa, deverão sê-lo. Apenas educação e seguridade social devem permanecer sob controle do Estado, evitando-se sua mercantilização. (CARDOSO, 2005, p.48).

Como resultado da reforma do aparelho Estatal e implantação de uma Administração Pública Gerencial, revela-se como grandes transfigurações do panorama brasileiro, o remate das restrições ao capital estrangeiro, do monopólio estatal e a desestatização da economia.

Porém, com a transferência para a iniciativa privada da prestação de serviços públicos, o Estado passa da função de provedor direto dos serviços a exercer competências relacionadas a planejamento, regulação e fiscalização das empresas privatizadas (BARROSO, 2004).

Segundo Villlela Souto (2002), a atividade regulatória dirige-se à máxima eficiência no cumprimento do plano político traçado pelo governo, abusando de um perfil de Administração Pública gerencial, tendo como escopo o princípio da eficiência, que fora inserido no ordenamento jurídico-constitucional brasileiro pela EC 19/98, evidenciando assim a preocupação aos fins a serem alcançados.

Através da limitação da atividade estatal na economia, com escopo de regular e acertar a conduta privada, surgiu a necessidade de haver maior regulação das atividades exploradas pelo setor privado, garantindo assim prestação continuada e adequada dos serviços, compondo o equilíbrio entre os interesses eminentemente privados e os indisponíveis interesses públicos.

É nesse contexto da efetiva desestatização e mudança de intervenção do Estado na economia, que surgem, então, as agências reguladoras no Brasil, com o propósito de garantir o equilíbrio entre os interesses do Estado, dos consumidores e das empresas reguladas.

2 AGENCIAS REGULADORAS NO BRASIL

O art. 174 da Constituição Federal ressalta a ideia de limitação da atividade estatal na economia, revelando a necessidade de regulação das atividades exploradas pelo poder privado:

Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado. (BRASIL, 1988).

Para Henrique Ribeiro Cardoso (2005, p. 136) “Tal artigo fundamenta não somente a existência de agências reguladoras, mas toda a atividade regulatória do Estado, seja efetuada por agências, seja efetuada diretamente pela própria administração direta, ou por autarquias criadas especialmente para tal fim.”

Quanto à conceituação de agências reguladoras, a Carta Magna de 1988 não prevê literalmente uma definição, mas apenas se refere a “órgão regulador”. Esta expressão está disposta nos textos do art. 21, XI, ao se referir à Agência Nacional de Telecomunicações e do art. 177, § 2º, II, referindo-se à Agência Nacional de Petróleo:]

Art. 21. Compete à União:

(...)

XI - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais;

Art. 177. Constituem monopólio da União:

I - a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos;

II - a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro;

III - a importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das atividades previstas nos incisos anteriores;

IV - o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no País, bem assim o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem;

V - a pesquisa, a lavra, o enriquecimento, o reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados, com exceção dos radioisótopos cuja produção, comercialização e utilização poderão ser autorizadas sob regime de permissão, conforme as alíneas b e c do inciso XXIII do caput do art. 21 desta Constituição Federal.

§ 1º A União poderá contratar com empresas estatais ou privadas a realização das atividades previstas nos incisos I a IV deste artigo observadas as condições estabelecidas em lei. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 9, de 1995)

§ 2º A lei a que se refere o § 1º disporá sobre:

(...)

III - a estrutura e atribuições do órgão regulador do monopólio da União; (BRASIL, 1988. Grifo nosso).

Não havendo, portanto, definição legal para agências reguladoras, ficou a cargo da doutrina formular alguns conceitos na tentativa de definir esta entidade administrativa.

Marçal Justen Filho conceituou agência reguladora independente como sendo:

Uma autarquia especial, criada por lei para intervenção estatal no domínio econômico, dotada de competência para regulação de um setor específico, inclusive com poderes de natureza regulamentar e para arbitramento de conflitos entre particulares, e sujeita a regime jurídico que assegure sua autonomia em face da Administração direta. (JUSTEN FILHO, 2002, p. 344).

Na mesma linha, Moreira Neto (2014) propõe a conceituação de agências reguladoras e destaca em sua definição algumas das especificidades que estabelecem o modelo de agência reguladora adotada no sistema brasileiro:

São autarquias que recebem por lei tal qualificação, quando de sua criação, para atuar como órgãos autônomos, destinados a administrar setores em que são desenvolvidas atividades privadas de interesse público, tais como o são os serviços públicos, por delegação (concessões e permissões e institutos afins), bem como as atividades, profissionais ou empresariais, que venham a estar legalmente submetidas a um regime especial de controle destinado a salvaguardar valores específicos, como ocorre com a vigilância sanitária, com o regime hídrico e tantos outros, em listagem em expansão, na medida em que as atividades privadas, em áreas econômicas ou sociais constitucionalmente definidas como de relevância coletiva recebam específico ordenamento público regulador. (MOREIRA NETO, 2014, p. 256-257).

As agências reguladoras brasileiras foram desenvolvidas com o fim de desempenhar, de forma descentralizada, as funções típicas de Estado, com atuação técnica e especializada, necessitando de autonomia para o desempenho de suas atividades. Sendo assim, conforme exposto, são entidades criadas na forma de autarquias, em regime especial, integrantes da Administração Pública Indireta, com personalidade jurídica de direito público.

2.1 Objetivos e atribuições das Agências Reguladoras

Anterior ao Estado Regulador, as funções de exploração dos serviços e obras eram exclusivas do Estado, quando o Poder Público concede às empresas privadas a concessão, permissão, autorização e terceirização e serviços públicos surge a necessidade de criação de um ente que regule e fiscalize essas atividades.

Nesse modo, entende-se que os principais objetivos das agências reguladoras são de regular e fiscalizar atividades essenciais, harmonizando as relações entre o Estado, os consumidores e o prestador de serviços.

Quanto às atribuições das agências reguladoras, a lei de sua criação poderá estabelecer-las, por este motivo que as respectivas atribuições podem variar de uma agência para outra. No entanto, há um consenso entre doutrinadores em relação às atribuições legais gerais das agências, sendo essas:

- a) o estabelecimento de regras gerais que definem o desempenho das atividades sob sua tutela; b) o controle ou fiscalização de tais

atividades, mesmo *ex officio*; c) o julgamento das questões controversas postas a seu encargo; d) a aplicação de medidas sancionatórias; e) a promoção, em virtude de delegação, de licitações para a escolha do concessionário, permissionário ou autorizatário para prestar o serviço em questão (nas hipóteses que envolvam serviços públicos); f) a divulgação pública dos serviços por eles regulados e seus meios de controle. (CUÉLLAR, 2001, p. 107).

Na visão da autora, apesar de cada agência reguladora possuir singularidades em relação a atividade objeto de regulação, os objetivos principais que podem ser atribuídos às agências reguladoras são os supracitados.

2.2 A Relação Entre Políticas Públicas e as Agências Reguladoras

Bucci (1996, p. 241) conceitua Políticas Públicas como sendo "programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados."

As agências reguladoras guardam importante relação na concretização das políticas públicas, pois sua principal função desemboca na fiscalização da qualidade dos serviços prestados pela iniciativa privada, além de possuírem capacidade para emitir normas e regras sobre as prestações de tais serviços.

Importante asseverar que a atividade regulatória não implica na competência para definir as políticas públicas do setor econômico em questão, pois as agências reguladoras se destinam a estabelecer espaços e instrumentos para que as políticas públicas se efetivem, cabendo à regulação cumprir os pressupostos e os objetivos definidos em lei e nas políticas públicas.

As políticas públicas refletem a legítima atuação política do governante, sendo assim a sua observância é obrigatoriedade, devendo a agência reguladora refletir aquelas quando da sua atuação, principalmente nas políticas regulatórias e normas produzidas pela agência.

Vale ressaltar que as políticas públicas nos setores sujeitos à regulação, para que sejam implementadas, necessitam do manejo de políticas regulatórias, uma vez que o manejo desta última possibilita atingir metas, com pouca onerosidade para o poder público.

2.3 Natureza Jurídica das Agências Reguladoras

2.3.1 Autarquia

O conceito de autarquia está contido no art. 5º, inciso I, do Decreto-lei nº 200/1967, onde dispõe que autarquia se trata de “serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada.”

Di Pietro (2009, p. 429) conceitua as autarquias como sendo “[...] a pessoa jurídica de direito público, criada por lei, com capacidade de autoadministração, para o desempenho de serviço público descentralizado, mediante controle administrativo exercido nos limites da lei.”

Marçal Justen Filho (2008, p.161) evidencia que “[...] A personalidade de direito público significa que a autarquia exercita competências inerentes e próprias do Estado, sendo-lhe vedado atuar de modo equiparado aos particulares.”

Ademais, as autarquias estão sujeitas ao disposto no art. 37, XIX, da Constituição Federal de 1988, e, portanto, demandarão de lei específica que as criem e as extingam.

No tocante à capacidade de autoadministração, permite a autarquia administrar a si própria seguindo as regras constantes em sua lei de criação. Vale dizer que lhe confere certo grau de independência, porém não lhes permite a fuga do controle que o Estado exerce sobre elas (DI PIETRO, 2009).

Em relação a isso, Justen Filho conclui:

Há uma margem mínima de autonomia, no sentido de que a autarquia é dotada de personalidade jurídica própria. Isso significa que pratica atos em nome próprio e é titular de competência e de patrimônios específicos. [...]

Cada lei, ao instituir a autarquia, determina o grau de sua autonomia. Há, então, uma margem máxima de autonomia possível para autarquia. Não pode ser titular de poderes que a tornem imune ao controle e tutela

da Administração direta. A autarquia se encontra subordinada necessariamente, à Administração direta. (JUSTEN FILHO, 2008, 162).

Dessume-se que a autarquia não age por delegação, tendo em vista que não depende da entidade que a instituiu, mas sim tem direito próprio e, apesar de ser subordinada a Administração Direta, possui certa margem de autonomia.

2.3.2 Regime especial diferenciado

A justificativa para o surgimento das Agências Reguladoras, segundo Gomes (2005, p. 56), foi a de “Criar um ente administrativo técnico, altamente especializado e impermeável às injunções e oscilações típicas do processo político, as quais, como se sabe, influenciam sobremaneira as decisões dos órgãos situados na cadeia hierárquica da Administração.”

É por este motivo que, além da natureza autárquica, as agências reguladoras possuem regime especial, o que lhes confere características e alguns privilégios, além daqueles previstos às autarquias comuns, viabilizando assim uma atuação conforme disposto nas propostas do PDRE de 1995.

Hely Lopes Meirelles comenta sobre esse regime especial diferenciado:

O regime especial diferenciado significa que à entidade autárquica são conferidos privilégios específicos, visando aumentar sua autonomia em relação às autarquias comuns, sem infringir os preceitos fundamentais pertinentes a essas entidades de personalidade jurídica. (MEIRELLES, 1993, 315).

Complementa Luís Roberto Barroso:

A instituição de um regime jurídico especial visa a preservar as agências reguladoras de ingerências indevidas, inclusive e sobretudo, como assinalado, por parte do Estado e de seus agentes. Procurou-se demarcar, por esta razão, um espaço de legítima discricionariedade, com predomínio de juízos técnicos sobre as valorações políticas. Constatada a necessidade de se resguardarem essas autarquias especiais de injunções externas inadequadas, foram-lhes outorgadas autonomia político-administrativa e autonomia econômico-financeira. (BARROSO, 2002, p. 296).

O regime especial das agências reguladoras é consolidado através da sua autonomia reforçada, que é imposta pela lei que a constitui, como esclarece Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

As autarquias sujeitam-se às normas constitucionais que disciplinam esse tipo de entidade; o regime especial vem definido nas respectivas leis instituidoras, dizendo respeito, em regra, à maior autonomia em relação à Administração Direta; à estabilidade de seus dirigentes, garantida pelo exercício de mandato fixo, que ele somente podem perder nas hipóteses expressamente previstas, afastada a possibilidade de exoneração *ad nutum*; ao caráter final de suas decisões, que não são passíveis de apreciação por outros órgãos ou entidades da Administração Pública. (DI PIETRO, 2004, p. 401).

Deste modo, agências reguladoras necessitam de previsões legais que pautem o seu desempenho, mas também de seu regime jurídico especial, que lhe confere privilégios como autonomia normativa, autonomia administrativa reforçada e autonomia financeira ampliada, pois, somente assim, é viável a consecução de seus objetivos (OLIVEIRA, 2015).

Diante da autonomia reforçada das agências reguladoras, viabilizada pelo seu regime jurídico especial, não é o objetivo da presente pesquisa esgotá-la, mas apenas analisá-la diante de uma perspectiva da estabilidade e mandato fixo dos seus dirigentes, a fim de demonstrar ser este um dos instrumentos fundamentais que asseguram às agências reguladoras imparcialidade em seus atos e decisões.

3 ESTABILIDADE DOS DIRIGENTES DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

Aragão (2003, p. 299) evidencia que as agências reguladoras, devido ao seu regime especial, possuem como características essenciais, que lhes confere autonomia reforçada, “a impossibilidade de exoneração *ad nutum* dos seus dirigentes, a organização colegiada, a formação técnica, competências regulatórias e a impossibilidade de recursos hierárquicos impróprios.”

Em se tratando da autonomia, tanto as autarquias comuns quanto as em regime especial possuem, tendo em vista ser elemento intrínseco de qualquer autarquia, há, portanto, diferença apenas quanto sua intensidade (BANDEIRA DE MELLO, 2006).

O regime especial das agências reguladoras só as diferencia das autarquias comuns, no que diz respeito às prerrogativas de seu corpo diretivo, como conclui Bandeira de Mello (2006, p. 153) “[...] realmente peculiar em relação à generalidade das autarquias está nas disposições atinentes à investidura e fixidez do mandato dos dirigentes destas pessoas[...].”

Nessa acepção, Mariana Batista (2012, p. 216) faz importante consideração, quando diz que “[...] para ser independente de fato, a agência deve ter a capacidade de tomar decisões, sem ameaças no sentido de os diretores perderem o cargo, terem seu orçamento restrito, ou ainda, de terem seus procedimentos modificados ou se tornarem menos influentes no processo regulatório.”

À vista disso, pode-se perceber a necessidade que as agências possuem de ter uma atuação que seja técnica e dotada de imparcialidade e neutralidade, viabilizando um melhor desempenho e demonstrando capacidade de percorrer os objetivos a qual foi traçada.

Para atingir a imparcialidade e neutralidade, a lei 9.986/00, que dispõe sobre a gestão de Recursos Humanos das Agências Reguladoras, introduziu em nosso ordenamento uma previsão geral de relativa estabilidade dos dirigentes das agências reguladoras federais, esta previsão está disposta no art. 9º, *in verbis*: “Art. 9º Os Conselheiros e os Diretores somente perderão o mandato em caso de renúncia, de condenação judicial transitada em julgado ou de processo administrativo disciplinar.”

Através desse dispositivo, os dirigentes possuem a garantia de que sua demissão apenas ocorra de forma motivada, nas hipóteses estabelecidas em lei e com os requisitos procedimentais necessários.

Assim sendo, aquele que é investido no cargo de dirigente deverá pautar sua atuação apenas à necessidade do ente a qual está inserido, não temendo revelias por parte do poder político, quanto às suas decisões no trato da matéria regulada.

A impossibilidade de livre demissão não visa proteger o indivíduo titular do cargo, mas todo o interesse público, pois a tomada de decisões pelas agências reguladoras é ligada diretamente à realização do bem comum.

Marçal Justen Filho faz argumentação esclarecedora nesse viés:

Em última análise, o que se visa é reduzir o risco de que o temor de consequências pessoais negativas afete as decisões atinentes à

regulação desempenhada pela agência. Mas a tutela se funda no princípio da supremacia do interesse público. Protege-se mediante o bem comum por meio da garantia direta aos ocupantes dos cargos diretivos da agência. (JUSTEN FILHO, 2002, p. 463).

Além da garantia de não terem livre demissão, os dirigentes de todas as agências reguladoras federais exercem mandato de duração fixa.

Ademais, com o fito de evitar a concentração de poderes nas mãos de uma única pessoa, oportunizando assim o controle recíproco entre os diretores das agências reguladoras, o legislador adotou o modelo de diretorias colegiadas, como se extrai do art. 4º da lei supracitada “Art. 4º As Agências serão dirimidas em regime de Colegiado, por um conselho Diretor ou Diretoria composta por Conselheiros ou Diretores, sendo um deles o seu Presidente ou o Diretor-Geral ou Diretor-Presidente”.

Nesse sentido, Leila Cuéllar assevera:

Outro fator importante que contribui para garantir maior independência na atuação das agências relaciona-se com a previsão, na maior parte das vezes, de órgãos de direção colegiados. A composição colegiada permite a existência de entendimentos diversos e favorece o diálogo, garantindo uma atuação imparcial e evitando que prevaleçam entendimentos unilaterais. (CUÉLLAR, 2004, 432).

Sem embargo, para que haja a investidura nesses cargos de direção das Agências Reguladoras é necessário o cumprimento de requisitos estabelecidos na lei. Os referidos requisitos estão dispostos no art. 5º da Lei 9.986/2000, como se vê:

Art. 5º O Presidente ou o Diretor-Geral ou o Diretor-Presidente (CD I) e os demais membros do Conselho Diretor ou da Diretoria (CD II) serão brasileiros, de reputação ilibada, formação universitária e elevado conceito no campo de especialidade dos cargos para os quais serão nomeados, devendo ser escolhidos pelo Presidente da República e por ele nomeados, após aprovação pelo Senado Federal, nos termos da alínea f do inciso III do art. 52 da Constituição Federal. (BRASIL, 2000).

Tendo em vista que a nomeação dos dirigentes não se dá por um ato administrativo simples do Presidente da República, mas sim por um ato composto, com a participação do parlamento, nota-se que, além da esqui-va de manobras políticas, há também uma maior garantia de uma atuação técnica e profissional dessas entidades.

Entretanto, esse dispositivo ainda é suscetível de manipulação, através da nomeação de dirigentes de forma interina pelo Executivo, o que exclui a sabatina do Senado, com o argumento de uma recomposição, de forma mais ágil, do *quórum* necessário para as deliberações da Diretoria das agências, até que o titular seja nomeado através do procedimento previsto na legislação.

O Tribunal de Contas da União, através do acórdão 240/2015, ressaltou que a nomeação de diretores interinos coloca em risco a autonomia decisória das agências, tendo em vista que não possuem as garantias de mandato fixo e impossibilidade de demissão *ad nutum*, daqueles que são titulares do cargo.

Concluindo sobre a relevância do mandato fixo e estabilidade dos dirigentes, Carlos Ari Sundfeld sintetiza que:

Na realidade, o fator fundamental para garantir a autonomia da agência parece estar na estabilidade dos dirigentes. Na maior parte das agências atuais o modelo vem sendo o de estabelecer mandatos. O Presidente da República, no caso das agências federais, escolhe os dirigentes e os indica ao Senado Federal, que os sabatina e aprova (o mesmo sistema usado para os Ministros do Supremo Tribunal Federal); uma vez nomeados, eles exercem mandato, não podendo ser exonerados ‘ad nuntum’; isso é o que garante efetivamente a autonomia. (SUNDFELD, 2000, p. 24-25).

Nesse viés, importante considerar fator fundamental, para a garantia da autonomia das agências reguladoras, a estabilidade dos dirigentes e a fixação de mandato fixo, pois, como visto, essas prerrogativas servem como defesa de atuação ou decisões vinculadas a interesses político-partidários, que se afastem de uma regulação pautada em imparcialidade e neutralidade, viabilizando assim a consecução das atividades regulatórias e evitando que as agências sirvam a uma finalidade díspar àquela de sua constituição.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente estudo, analisamos o contexto da reforma estatal por qual passou o Brasil a partir da década de 80, o qual impôs ao país a adoção, devido a limitação da atividade estatal na economia, uma postura regulatória frente às empresas privadas, que se deu através das agências reguladoras, que passaram a zelar pela prestação continuada e adequada dos serviços.

Em suma, se extrai da presente pesquisa, que as agências reguladoras possuem relevante existência no ordenamento jurídico brasileiro, e, para que possam desempenhar suas funções em prol da coletividade, foram constituídas sob a forma de autarquias em regime especial.

A especialidade que fora conferida às agências garantiu maior intensidade de autonomia, do que aquelas conferidas às autarquias comuns. Resta claro que a autonomia das agências reguladoras é entendida como a ausência de subordinação hierárquica dessas entidades aos órgãos do Poder Executivo. No entanto, fundamental é para que seja assegurada essa independência a impossibilidade de exoneração *ad nutum* dos seus dirigentes e a fixação de mandatos, o que só é possível com o regime especial que possuem.

Verificamos assim que o mandato fixo e a garantia contra a livre demissão asseguram uma atuação técnica, eficiente, neutra e imparcial, através de tomadas de decisões que busquem as diretrizes estabelecidas em sua lei criadora. Além disso, é possível notar, portanto, que tais prerrogativas garantem atuação sem ingerências externas, agindo os diretores desses entes conforme o princípio da supremacia do interesse público.

Resta evidente, portanto, a importância dos mandatos fixos e da impossibilidade de demissão *ad nutum* dos dirigentes das Agências Reguladoras, para a garantia de sua autonomia.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**, 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

BAGNOLI, Vicente. **Direito Econômico**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

- BARROSO, Luís Roberto. Apontamentos sobre as agências reguladoras. In: FIGUEIREDO, Marcedo (org.). **Direito e Regulação no Brasil e nos EUA**. São Paulo: Malheiros, 2004.
- BARROSO, Luís Roberto. Agências reguladoras: Constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática. **Revista de Direito Administrativo**; Rio de Janeiro, Renovar, n. 229, jul/set. 2002.
- BARROSO, Luís Roberto. Constituição, ordem econômica e agências reguladoras. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 1, fev. de 2005. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br>> Acesso em 03 de mar de 2018.
- BATISTA, Mariana. Mensurando a independência das agências regulatórias brasileiras. **Planejamento e políticas públicas**. n. 36, jan./jul. 2012.
- BNDES, A Regulação da Infra-estrutura: A Experiência Recente no Brasil (outubro/1996).
- BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 17 de março de 2018.
- BRASIL. **Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967**. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0200.htm>. Acesso em 19 de março de 2018.
- BRASIL. **Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000**. Dispõe sobre a gestão de recursos humanos das Agências Reguladoras e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/19986.htm> Acesso em: 16 de abril de/2018.
- BRASIL. **Plano diretor para reforma do estado**. Brasília: MARE, 1995.

- BUCCI, Maria Paula Dallari. As políticas públicas e o Direito Administrativo. **Revista Trimestral de Direito Público**, n. 13, São Paulo: Malheiros, 1996.
- CARDOSO, Henrique Ribeiro. **O Poder Normativo das Agências Reguladoras**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.
- _____. **Controle da Legitimidade da Atividade Normativa das Agências Reguladoras**. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2010.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- CUÉLLAR, Leila. **As agências reguladoras e seu poder normativo**. São Paulo: Dialética, 2001.
- _____. Abuso de posição dominante no direito de concorrência brasileiro. In: **Estudos de Direito Econômico**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Agência reguladora: legalidade e constitucionalidade. In: **Revista tributária e de finanças públicas**, nº 35, ano 8, novembro-dezembro de 2000, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 14. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009.
- JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.
- JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002.
- MAJONE, Giandomenico. Do estado positivo ao estado regulador: causas e consequências da mudança no modo de governança. In: **Regulação econômica e democracia: o debate europeu**. São Paulo: Singular, 2006.

- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**: Parte introdutória, parte geral e parte especial. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. **Agências reguladoras**. 1. ed. Barueri: Manole, 2003.
- OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Administração Pública, Concessões e Terceiro Setor**. 3. ed. São Paulo: Método, 2015.
- PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **A reforma do Estado nos anos 90**: lógica e mecanismos de controle. Brasília: MARE, Cadernos Mare da Reforma do Estado, 1997.
- SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito administrativo regulatório**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- SUNDFELD, Carlos Ari. Introdução às agências reguladoras. In: **Direito Administrativo Econômico**. Malheiros, 2000.
- TAVARES, André Ramos. **Direito constitucional econômico**. 2. ed. São Paulo: Método, 2003.
- VILLELA SOUTO, Marcos Juruena. **Desestatização**: privatização, concessões, terceirizações e regulação. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- WALD, Arnoldo; MORAES, Luiza Rangel. Agências reguladoras. **Revista de Informação Legislativa**, ano 36, n. 141, p.143-171, jan/mar-1999.

CONSIDERAÇÕES SOBRE A LEGITIMIDADE E NECESSIDADE DO USO DO MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATOS ADMINISTRATIVOS ILEGAIS EM PROCEDIMENTOS E PROCESSOS DISCIPLINARES DA POLÍCIA MILITAR DE SÃO PAULO

João Fábio Tarelou

Introdução

A Administração Pública Policial Militar do Estado de São Paulo é um local dotado de especificidades que demandam do Advogado conhecimento direcionado e o uso correto do Mandado de Segurança se torna eficaz para impedir ou cessar possíveis ilegalidades cometidas por esse órgão

O uso do Mandado de Segurança pelo Advogado seria a excepcionalidade perante a Administração Pública Militar, pois esta deveria realizar apenas o que a lei permite evitando-se que atos ilegais ou com abuso de poder sejam cometidos.

Ainda que a Polícia Militar do Estado de São Paulo, seja dotada de regras, regulamentos e normas internas próprias e rígidas, deve assegurar o fiel cumprimento das leis, pois está vinculada aos princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência insculpidos no artigo 37 da Constituição Federal de 1988, (DI PIETRO, 2013).

1. Normas e Regulamentos da Polícia Militar do Estado de São Paulo

O Regulamento Disciplinar da Polícia Militar de São Paulo, prevê em seu Artigo 8º os deveres éticos que são emanados dos valores policiais-militares, em seu inciso VII diz que: “...cumprir e fazer cumprir, dentro de suas atribuições legalmente definidas, **a Constituição, as leis e as ordens das autoridades competentes...**” (grifo nosso), demonstrando que todos os seus integrantes devem cumprir e fazer cumprir a Constituição e as Leis.

As instruções que normatizam o processo administrativo e o regulamento disciplinar da Polícia Militar são normas utilizadas para nortear todo e qualquer ato administrativo disciplinar, a que se submetem os seus integrantes.

Tais instruções operam em âmbito interno na Administração Policial Militar conjuntamente com as demais normas do Direito Brasileiro, buscando atender ao interesse público, justificativa esta utilizada em atos administrativos praticados.

2. Autoridades Administrativas em Procedimentos ou Processos Disciplinares

O artigo 31 do Regulamento Disciplinar da Polícia Militar define quem são as autoridades competentes para aplicá-lo.

O artigo 32 trata dos limites da competência dessas autoridades, o artigo 7º das Instruções do Processo Administrativo da Polícia Militar define as autoridades se utilizando dos artigos 31 e 32 do Regulamento Disciplinar.

Todo o conhecimento dessa complexidade jurídica-administrativa interna torna-se necessário ao Advogado para que possa propor o recurso adequado e contra quem deve propor, caso necessário, em se tratando do uso do “*writ*”.

Portanto para a administração militar existem autoridades específicas para tratar no nível hierárquico correto na Polícia Militar, de maneira a assegurar o devido processo legal, tendo em vista que eventuais questionamentos a atos administrativos praticados deverão ser direcionados as autoridades imediatamente superiores daquelas que o praticaram.

2.1. Procedimento Disciplinar

O Procedimento Disciplinar é um instrumento utilizado para punir administrativamente, possui rito próprio devendo assegurar o direito a ampla defesa e contraditório, para a apuração das infrações administrativas, cuja a sanção não seja a perda do cargo (COSTA, 2018).

Para seu início é necessário que ocorra uma infração contrária ao estabelecido pelo Regulamento Disciplinar da Polícia Militar, podendo ser de natureza leve, média ou grave, iniciando o devido processo legal (SILVA, 2014, p. 01-07).

O Regulamento Disciplinar utiliza a nomenclatura “transgressão disciplinar”, previsto no artigo 12 do RDPM, que diz: “Transgressão disciplinar é a infração administrativa caracterizada pela violação dos deveres policiais-militares, cominando ao infrator as sanções previstas neste Regulamento.”

Para que não ocorram atos ilegais, os integrantes da Polícia Militar são amparados pelo parágrafo 3º, do artigo 28, do Regulamento Disciplinar:

Artigo 28 - A comunicação disciplinar deve ser clara, concisa e precisa, contendo os dados capazes de identificar as pessoas ou coisas envolvidas, o local, a data e a hora do fato, além de caracterizar as circunstâncias que o envolveram, bem como as alegações do faltoso, quando presente e ao ser interpelado pelo signatário das razões da transgressão, sem tecer comentários ou opiniões pessoais.

(...)

§ 3º - Conhecendo a manifestação preliminar e considerando praticada a transgressão, a autoridade competente elaborará termo acusatório motivado, com as razões de fato e de direito, para que o militar do Estado possa exercer, por escrito, o seu direito a ampla defesa e ao contraditório, no prazo de 5 (cinco) dias.

Portanto o Procedimento Disciplinar deve seguir um rito que assegure a ampla defesa e o contraditório garantindo ao administrado e ao administrador público um resultado final conclusivo e justo (BANDEIRA DE MELLO, 2002, p.429).

2.2. Processos Regulares

Os Processos Regulares são outra espécie de procedimentos administrativos podendo haver a perda do Posto⁴ e conseqüentemente da sua Patente, para os Oficiais; Demissão e Expulsão, para as Praças, que possuem Graduação⁵ e Exoneração para Alunos-Oficiais, Aspirantes-a-Oficial e Soldado-de-2ª-Classe possuindo regramento próprio para cada subtipo processual.

Inicia-se no Capítulo XII do Regulamento Disciplinar da Polícia Militar abordado do artigo 71 ao artigo 84.

O artigo 71 do Regulamento Disciplinar da Polícia Militar diz que:

Artigo 71 - O processo regular a que se refere este Regulamento, para os militares do Estado, será:

I - para oficiais: o Conselho de Justificação;

II - para praças com 10 (dez) ou mais anos de serviço policial-militar: o Conselho de Disciplina;

III - para praças com menos de 10 (dez) anos de serviço policial-militar: o Processo Administrativo Disciplinar.

Ainda, há o Processo Administrativo Exoneratório que é tratado na Diretriz de Ensino da Polícia Militar, possuindo uma característica *híbrida* (podendo envolver a esfera disciplinar, nos casos em que envolver infração disciplinar) e esfera administrativa (não preenchimento dos requisitos exigidos do edital de formação ou do concurso), devido a algumas

4 **Posto** é o grau hierárquico do oficial confirmado em Carta Patente, parágrafo 1º do artigo 16 previsto no Estatuto dos Militares, Lei nº 6.880, de 09 de dezembro de 1980. No caso da Polícia Militar do Estado de São Paulo a Carta Patente é conferida pelo Governador do Estado. Para efeitos acadêmicos os postos utilizados pela Polícia Militar são: 2º Tenente, 1º Tenente, Capitão, Major, Tenente-Coronel e Coronel.

5 **Graduação** é o grau hierárquico da praça, parágrafo 2º do artigo 16 previsto no Estatuto dos Militares, Lei nº 6.880, de 09 de dezembro de 1980. No Caso da Polícia Militar do Estado de São Paulo a Graduação é conferida pelo Comandante da Polícia Militar. Para efeitos acadêmicos as graduações utilizadas pela Polícia Militar são: Soldado-de-2ª-Classe, Soldado-de-1ª-Classe, Cabo, 3º Sargento, 2º Sargento, 1º Sargento e Subtenente.

peculiaridades foi criado para resolver conflitos existentes a uma classe específica dos alunos em tempo de formação, como no caso do Soldado-de-2^a-Classe que mesmo durante o curso de formação já possui um *status* previsto em concurso e que se diferencia do Aluno-a-Oficial e do Aspirante-a-Oficial.

Para os oficiais o Processo Regular é chamado de Conselho de Justificação, e destina-se a apurar se o oficial é capaz ou incapaz de permanecer no serviço ativo da Polícia Militar, previsão legal no artigo 73 do Regulamento Disciplinar da Polícia Militar que diz: “O Conselho de Justificação destina-se a apurar, na forma da legislação específica, a incapacidade do oficial para permanecer no serviço ativo da Polícia Militar”.

Para praças existem duas formas de processo, em primeiro plano para aqueles com estabilidade que não mais estiverem sob estágio probatório, sendo:

- o Conselho de Disciplina (destinado as Praças que somam dez anos ou mais de serviço policial-militar), com previsão legal no inciso II do artigo 71 do RDPM; e
- o Processo Administrativo Disciplinar (destinado as praças com menos de dez anos de serviço policial-militar), com previsão legal no inciso III do artigo 71 do RDPM.

Em segundo plano, para as Praças sem estabilidade e que estiverem sob estágio probatório, sendo o caso do Soldado-de-2^a-Classe, Aluno-Oficial e do Aspirante-a-Oficial, existe o Processo Administrativo Exoneratório, com previsão legal no artigo 43 da Diretriz Geral de Ensino da Polícia Militar, é utilizado caso o estagiário não preencha algum requisito durante o período probatório.

Artigo 43 – A qualquer tempo, e enquanto perdurar o estágio probatório, cujo período é computado como de efetivo exercício, o estagiário será verificado quanto ao preenchimento dos requisitos contidos nos artigos 37 e 59 do Decreto de Ensino da PMESP, que será de responsabilidade direta do Cmt da OPM em que se encontra atuando o policial militar, ocasião em que poderá ser auxiliado pelo respectivo OAES formador para a realização de exames e procedimentos de avaliação. Parágrafo único. Os Alunos-oficiais, Aspirantes-a-oficiais e Sd PM 2^a Cl, que infringirem ou deixarem de atender a qualquer das condições ou requisitos estabelecidos nos artigos 37 e 59 do Decreto de Ensino

da PMESP serão submetidos a Processo Administrativo Exoneratório (PAE), conforme norma específica.

Impende salientar que nesse mesmo contexto processual tem-se a Sindicância e o Inquérito Policial Militar, que são peças processuais instrutórias de caráter inquisitorial.

A Sindicância possui previsão no artigo 65 das Instruções do Processo Administrativo da Polícia Militar:

Artigo 65 - A Sindicância é o meio sumário de investigação de:

I - danos no patrimônio do Estado sob administração da Polícia Militar, compreendidos os conveniados, provocados por policial militar ou pelo civil;

II - danos no patrimônio e/ou integridade física de terceiros, decorrentes da atividade policial;

III - acidente pessoal de servidor militar ocorridos em razão do serviço ou "in itinere";

IV - ato de bravura;

V - atos indecorosos e indignos para o exercício da função policial militar;

VI - outros fatos de índole administrativa, quando necessário procedimento formal de apuração.

§ 1º - A finalidade da Sindicância é a determinação da responsabilidade civil, disciplinar, dos direitos e obrigações dos envolvidos e, em especial, do Estado. Proibição em caso de crime militar

§ 2º - É proibida a instauração de Sindicância para apuração de crimes militares.

§ 3º - Para fatos conexos, previstos no Artigo 67 destas Instruções, a autoridade instauradora deverá instaurar uma única Sindicância.

Enquanto que o Inquérito Policial Militar é um processo que tem o objetivo de realizar a apuração dos crimes militares, sua característica é ser formal, inquisitório, escrito e sigiloso, segue o procedimento sumário, e ao final forma-se um conjunto probatório robusto com elementos que possam levar a instauração de uma ação penal.

O Inquérito Policial Militar, possui a previsão no artigo 9º do Código de Processo Penal Militar, Decreto-Lei nº 1.002, de 21 de outubro de 1969.

Art. 9º O inquérito policial militar é a apuração sumária de fato, que, nos termos legais, configure crime militar, e de sua autoria. Tem o caráter de instrução provisória, cuja finalidade precípua é a de ministrar elementos necessários à propositura da ação penal.

Parágrafo único. São, porém, efetivamente instrutórios da ação penal os exames, perícias e avaliações realizados regularmente no curso do inquérito, por peritos idôneos e com obediência às formalidades previstas neste Código.

SARAIWA (1999, p.14) traz um conceito doutrinário de Inquérito Policial Militar para elucidação:

O Inquérito Policial Militar (IPM) é, portanto, o conjunto de diligências efetuadas pela Polícia Judiciária Militar, destinado a reunir os elementos de convicção referentes à autoria e à materialidade de um crime militar, a fim de que o Ministério Público Militar possa exercer a ação penal.

Diante da seara militar tudo deve ser minuciosamente descrito e se o processo for de natureza acusatória, deve-se permitir o exercício do contraditório e da ampla defesa.

Porém, o Policial Militar ou seu Defensor nomeado podem se deparar com ilegalidades ou abuso de poder, como a exigência de procuração ao Advogado, negativa de acesso a atos processuais já encartados, erro em contagem de prazo, cerceamento de defesa, indeferimento de pedido formal pela autoridade do feito, termo acusatório que não contemple elementos necessários ao exercício da ampla defesa, negativa de cópia e negativa de vistas, além da utilização do sigilo como regra.

3. Sigilo

O sigilo, no âmbito do Direito Militar, tem sua previsão descrita no artigo 16, do Código de Processo Penal Militar que diz: “O inquérito é

sigiloso, mas seu encarregado pode permitir que dele tome conhecimento o advogado do indiciado.”

Com a interpretação literal do texto de lei verifica-se que o responsável direto pelo processo possui a faculdade de conceder ou não conceder ao Advogado o acesso aos autos processuais.

Tal análise não se restringe ao Inquérito Policial Militar, utiliza-se, por analogia, nos demais tipos processuais e procedimentais, com a justificativa de que o acesso poderia prejudicar o andamento das investigações ou atos processuais que estiverem por vir e naqueles já finalizados, como forma de garantir o sigilo funcional.

Mas diante da Constituição Federal de 1988 o artigo 16 do Código de Processo Penal Militar tal alegação não deve prosperar, pois o sigilo deve ser tratado como a exceção fundamentada e não como regra, bem como qualquer analogia utilizada sem critérios devidamente justificados, tendo em vista que além do ordenamento constitucional o Estatuto da Advocacia e a Lei de Acesso a Informação garantem ao Advogado livre acesso a autos findos ou em andamento.

O Estatuto da OAB em seu artigo 7º deixa claro que o Advogado terá acesso, mesmo sem procuração, a atos findos ou em andamento.

O artigo 37 da Constituição Federal de 1988 aduz os princípios basilares da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, estes devem ser observados por toda administração pública e todos os poderes do Estado, para garantir e assegurar a democracia.

No artigo 133 da Constituição Federal de 1988 temos a importância da presença do Advogado para que haja a justiça, e conforme o texto constitucional temos: “o advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”.

No mesmo sentido temos o entendimento de MANOEL (2005, p.35):

É direito do Advogado fazer-se presente, auxiliando até o encarregado na apuração do fato em investigação, porque ele é considerado indispensável à administração da justiça e, no IPM, só começa a Justiça com uma apuração independente, imparcial e impessoal, sem corporativismo. A administração militar e as autoridades mi-

litares não devem temer ou opor qualquer obstáculo à participação do Advogado do Indiciado no curso do IPM, pois não há nada a ser mascarado ou escondido [...].

Somente a presença do Advogado nos processos trará a justiça tanto ao investigado quanto para a Administração Pública Militar, vez que mesmo em fase anterior a ação penal, como no caso do inquérito policial militar, o defensor poderá trazer novos elementos, em sede da ampla defesa, que possam somar, mudar o rumo das investigações, apresentar novas provas e até mesmo nortear sua conclusão de forma justa e eficiente, tendo em vista que a finalidade dos processos administrativos é a busca da verdade real.

Em decisão do Supremo Tribunal Federal, o Ministro Celso de Mello afirmou que:

O indiciado é sujeito de direitos e dispõe de garantias, legais e constitucionais, cuja inobservância, pelos agentes do Estado, além de eventualmente induzir-lhes a responsabilidade penal por abuso de poder, pode gerar a absoluta desvalia das provas ilícitamente obtidas no curso da investigação policial.” (RTJ 168/896-897, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

No mesmo sentido, vale ressaltar a ementa do Habeas Corpus 82.354-8 Paraná, onde figurou como relator o Ministro Sepúlveda Pertence:

I. Habeas corpus: cabimento: cerceamento de defesa no inquérito policial.

[...]

II. Inquérito policial: inoponibilidade ao advogado do indiciado do direito de vista dos autos do inquérito policial.

1. Inaplicabilidade da garantia constitucional do contraditório e da ampla defesa ao inquérito policial, que não é processo, porque não destinado a decidir litígio algum, ainda que na esfera administrativa; existência, não obstante, de direitos fundamentais do indiciado no curso do inquérito, entre os quais o de fazer-se assistir por advogado, o de não se incriminar e o de manter-se em silêncio.

2. Do plexo de direitos dos quais é titular o indiciado – interessado primário no procedimento administrativo do inquérito policial –, é corolário e instrumento a prerrogativa do advogado de acesso aos autos respectivos, explicitamente outorgada pelo Estatuto da Advocacia (L. 8906/94, art. 7º, XIV), da qual – ao contrário do que previu em hipóteses assemelhadas – não se excluíram os inquéritos que correm em sigilo: a irrestrita amplitude do preceito legal resolve em favor da prerrogativa do defensor o eventual conflito dela com os interesses do sigilo das investigações, de modo a fazer impertinente o apelo ao princípio da proporcionalidade.

3. A oponibilidade ao defensor constituído esvaziaria uma garantia constitucional do indiciado (CF, art. 5º, LXIII), que lhe assegura, quando preso, e pelo menos lhe faculta, quando solto, a assistência técnica do advogado, que este não lhe poderá prestar se lhe é sonegado o acesso aos autos do inquérito sobre o objeto do qual haja o investigado de prestar declarações.

4. O direito do indiciado, por seu advogado, tem por objeto as informações já introduzidas nos autos do inquérito, não as relativas à decretação e às vicissitudes da execução de diligências em curso (cf. L. 9296, atinente às interceptações telefônicas, de possível extensão a outras diligências); dispõe, em consequência a autoridade policial de meios legítimos para obviar inconvenientes que o conhecimento pelo indiciado e seu defensor dos autos do inquérito policial possa acarretar à eficácia do procedimento investigatório.

5. Habeas corpus deferido para que aos advogados constituídos pelo paciente se faculte a consulta aos autos do inquérito policial, antes da data designada para a sua inquirição.

O Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo, em decisão unânime dos Magistrados, concedeu parcialmente o pleito em mandado de segurança, tendo em vista a restrição que o advogado sofreu:

EMENTA. Possibilidade de acesso, ao policial militar impetrante, por intermédio de causídico legalmente constituído, às informações constantes dos autos, desde que formalmente documentadas e que lhe digam respeito.

Mandado de Segurança, com pedido liminar, impetrado por ÂNGELO VATTIMO, através de seus advogados, alegando ato abusivo e ilegal perpetrado por Major PM Presidente nos autos de Inquérito Policial Militar. Segundo a inicial, houve a instauração de IPM para averiguação de fatos que também são objeto de apuração no Procedimento Disciplinar nº 08/11.7/06, em que o impetrante figura como acusado de infringir, em tese, o art. 13, números 74, 79 e 80 do § único do RDPM. Enfatiza a Defesa que a autoridade nomeada coatora afrontou o direito líquido e certo do impetrante ao acesso aos autos, pois: – não informou o número do IPM ao impetrante e aos seus advogados; – solicitado o acesso aos autos pela defensora, foi lhe negado sob a argüição de que o IPM é sigiloso, está em fase de oitiva de testemunhas e a advogada somente poderia acompanhar o investigado quando ele fosse intimado a depor. (Mandado de Segurança: 386/06, Impetrante: ÂNGELO VATTIMO, Cap PM RE 870949-1 / Advogados: Dr. José Barbosa Galvão César – OAB/SP 124.732 e Dra. Maria do Socorro e Silva – OAB/SP 94.231 - (Processo de Origem IPM nº CCFO-001/11.7/06)).

ROCHA (2005, p.24), de forma contrária, aduz que o acesso ao advogado não deve ser irrestrito:

Malgrado o disposto no art. 7º, inciso XIV, do Estatuto da Advocacia, que permite ao advogado examinar em qualquer repartição policial, mesmo sem procuração, autos de flagrante de inquérito, podendo copiar peças e tomar apontamentos, parte da doutrina ainda sustenta que o sigilo imposto no curso da investigação alcança, inclusive, o advogado.

O Tribunal Regional Federal da 4ª Região seguindo a mesma linha teórica entendeu que o advogado de defesa nem sempre deverá ter acesso aos autos processuais:

Esta Corte vem reiteradamente decidindo que, via de regra, deve prevalecer o sigilo em inquérito (MS nºs 2000.04.01.038607-5/PR; 2000.04.01.027904-0/PR). “O direito de vista dos autos por advogado em inquérito policial deve ser analisado sob a ótica do caso concreto. Se o sigilo (CPP, art. 20) foi decretado porque a

ação criminosa é de tal vulto que coloca em risco a segurança da sociedade e do Estado (CF, art. 5º, XXXIII), o pedido de vista (Lei 8.906/94, art. 7º) pode ser negado, porque no conflito de princípios constitucionais (direito 76 à informação x segurança da sociedade e do Estado) deve prevalecer o que mais atende ao interesse público, no caso, o sigilo das investigações. O direito ao contraditório e à ampla defesa são assegurados pela constituição nos processos administrativos e judiciais e não nos procedimentos de investigação (CF, art. 5º, LV)” (MS nº 2000.04.01.088266-2/PR, rel. Des. Vladimir Freitas, 7ª T., DJU de 24.10.2001). No mesmo sentido o MS nº 2002.04.01.046629-8/RS, rel. o Des. Élcio Pinheiro de Castro (decisão em 10.03.2003). E como bem referido pelo Des. José Luiz Borges Germano da Silva, “o inquérito policial é procedimento administrativo anterior ao processo. Situa-se na fase pré-processual e serve de instrumento de levantamento de elementos que apontem a ocorrência de um delito, a materialidade e sua autoria. Assim, não se lhe aplicam os princípios processuais constitucionais do contraditório e da ampla defesa” (MS nº 2000.04.01.027904-0/PR, 1ª T, DJU de 28.02.2001). O mesmo entendimento serve para os procedimentos preparatórios (Agravamento Regimental em MS Nº 2003.04.01.018492-3, Rel. Des. Federal Luiz Fernando Wowk Penteadó, Decisão: 04/06/2003).

Podemos verificar que o acesso irrestrito do Advogado encontra uma barreira em casos devidamente justificáveis.

4. Mandado de Segurança

A Lei Nº 12.016, de 07 de agosto de 2009, disciplina a Lei do Mandado de Segurança, que é o remédio jurídico adequado para proteger direito líquido e certo quando não amparado por “*Habeas Corpus*” ou “*Habeas Data*” (WATANABE, 1983, P.106).

O Mandado de Segurança possui amparo constitucional por intermédio do inciso LXIX do artigo 5º da CF/88 que dispõe:

LXIX - conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas*

data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

Além do texto constitucional temos a Lei do Mandado de Segurança, Lei nº 12.016, de 07 de agosto de 2009 que disciplinou o instituto:

Art. 1º: Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça.

É uma ferramenta que tem a finalidade de garantir direito líquido e certo, mediante a provocação do interessado, caminha ao lado do “*Habeas Corpus*” e do “*Habeas Data*”, e no Direito Militar é pouco utilizado pelo Advogado, cuja a consequência dos atos ilegais cometidos pela autoridade ou aqueles atos de abuso de poder, podem impedir diretamente a liberdade do investigado ou o exercício de sua carreira e profissão.

Diante das inúmeras e controversas situações, o Advogado, se depara com atos ilegais e realizados com abuso de poder por parte da autoridade Policial Militar, mas a utilização correta do “*mandamus*” pode impedir que o Poder Público pratique ilegalidades.

O Mandado de Segurança não deve ser impetrado sem a observação direta de suas peculiaridades, pois seus pressupostos de admissibilidade não seriam alcançados e assim haveria rejeição por inadequação da via eleita, principalmente diante da Justiça Militar, que diferente da Justiça Comum, possui menor demanda e todos os seus atos são apreciados com maior rigidez e atenção.

Conforme podemos verificar em pedidos de “*Habeas Corpus*” no Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo:

POLICIAIS MILITARES. HABEAS CORPUS. PEDIDO DE REVOGAÇÃO DE PRISÕES PREVENTIVAS. LIMINAR INDEFERIDA. ALEGADA AUSÊNCIA DE PUBLICIDA-

DE DO ATO CONSTRITIVO. NEGATIVA DE ACESSO AOS AUTOS DE IPM. INVESTIGAÇÃO SOBRE PARTICIPAÇÃO DE TRINTA E DOIS POLICIAIS MILITARES EM CRIMES DE CONCUSSÃO, EXTORSÃO E ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA PARA O TRÁFICO DE DROGAS. INDÍCIOS DE AUTORIA E PROVA DO FATO DELITUOSO. PRESENTES REQUISITOS DA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA, DA CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL E DA PRESERVAÇÃO DA DISCIPLINA E HIERARQUIA MILITARES. DECISÃO JUDICIAL DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. ORDEM DENEGADA. Observação de que o questionamento acerca da impossibilidade de acesso aos autos de IPM pela autoridade de polícia judiciária militar deveria ser formulada ao Magistrado de Primeiro Grau, sob pena de supressão de Instância. Acesso aos autos já realizado. Existência de indícios suficientes de participação dos pacientes em crimes graves, que teriam sido praticados na região de Campinas/SP. Prisão preventiva legal e devidamente fundamentada. Art. 254, “a” e “b” c.c. art. 255, “a”, “b” e “e”, do CPPM. Fundamentos da prisão preventiva ainda presentes. Impossibilidade de aplicação de medida alternativa à prisão. Constrangimento ilegal afastado. Habeas Corpus denegado. Decisão unânime. (HABEAS CORPUS CRIMINAL Nº 0900271-73.2018.9.26.0000 PROCESSO DE ORIGEM: 0900241-38.2018.9.26.0000)

POLICIAIS MILITARES. HABEAS CORPUS. PEDIDO DE REVOGAÇÃO DE PRISÕES PREVENTIVAS. LIMINAR INDEFERIDA. ALEGADA AUSÊNCIA DE PUBLICIDADE DO ATO CONSTRITIVO. NEGATIVA DE ACESSO AOS AUTOS DE IPM. ILEGALIDADE. INVESTIGAÇÃO SOBRE PARTICIPAÇÃO DOS PACIENTES EM CRIMES DE CONCUSSÃO, EXTORSÃO E ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA PARA O TRÁFICO DE DROGAS. INDÍCIOS DE AUTORIA E PROVA DO FATO DELITUOSO. PRESENTES REQUISITOS DA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA, DA CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL E DA PRESERVAÇÃO DA DISCIPLINA E HIERARQUIA

MILITARES. DECISÃO JUDICIAL DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. ORDEM DENEGADA. Observação de que o questionamento acerca da impossibilidade de acesso aos autos de IPM pela autoridade de polícia judiciária militar deveria ser formulada ao Magistrado de Primeiro Grau, sob pena de supressão de Instância. Existência de indícios suficientes de participação dos pacientes em crimes graves, que teriam sido praticados na região de Campinas/SP. Prisão preventiva legal e devidamente fundamentada. Art. 254, “a” e b” c.c. art. 255, “a”, “b” e “e”, do CPPM. Fundamentos da prisão preventiva ainda presentes. Constrangimento ilegal afastado. Habeas Corpus denegado. Decisão unânime. (HABEAS CORPUS CRIMINAL Nº 0900241-38.2018.9.26.0000 PROCESSO DE ORIGEM: 00046058520189260030)

Em ambos Acórdãos apresentados podemos verificar que o remédio jurídico adequado seria o Mandado de Segurança para assegurar o direito ao acesso aos autos.

A máxima do Mandado de Segurança é a certeza de que se direitos líquidos e certos forem violados imediatamente será conhecido e a segurança será concedida.

Se houver motivo para discutir qualquer parte do direito violado deverá ser proposta outra ação que não esse remédio constitucional, e qualquer ausência dos requisitos em sua confecção o Mandado de Segurança será denegado e não conhecido.

Em pesquisa realizada no sítio eletrônico do Tribunal de Justiça Militar de São Paulo, dos vinte e oito feitos encontrados no ano de 2018 apenas cinco obtiveram concessão da segurança e o efeito satisfativo buscado.

5. Conclusão

Esse artigo exsurgiu com a possibilidade de despertar, no operador do direito, a curiosidade no ramo do Direito Militar, que é pouco explorado buscando despertar o interesse dos estudiosos e cientistas jurídicos para demonstrar o quão rígido e específico pode ser o Direito Militar e suas subdivisões, trazendo a discussão de como os profissionais devem agir em alguns casos específicos utilizando-se do Mandado de Segurança como

ferramenta mais adequada para agir diante de ilegalidades ou abusos de poder cometidos.

Apenas com os conhecimentos necessários neste ramo é que os operadores do direito farão com que as ilegalidades cometidas pela Administração Policial Militar com seus integrantes ou pelos próprios, sejam tratadas da forma adequada visando o aprimoramento administrativo interno e externo com a máxima de que as normas e regulamentos internos devem respeitar toda a legislação vigente no ordenamento jurídico existente.

O Mandado de Segurança deveria ser melhor explorado perante atos administrativos da Polícia Militar do Estado de São Paulo, caso ocorram ilegalidades e abusos de poder, devendo ser utilizado para que o livre exercício da advocacia aconteça.

O uso do Remédio Heroico se torna necessário e eficaz, quando preenchidos os requisitos de forma plena em ameaça ou lesão a direito, por isso se faz crucial o amplo e livre acesso do Advogado aos autos independente da fase processual penal ou administrativa.

O sigilo em nosso Estado Democrático de Direitos deve ser a exceção e nunca a regra devendo a Administração Militar zelar pela transparência aos atos jurídico-administrativos, este é o posicionamento que mais se aproxima da visão do autor.

Somente com estudos aprofundados no Direito Militar é que velhos paradigmas serão rompidos, esse ramo carece de doutrinas, artigos e revistas que possam ajudar modifica-lo e evoluí-lo.

REFERÊNCIAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 14^a ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002. p. 429.

COSTA, Alexandre Henriques da. **Manual Prático dos Atos de Polícia Judiciária Militar**. São Paulo: Suprema Cultura, 2007.

COSTA, Alexandre Henriques da. Palestra na Escola Judiciária Militar com o Tema: **A Seara Disciplinar Militar – Evento realizado em 02 de outubro de 2018**. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=LqhBoY2jHuc>. Acesso em: 20 de dezembro de 2018.

_____. Decreto-Lei nº 1.001, de 14 de outubro de 1969. **Código de Processo Penal Militar**. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del1001Compilado.htm. Acesso em: 22 de dezembro de 2018.

_____. Decreto-Lei nº 1.002, de 21 de outubro de 1969. **Código de Processo Penal Militar**. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del1002.htm. Acesso em: 26 de dezembro de 2018.

_____. Decreto nº 7.290, de 15 de dezembro de 1975. **Regulamento Geral da Polícia Militar**. São Paulo. Disponível em: http://www.tjmsp.jus.br/s_legislacao.htm. Acesso em: 20 de dezembro de 2018.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. **Diretriz Geral de Ensino – D-5-PM**. São Paulo. Disponível em: <http://www.policiamilitar.sp.gov.br/caes/downloads/DGE.pdf>. Acesso em: 20 de dezembro de 2018.

_____. **Instruções do Processo Administrativo da Polícia Militar – I-16-PM**. São Paulo. Disponível em: http://www.tjmsp.jus.br/s_legislacao.htm. Acesso em: 20 de dezembro de 2018.

_____. Lei complementar 915, de 22 de março de 2002. **Regulamento Disciplinar da Polícia Militar**. São Paulo. Disponível em: <http://www.policiamilitar.sp.gov.br/institucional/legislacao>. Acesso em 20 de dezembro de 2018.

MANOEL, Élio de Oliveira. **Manual de polícia judiciária militar**. Curitiba: ATP Composições Gráficas e Editora Ltda, 2005. p. 35.

ROCHA, Abelardo Júlio da. **É o inquérito policial militar de fato sigiloso**. Direito militar: revista da associação dos magistrados das justiças militares estaduais – AMAJME, Florianópolis, n. 56, p. 23-27, nov./dez. 2005. p. 24.

SARAIVA, Alexandre José de Barros Leal. **Inquérito policial e auto de prisão em flagrante nos crimes militares**. São Paulo: Atlas, 1999.

SILVA, E. M.. **O procedimento administrativo disciplinar policial militar.** *Âmbito Jurídico*, v. 120, p. 01-07, 2014. Disponível em: http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13654. Acesso em 15 de dezembro de 2018.

WATANABE, Kazuo. **Controle jurisdicional; princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional no direito brasileiro e mandado de segurança contra ato judicial**, São Paulo: Ed. RT, 1983, p. 106.

POLÍTICAS PÚBLICAS HABITACIONAIS E GESTÃO NO MUNICÍPIO DE JUIZ DE FORA: HABITAÇÃO DE INTERESSE SOCIAL

Thaís de Souza Corrêa Netto

Introdução

Diante do fato de a Constituição Federal incluir o quesito moradia entre os direitos sociais mínimos é necessário que sejam criados programas de habitação e de saneamento básico para a efetivação desse direito. É sabido que as condições de moradia no Brasil ainda carecem de melhorias, sobretudo entre a população de baixa renda. As condições de habitação adequadas são fatores de inclusão social e de combate à pobreza. Dessa forma, o estudo mostra-se relevante para conhecer as políticas habitacionais adotadas no município de Juiz de Fora. Após a revisão da literatura identificou-se que se trata de um assunto pouco investigado, fazendo com que este estudo se torne relevante.

O objetivo principal do presente trabalho é fazer um estudo sobre as políticas públicas habitacionais para a população com faixa de renda de zero a três salários mínimos - habitação de interesse social - e sua gestão no Município de Juiz de Fora e, ainda, verificar a importância do Plano Diretor para a efetivação do direito à moradia na cidade.

Para tanto, foi necessário fazer uma revisão sobre as políticas públicas habitacionais no Brasil, anteriores e posteriores à Constituição Federal de 1988, incluindo a criação do Estatuto da Cidade, perpassando pela Ges-

tão Participativa e pelo surgimento dos Conselhos, que passaram por um processo de evolução até atingirem o modelo participativo dos dias atuais.

Em seguida foram delimitados aspectos sobre a política habitacional no município de Juiz de Fora e sobre a legislação municipal no que diz respeito à questão urbana. Aprofundou-se no estudo da implementação do Programa Minha Casa Minha Vida em Juiz de Fora, na efetivação dos Conselhos e na elaboração do Plano Diretor Participativo.

As informações referentes ao Município de Juiz de Fora foram coletadas no portal da prefeitura Municipal de Juiz de Fora, especialmente no site do Conselho Municipal de Habitação, bem como em publicações sobre o tema disponíveis em livros, periódicos e matérias publicadas disponíveis no Portal de Notícias da Prefeitura Municipal de Juiz de Fora – PJF.

Assim, ao longo dos capítulos do presente trabalho foi possível delimitar o estudo sobre a Habitação, especificamente, a de Interesse Social no Município. Antes de abordar a temática em Juiz de Fora foi necessário fazer um estudo a nível nacional. Em se tratando do Estudo de Caso foi abordada a Política Pública Habitacional em Juiz de Fora – MG.

Para a execução da pesquisa utilizou-se a técnica de levantamento de dados de fontes secundárias: pesquisa documental e pesquisa bibliográfica. A pesquisa documental constituiu-se por meio da leitura de artigos, de dissertações e livros sobre o assunto. Foram utilizadas fontes governamentais, tais como a Prefeitura Municipal de Juiz de Fora, a Caixa Econômica Federal, o Ministério das Cidades, entre outras.

Cabe informar que esta pesquisa foi delimitada por um período temporal que se estende até o mês de março de 2018.

II - Políticas Públicas Habitacionais anteriores e posteriores à Constituição Federal de 1988

A política pública tem relação direta com a política, pois envolve interesses distintos dos diversos atores e decisões. Assim, “toda política pública [...] refere-se a problemas coletivos de espectro amplo e tem caráter “impositivo”, a saber, emanam de uma autoridade pública que tem a legitimidade para sua implantação ou para delegá-la a outrem”. (CONDE, 2012, p. 80)

A questão da moradia no Brasil hoje é o reflexo de políticas habitacionais que desconsideraram a população mais pobre ou, em determinados períodos foram inexistentes. Diante desse fato, torna-se importante fazer

uma breve retrospectiva histórica sobre o tema, destacando algumas políticas e projetos que foram implementados pelo Estado Brasileiro.

O primeiro órgão de âmbito nacional voltado para o provimento de residências à população de pequeno poder aquisitivo foi a Fundação da Casa Popular – FCP, instituída em 01 de maio 1946, pelo Decreto-lei n. 9.218. Antes dela vinham atuando na área habitacional os Institutos e as Caixas de Aposentadoria e Pensões, que atendiam somente os associados. (AZEVEDO; ANDRADE, 2011)

Posteriormente à criação da FCP, tem-se a criação do Instituto Brasileiro de Habitação - IBH, que surgiu em um contexto de crise social em larga escala: na política, com riscos de agitação e, na economia, com consequências imprevisíveis. Dessa forma, foi necessária a proposição dessa reformulação política, precursora do então BNH. De acordo com idealizadores do IBH a crise no país realçava de um lado a estrutura agrária arcaica e injusta, que provocava a saída do homem do campo para a cidade e de outro lado a industrialização incompleta que se mostrava incapaz de absorver tais migrantes. Além disso, a crise habitacional podia ser vista como um fenômeno dependente, “expressão de outras crises mais profundas e mais amplas”, como a abolição da escravidão, que provocou a dispersão dos ex-escravos nos vazios do interior ou para as cidades. (AZEVEDO e ANDRADE, 2011, p. 24)

Nesse contexto é instituído pela Lei n. 4.380 de 21 de agosto de 1964 o Plano Nacional de Habitação e criado o Banco Nacional de Habitação (BNH). O BNH também não conseguiu resolver a questão do déficit habitacional brasileiro, uma vez que passou a priorizar a população de média e alta renda em face da de baixa renda. (AZEVEDO e ANDRADE, 2011) O referido programa acentuou ainda mais a concentração de renda e foi extinto em 1986.

A progressiva transferência de atribuições para os Estados e os Municípios teve como marco a Constituição de 1988, que tornou a habitação uma atribuição caracterizada como concorrente dos três níveis de governo. Indo além, a acentuação da descentralização dos programas habitacionais é decorrente do crescimento da mobilização dos movimentos de moradias, que ampliaram a pressão por maior participação dos municípios. O poder local é o principal interlocutor das organizações populares e o responsável pelo equacionamento das demandas sociais,

uma vez que está em contato direto com os problemas da população carente. (BONDUKI, 2008)

A Constituição Federal em seu artigo 204 instituiu a participação social nas políticas públicas como eixo fundamental na gestão e no controle das ações do governo. Assim, após a sua promulgação, surgiu um grande desafio, qual seja, a regulamentação dos preceitos constitucionais, a fim de se efetivar a participação popular. Iniciou-se a partir disso, uma intensa mobilização e articulação dos diversos segmentos sociais organizados, no sentido de se estabelecerem mecanismos jurídicos legais necessários à gestão descentralizada das políticas públicas. (ROCHA, 2009)

A descentralização da Administração Pública pressupõe decisões compartilhadas entre o governo e sociedade. Esta nova proposta possibilita a participação dos diversos segmentos e organizações sociais na definição das políticas públicas a serem implantadas, face às demandas sociais. No início do ano 2000 foi aprovada a Lei Federal 10.257, chamada Estatuto da Cidade. O principal objetivo foi dar suporte jurídico às atividades de planejamento urbano. Com referência à questão habitacional, o Estatuto garantiu instrumentos que caracterizam a função social da propriedade e da regularização fundiária, são eles: imposto progressivo sobre propriedade imobiliária urbana, desapropriação com títulos da dívida pública, usucapião urbano, concessão especial para fins de moradia, demarcação de zonas especiais de interesse social, entre outros

A Constituição Federal de 1988 incluiu práticas participativas na gestão de políticas públicas fundamentadas nos princípios de descentralização, municipalização e participação da sociedade civil. As principais formas de aproximação entre população e setor público na recente administração pública brasileira são os conselhos deliberativos vinculados a políticas setoriais. Com a referida Constituição, tem-se o surgimento dos Conselhos Gestores, com um novo padrão de interação entre o governo e a sociedade. (ROCHA, 2009)

Pode-se dizer que a respectiva Constituição marcou o auge do processo de transição democrática, uma vez que de acordo com Dallari (2014 apud CADERNOS DE FORMAÇÃO CONSELHOS PARTICIPATIVOS SP, 2015), a participação direta da população foi instaurada a fim de ajudar na construção de uma sociedade melhor. Os Conselhos tinham o objetivo de garantir a participação social através da solução de problemas pela cooperação entre o Estado e os agentes sociais especializados e da

exigência que o Estado garantisse plenamente aos cidadãos seus direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais.

A participação da sociedade na formulação das políticas públicas rompe com uma cultura de políticas fragmentadas, desarticuladas e excludentes, que provocaram o surgimento de cidades desumanas, com famílias sem moradia; moradias sem endereço, saneamento e segurança; comunidades desprovidas de serviços públicos e pessoas sem cidadania. As Conferências das Cidades constituem-se num instrumento valioso para ampliar a participação de todos os cidadãos e possibilitar a eleições de Conselhos mais representativos e atuantes. Essa nova atuação pode ser considerada uma das principais conquistas da sociedade civil. (CARTILHA DO CONSELHO DAS CIDADES, 2006)

Não se pode negar que a Constituição Federal de 1988 e o Estatuto da Cidade constituíram paradigmas inovadores e modernizantes no que diz respeito às relações de poder sobre a base fundiária e imobiliária urbana. Contudo, a democratização da produção de novas moradias e do acesso à moradia legal e à cidade repleta de serviços e infraestrutura exige a superação de obstáculos, como a terra urbanizada e o financiamento, que durante todo o processo de urbanização brasileira foram insumos proibidos para grande parte da população. (MARICATO, 2013)

Assim, apesar da Constituição Federal de 1988 e do Estatuto da Cidade terem estabelecido questões inovadoras no que se refere à política urbana, acredita-se que o problema do déficit habitacional perpassa também outros fatores, não se restringindo à lei. Dentre os outros fatores, cabe indicar o mercado privado. Portanto, percebe-se que de fato a política habitacional enfrentará grandes desafios para se tornar efetiva à população que realmente necessita e que nos programas habitacionais anteriores não foi contemplada, qual seja, a de baixa renda.

Destaca-se que o Governo Lula veio com uma proposta de atender às demandas sociais, entre elas, a questão da moradia. Durante o Governo Lula, mais precisamente, em maio de 2000 foi concluído o Projeto Moradia. O respectivo Projeto inspirou na criação do Ministério das Cidades e do Conselho Nacional das Cidades de programas habitacionais e de saneamento básico⁶.

6 Projeto Moradia (1999-2000). Disponível em: < <https://www.institutolula.org/projeto-moradia/>>. Acesso em: 05 fev. 2018.

Assim, em março de 2009, foi sancionada a lei n. 11.977, que dispõe sobre o Programa Minha Casa Minha Vida (PMCMV), a regularização fundiária de assentamentos urbanos e que altera: o Decreto-Lei n. 3.365/1941, as Leis n. 4.380/1964, 6.015/1973, 8.036/1990 e 10.257/2001 e a Medida Provisória n. 2.197- 43/2001.

O PMCMV foi lançado pelo Governo Brasileiro sob o pretexto de lidar com os efeitos da crise financeira internacional de 2008 e atender às necessidades habitacionais. Dessa forma, o Estado brasileiro ampliou o crédito público e proporcionou maciços subsídios a famílias de baixos salários. A provisão foi dividida de acordo com faixas de renda familiar mensal, medida em salários mínimos – unidade familiar. A primeira faixa englobava 90% do déficit habitacional, que são famílias que possuem rendimentos de até 03 salários mínimos. As outras faixas, por sua vez, incluem as de 03 a 06 e as de 06 a 10 salários mínimos. (BASTOS, 2012)

A fonte de recursos adotada sofreu mudança significativa, tendo em vista que houve a articulação entre os recursos do Orçamento Geral da União e do FGTS. O FGTS tem desempenhado um papel de principal fonte de recursos para o financiamento habitacional pela população de baixa renda. (PLANHAB, 2009)

Em se tratando das famílias com renda de até 3 salários mínimos – objeto do presente estudo – tem-se o pagamento pelo beneficiário limitado à prestações mensais equivalentes a 10% da renda por um período de 10 anos. Outrossim, o PMCMV utiliza os aspectos jurídicos e financeiros do Programa de Arrendamento Residencial – PAR, que foi ajustado para promover maior cooperação entre os governos locais, as empresas da construção civil e os movimentos sociais urbanos e rurais. (PLANHAB, 2009)

Salienta-se que o PMCMV prevê a parceria dos governos locais e dos movimentos sociais na realização de operações estruturadas. Essa parceria se dá a partir de critérios hierárquicos de demanda estabelecidos pelo Ministério das Cidades e complementados por critérios locais – diagnósticos de necessidades locais, regulamentações municipais e diretrizes dos conselhos de habitação. (PLANHAB, 2009)

A execução das obras desse empreendimento é realizada por construtora contratada pela Caixa Econômica Federal, que se responsabiliza pela entrega dos imóveis concluídos e legalizados. Os imóveis contratados são

de propriedade exclusiva do Fundo de Arrendamento Residencial (FAR) e integram seu patrimônio até que sejam alienados. (PLANHAB, 2009)

A gestão deste programa habitacional ficou a cargo do Ministério das Cidades e a operacionalização a cargo da Caixa Econômica Federal. Também cabe citar, a atuação do Ministério da Fazenda e do Planejamento, Orçamento e Gestão, que em conjunto com o Ministério das Cidades, pode rever o limite de renda familiar dos beneficiários a cada ano, além de poder fixar, a remuneração da Caixa pelas atividades exercidas no âmbito do programa. (CAIXA, 2009)

Apesar de ter sido um programa que buscou atender inicialmente a faixa de renda de zero a três salários mínimos – baixa renda –, apresentou diversos problemas de infraestrutura e de serviços, conforme será delimitado a seguir e não diminuiu o déficit habitacional brasileiro. Destaca-se que os problemas apresentados em Juiz de Fora – MG se repetem em outras cidades brasileiras. Os empreendimentos são instalados em terrenos baratos, distantes do centro e com serviços precários de transporte e segurança⁷.

III - Estudo de Caso da Política Pública Habitacional em Juiz de Fora – MG

A cidade de Juiz de Fora, conhecida como Manchester Mineira, está localizada na Zona da Mata Mineira, situando-se entre o eixo Rio de Janeiro – São Paulo, teve seu processo de urbanização marcado pela construção da rodovia União e Indústria inaugurada em 1861. É importante lembrar a instalação da primeira Usina Hidrelétrica da América do Sul, que reflete a vocação industrial da cidade.

Conforme o Censo de 2010, a população de Juiz de Fora é de 516.247 habitantes. Nos últimos 3 anos a população cresceu mais de 10%. Esse contingente populacional agravou a questão da moradia na cidade. (UFJF) Merece destaque também, que de acordo com estimativas do IBGE a população de Juiz de Fora em 2017 contaria com aproximadamente 563.769. (IBGE)

7 O GLOBO. Minha Casa Minha Vida repete erros do passado. 12 abr. 2015. Disponível em: < <https://oglobo.globo.com/opiniao/minha-casa-minha-vida-repete-erros-do-passado-15841622>>. Acesso em: 05 fev. 2018.

Dessa forma, pode-se inferir que houve um crescimento no contingente populacional do Município, que por sua vez, ocasiona numa demanda maior por moradias. Juiz de Fora desde 1986 vem se empenhando em elaborar leis que regulamentem não apenas a habitação, mas a política urbana como um todo. A preocupação com o crescimento urbano e a necessidade de ordenamento desse crescimento, possibilitaram a criação, em 1986, das Leis, n. 6.908, 6.909 e 6.910, que tratam, respectivamente dos seguintes temas: parcelamento, edificações e uso e ocupação do solo. Estas leis representam um grande avanço no sentido de um maior controle e regulação urbana. A Lei de edificações reúne as normas que regulamentam as construções, com o objetivo de adequá-las aos padrões de segurança, salubridade e acessibilidade. (PJF)

A partir da década de 1980 foram sancionadas outras leis que estabeleceram as bases sobre a política habitacional no Município de Juiz de Fora, como a Lei n. 7076/1987 de 22 de abril de 1987 - Programa de Construção de Habitações Populares por Iniciativa Própria – PROCASA; a Lei n. 7.152 de 27 de agosto de 1987- Empresa Regional de Habitação Juiz de Fora – EMCASA; a Lei n. 7.665 de 26 de dezembro de 1989 - Fundo Municipal de Habitação – FMH; a Lei n. 11.197 do dia 03 de agosto de 2006 - Código de Posturas do Município; a Lei n. 7.665 de 26 de dezembro de 1989 – revogada e substituída pela Lei n. 10.027 de 16 de julho de 2001 - Conselho Municipal de Habitação de Juiz de Fora – CMH/JF; - Conselho Municipal de Política Urbana – COMPUR; - Plano Diretor e Planos Setoriais da Política de Desenvolvimento Urbano; - Plano Municipal de Habitação – PMH/JF; - Plano de Saneamento Básico de Juiz de Fora – MG e o Plano de Mobilidade Urbana.

Em 1987, foi instituído o Programa de Construção de Habitações Populares por Iniciativa Própria (PROCASA) no município de Juiz de Fora, teve como objetivo a promoção da melhoria das condições de assentamento, adequando-as à legislação vigente, o estímulo a construção da casa própria, por livre iniciativa pelos possuidores de terrenos ou lotes vagos, da população com renda familiar de até 8 salários mínimos e simplificação do procedimento para obtenção do Projeto da habitação e do alvará de licença para a construção.

O Conselho Municipal de Habitação de Juiz de Fora (CMH) foi instituído pela Lei n. 7.665 de 26 de dezembro de 1989 – revogada-, que

foi substituída pela Lei n. 10.027 de 16 de julho de 2001. É vinculado à Secretaria de Planejamento e Desenvolvimento Econômico, tem caráter normativo, fiscalizador e deliberativo, com o propósito de viabilizar a participação popular, através da sociedade civil organizada, na formulação e implementação da política, planos e programas de habitação, de saneamento básico e de curadoria dos recursos a serem aplicados. (PJF) Na década de 1980, diversas equipes, coordenadas pelo então Instituto de Pesquisa e Planejamento (IPPLAN), dedicaram-se ao levantamento de dados, análises, discussões e proposições com o propósito de elaborar o plano diretor municipal em atendimento ao disposto no art. 182 da Constituição Federal de 1988. Em fins da década de 1990, o Plano Diretor de Desenvolvimento Urbano de Juiz de Fora (PDDU/JF), foi aprovado pela Lei nº 9.811/2000.

A proposta do Plano Municipal de Habitação - PMH foi desenvolvida pelo Centro de Pesquisas Sociais da Universidade Federal de Juiz de Fora por solicitação da Prefeitura Municipal de Juiz de Fora entre os anos de 2006 e 2007. Segundo Teixeira e Lawall (2012), a elaboração da proposta do PMH teve como ponto de partida um diagnóstico sobre a situação habitacional de Juiz de Fora, juntamente com dados estatísticos fornecidos pelo Anuário Estatístico de Juiz de Fora. Esta proposta foi encaminhada ao CMH e originou o PMH que se encontra em vigor no município atualmente.

Compete ao CMH⁸, analisar, discutir e deliberar sobre: objetivos, diretrizes e prioridades da Política Municipal de Habitação; políticas de captação e aplicação de recursos para produção de moradias e lotes urbanizados; planos anuais e plurianuais de ação e metas; proposta e projetos oriundos do Poder Executivo relativo às ocupações, aos assentamentos e a regularização de posse em áreas públicas e privadas de interesse social; programas de loteamentos populares, entre outros. (PJF)

A proposta do PMH-JF seguiu os princípios e objetivos do Plano Nacional de Habitação – PNH, utilizando, ainda, os instrumentos previstos pelo Estatuto da Cidade e Recomendações do PDDU. (ZAMBRANO, 2012)

8 CMH é formado por nove representantes de órgãos governamentais, nove de entidades vinculadas à produção de moradias e nove da sociedade civil, sendo os últimos eleitos em assembleias específicas, realizadas entre agosto e outubro de 2015. (PJF)

A proposta de PMH – JF apresentava seis programas que formam a base para enfrentar o déficit habitacional em Juiz de Fora – MG, sendo eles: Programa Bairro Cidadão, Programa Lote Solidário e Construção Popular, Programa Banco de Terras, Programa Fundo Ativo, Programa Parceria Público Privado e Programa “Tô de Olho”. (ZAMBRANO, 2012) O PMH foi aprovado na data 16 de dezembro de 2009, de acordo com a Ata de Reunião Ordinária do Conselho Municipal de Habitação. A importância do Plano Municipal de Habitação se verifica uma vez que:

Definida uma linha geral para a política nacional de habitação, há que se considerar a necessidade de complementaridade entre as legislações federal, estadual e municipal para a consecução do atendimento relativo às demandas habitacionais. (PMH-JF)

Com relação ao Programa Minha Casa Minha Vida em Juiz de Fora – MG, cabe informar que teve início em 2009, época em que fora firmado acordo entre a Prefeitura de Juiz de Fora – MG e a Caixa Econômica Federal – CEF, para atender a demanda por Habitação na cidade (NUGEA UFJF, 2012). Atualmente é o principal programa habitacional do município de Juiz de Fora.

Conforme matérias divulgadas no Portal de Notícias da Prefeitura Municipal de Juiz de Fora, em 29 de junho e 21 de dezembro do ano de 2012, em 29 de abril de 2013 e em 02 e 03 de dezembro de 2014 no âmbito do PMCMV, no Município de Juiz de Fora foram entregues as construções de empreendimentos do Programa Minha Casa Minha Vida.

Especificamente sobre o Assentamento Parque das Águas, cabe informar que em 2009 foi criado o Processo n. 004649 na PJF relacionado ao Licenciamento Ambiental para o Empreendimento – Loteamento Parque das Águas, localizado na área da Fazenda Santa Cândida, no bairro Monte Castelo. As famílias que foram transferidas para esse Assentamento Urbano eram oriundas de áreas de risco, de sub-moradias ou de aluguel que comprometesse a maior parte do rendimento familiar. (NUGEA UFJF, 2012)

Na data de 28 de novembro de 2012, em Audiência Pública na Câmara Municipal de Juiz de Fora – MG, foram apontadas dificuldades encontradas pelos moradores de tal Assentamento. Os principais problemas apresentados foram perigo de desabamentos de encostas e barrancos, que foram se agravando com a chegada das chuvas, estrutura precária de telhados e instalações elétricas, falta de linha telefônica e ônibus, além de pro-

blemas com a rede de esgoto. (ACESSA, 2012) A região também apresentava muita violência, muitos moradores deixaram suas casas, em razão da criminalidade na região. Destaca-se que foram colocados muitos moradores de bairros conflitantes no mesmo assentamento, o que pode ter contribuído para disputas de poder. O Município tem buscado alternativas para amenizar os problemas do local, como exemplo podemos citar a Lei n. 13.397, publicada em 29 de junho de 2016, que fixa “como critério para seleção de famílias beneficiadas pelos programas habitacionais no Município, a proximidade entre o local de moradia destas e o empreendimento imobiliário a ser implantado”. Isso poderá contribuir para a construção do vínculo entre o morador e o espaço, é claro que far-se-á necessário que seja garantido também o acesso a infraestrutura, serviços e emprego.

Embora se tenha notado o avanço indicado, tem-se a demora na elaboração do Plano Diretor Participativo - PDP. Sabe-se que se trata de um processo demorado, uma vez que conta com a participação da sociedade civil, de pesquisadores e estudiosos do assunto, do governo, entre outros. Contudo, vale destacar que a projeção de revisão do PDDU 2000 foi definida para cada 10 anos e a iniciativa de revê-lo ocorreu apenas no início de 2013, no âmbito da Subsecretaria de Planejamento do Território vinculada à Secretaria de Planejamento e Gestão e com o apoio do Grupo de Trabalho criado pela Portaria Municipal n. 8.615 do dia 25 de outubro de 2013.

Observa-se que a iniciativa de atualização ocorreu após a implantação dos primeiros empreendimentos do PMCMV no município. Destaca-se que no dia 24 de junho de 2013, a Câmara Municipal de Juiz de Fora criou a Comissão Especial para acompanhar a elaboração da primeira revisão do Plano Diretor. (PJF)

Com relação à metodologia adotada na elaboração do PDP, pode-se dizer que o município foi dividido em duas macro categorias – na área urbana do distrito sede, que está subdividida em oito regiões de planejamento e na área que abrange todo o restante do município, incluindo os núcleos urbanos e as áreas rurais. As regiões de planejamento –RP– foram definidas com base em aspectos culturais, ambientais, sociais, econômicos e urbanísticos. (PJF)

O Plano Diretor tem como diretriz, assegurar a todo cidadão o direito à moradia, bem como - priorizar, para fins de assentamento das po-

pulações de baixa renda, a oferta de lotes urbanizados e a construção de moradias de baixo custo para pessoas removidas de áreas de risco, áreas "*non aedificandi*" e outras de interesse público.

Conforme consta na Mensagem n. 4267 da PJP, datada de 22 de agosto de 2016 e endereçada ao Presidente da Câmara Municipal, o anteprojeto de lei de Revisão do Plano Diretor de Juiz de Fora foi apresentado aos delegados no decorrer da "III Capacitação de Delegados" e divulgado à sociedade no *site* do Plano Diretor Participativo.

Dentro desse contexto é importante que o Plano contemple a estruturação do território, então além da subdivisão distrital existente - a ser mantida - buscou-se uma reavaliação dos perímetros urbanos dos diversos aglomerados, em especial o Distrito-sede, onde se encontra a Cidade de Juiz de Fora.

O Distrito-sede, onde estão localizadas mais de 98% da população Juizforana dada a sua importância e complexidade recebeu um maior detalhamento, passando a ser composto por oito Regiões de Planejamento - RPs, que por sua vez, contém cada uma um número variável de Unidades de Planejamento - UPs. Este sistema tem por objetivo dotar a administração pública municipal de elementos de ordenação territorial que permitam uma gestão descentralizada e mais eficiente. Além disto, o detalhamento do PDP será efetuado por meio dos Planos de Estruturação Urbana - PEUs, elaborados ao nível de cada RP.

Adotou-se uma estrutura hierárquica com três macroáreas: a primeira contém as áreas mais urbanizadas do Distrito-sede, a segunda as áreas rurais e a terceira as bacias dos principais mananciais. Estas macroáreas são compostas de macrozonas com suas especificidades.

O PDP busca conciliar os interesses imobiliários com o desenvolvimento territorial mais equânime. Em seu Capítulo I, trata da Política de Habitação de Interesse Social, que entre outros objetivos tem como premissa a redução do déficit habitacional do Município, a democratização do acesso à moradia, a equipamentos públicos e a serviços públicos básicos, ainda objetiva promover a inclusão sócio-territorial, garantir dignidade e legalidade de moradia e também garantir a sustentabilidade da questão habitacional considerada política intransferível de Estado.

Em outubro de 2016, o Plano Diretor foi discutido em mesa redonda realizada na XIX Mostra de Arquitetura e Urbanismo (MAU) da Uni-

versidade Federal de Juiz de Fora (UFJF). Conforme matéria publicada na página da UFJF, o debate sobre o Plano Diretor foi realizado por meio de oficinas comunitárias, seminários de capacitação, grupos de trabalho liderados pela UFJF e pela realização da Conferência do PDP, que gerou 225 propostas de alterações.

Em maio de 2017, PDP é discutido em audiência pública na Câmara Municipal, organizado com colaboração popular, inclusive da comunidade acadêmica da UFJF. (PJF)

Conforme notícia veiculada na página da Câmara Municipal de Juiz de Fora, um dos principais projetos que seguem na pauta em 2018 trata-se da revisão do Plano Diretor de Juiz de Fora, avaliação que vai acontecer com pelo menos oito anos de atraso, tendo em vista que, pelo estatuto das cidades, a revisão deveria ter acontecido em 2010.

As expectativas são de que as discussões se estendam por até três períodos legislativos, entre os meses de março e maio de 2018, conforme disponibilizado no site da Câmara Municipal de Juiz de Fora.

Conclusão

O presente estudo buscou analisar a habitação de interesse social no Município de Juiz de Fora – MG. Fazendo uma retrospectiva sobre a questão habitacional no Brasil, observa-se que foram criados programas que objetivavam sanar o déficit habitacional, entre eles: a Fundação da Casa Popular e o Banco Nacional de Habitação.

A Constituição Brasileira de 1988 foi um marco para a participação popular nas agendas públicas para proposição de políticas públicas. A Constituição incluiu a descentralização e a participação como princípios fundamentais que norteiam a gestão pública participativa nos três poderes constituídos, federal, estadual e municipal. Favoreceu, ainda, a criação de mecanismos de participação popular como Orçamento Participativo, Fóruns, Conselhos, entre outros. A instituição dos conselhos trouxe de fato a participação de vários segmentos da sociedade e do poder público.

Com referência ao PMCMV pode-se considerá-lo um programa ambicioso, que surgiu em 2009 como uma nova alternativa para resolver o déficit habitacional brasileiro. É um programa que busca atender as famílias de baixa renda, que moram em locais de risco, dentre outros. Muitos

problemas assolam os empreendimentos do PMCMV na cidade e este fato tem levado a ações conjuntas do Conselho Municipal de Habitação envolvendo a Prefeitura Municipal de Juiz de Fora, a Caixa Econômica Federal, a Câmara dos Vereadores, para a busca de soluções articuladas.

A própria lei municipal que fixa como critério a seleção de famílias próximas ao local de origem foi aprovada em 2016, após observâncias e debates em audiências públicas, e poderá ser adotada para os próximos empreendimentos em outros assentamentos. As tragédias vivenciadas pelos moradores do Parque das Águas em decorrência das disputas territoriais de gangues, com inúmeras mortes, tiveram peso nessa mudança político-legislativa que, sem muito esforço, poderia ser vislumbrada antes dos tão lamentáveis acontecimentos.

Verifica-se avanços no âmbito do município de Juiz de Fora, sobre a questão habitacional, principalmente no tocante às leis municipais que versam sobre o assunto, merecendo destaque as leis referentes ao Programa de Construção de Habitações Populares por Iniciativa Própria, do Fundo Municipal de Habitação, do Código de Posturas do Município, do Conselho Municipal de Habitação de Juiz de Fora; do Plano Diretor e do Plano Municipal de Habitação.

Ainda, foi muito relevante à apresentação da proposta do Plano Diretor do município, especificamente no que se refere à habitação de interesse social. O Plano Diretor Participativo do Município de Juiz de Fora se encontra no âmbito da Câmara Municipal de Vereadores para ser apreciado. Vale ressaltar que é um tema complexo, cujas discussões têm sido realizadas já há algum tempo, com a promoção de diversas palestras e debates, contando com a presença de especialistas e da população, a fim de buscar melhorias para a revisão do Plano Diretor.

Destaca-se a importância da criação de comissões e realização de audiências públicas. Passados cinco anos de discussão, a proposta final, contempla grandes avanços, sobretudo quanto ao zoneamento ambiental do município. Foi de grande importância que a revisão do Plano Diretor de Juiz de Fora tenha contado com a participação da comunidade e da sociedade civil organizada, conduzindo à proposta do PDP.

O Plano Diretor Participativo de Juiz de Fora é um importante instrumento não só para o desenvolvimento da cidade, mas também para balizar a política habitacional no município, especificamente no

que se refere à habitação de interesse social, objeto de estudo deste trabalho.

Estima-se que ao ser aprovado, o referido projeto do PDP possa contribuir significativamente para que os problemas relativos à questão da moradia do município sejam minimizados, e para que o acesso à moradia digna seja efetivado como um direito de todos.

Espera-se que o Plano Diretor Participativo seja aprovado e que, uma vez em vigor, possa contribuir para melhorias quanto ao planejamento, execução, implementação e avaliação dos programas já implantados bem como dos próximos programas habitacionais no município de Juiz de Fora, e dessa forma proporcionar melhores condições de vida para a população.

Referências

AZEVEDO, Sérgio de.; ANDRADE, Luís A.G. de. **Habitação e Poder**: da Fundação da Casa Popular ao Banco Nacional de Habitação. Rio de Janeiro, 2011. Disponível em: <<http://static.scielo.org/scielo-books/xnfq4/pdf/azevedo-9788579820557.pdf>>. Acesso em: 25 set. 2017.

BASTOS, Rodrigo D. **Economia política do imobiliário**: o programa Minha Casa Minha Vida e o preço da terra urbana no Brasil. 2012. 106 f. Dissertação Mestrado (Mestrado em Sociologia)–Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2012. Disponível em: <<http://www.bibliotecadigital.unicamp.br/document/?code=000857522>>. Acesso em: 25 set. 2017.

BONDUKI, Nabil. Política Habitacional e inclusão social no Brasil: revisão histórica e novas perspectivas no governo Lula. **Revista Eletrônica de Arquitetura e Urbanismo**, São Paulo, n.1, p. 70-104, 2008. Disponível em: <https://www.usjt.br/arq.urb/numero_01/artigo_05_180908.pdf>. Acesso em: 25 maio. 2017.

CADERNOS DE FORMAÇÃO DOS CONSELHOS MUNICIPAIS PARTICIPATIVOS. 2015. Disponível em: <https://www.paulofreire.org/images/pdfs/livros/Cadernos_Formacao_Conselhos_Participativos.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2017.

CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. **Minha Casa Minha Vida** – Recursos FAR. Disponível em: < http://www.caixa.gov.br/poder-publico/programas-uniao/habitacao/minha-casa-minha-vida/Paginas/default.aspx/saiba_mais.asp>. Acesso em: 25 nov. 2017.

CARTILHA CONSELHO CIDADES. 2006. Disponível em:< <http://www.capacidades.gov.br/biblioteca/detalhar/id/317/titulo/cartilha-concidades---conselho-das-cidades>>. Acesso em: 12 nov. 2017.

CARTILHA PROGRAMA MINHA CASA MINHA VIDA. 2015. Disponível em: <<http://www.capacidades.gov.br/biblioteca/detalhar/id/313/titulo/cartilha+programa+minha+casa+minha+vida#prettyPhoto>>. Acesso em: 15 nov. 2017.

CONDE, Eduardo S. **Abrindo a Caixa**: dimensões e desafios na análise de Políticas Públicas. Revista do PPGP, v. 2, n. 2, 2012, p.78-100.

IBGE. **População de Juiz de Fora**. Disponível em: <<https://cidades.ibge.gov.br/brasil/mg/juiz-de-fora/panorama>>. Acesso em: 28 maio 2018.

MARICATO, Ermínia. MetrÓpole, legislação e desigualdade. Estudos Avançados. São Paulo, v.17, n. 48, p. 151-167, mai./ago. 2003. Disponível em:

<<http://www.scielo.br/pdf/ea/v17n48/v17n48a13.pdf>>. Acesso em: 29 ago. 2017.

Mesa redonda discute participação popular no Plano Diretor de Juiz de Fora. Disponível em: <<http://www.ufjf.br/noticias/2016/10/24/mesa-redonda-discute-participacao-popular-no-plano-diretor-de-juiz-de-fora/>>. Acesso em: 30 mar. 2018.

Moradores reclamam de problemas de infraestrutura em loteamento do Minha Casa, Minha Vida. Disponível em: <https://www.acesa.com/cidade/arquivo/noticias/2012/11/28-loteamento-do-minha-casa-minha-vida-e-alvo-de-reclamacao-de-moradores/>. Acesso em: 25 mar. 2018.

NUGEA UFJF. Programa Minha Casa Minha Vida. Juiz de Fora: 2012.
Disponível em: < <http://www.ufjf.br/nugea/files/2012/10/Programa-Minha-Casa-Minha-Vida.pdf> >. Acesso em: 10 ago. 2017.

PLANO NACIONAL DE HABITAÇÃO. Ministério das Cidades. 2009. Disponível em: < http://www.cidades.gov.br/images/stories/ArquivosSNH/ArquivosPDF/Publicacoes/Publicacao_PlanHab_Capa.pdf >. Acesso em: 25 set. 2017.

ROCHA, Roberto. A gestão descentralizada e participativa das Políticas Públicas no Brasil. **Revista Pós Ciências Sociais**. São Luís, v. 1, n. 11, p. 1-30, jan./jun. 2009. Disponível em: <http://www.ppgcsoc.ufma.br/index.php?option=com_content&view=article&id=318&Itemid=114>. Acesso em: 20 maio. 2018.

ZAMBRANO, Leticia Maria de Araújo et al. (Org.) **Habitação Social em Juiz de Fora: Debate e Projetos**. 1. ed. Juiz de Fora: UFJF, 2012.

O EFEITO “CARONA” NO SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇOS: LIMITES E POSSIBILIDADES

Maisa Bernachi Baptista

INTRODUÇÃO

O Texto Constitucional estipulou em seu art. 37, XXI a obrigatoriedade de licitação para obras, serviços, compras e alienações no âmbito da Administração Pública. O intuito do disposto na Carta Magna é assegurar que o Poder Público contrate a melhor proposta de forma impessoal, levando em consideração critérios objetivos, com isso garante-se que as contratações públicas sejam pautadas pela isonomia e eficiência.

Contudo, a realização de um procedimento licitatório, embora condizente com o ditame constitucional da moralidade administrativa, por vezes acaba por se alongar no tempo, sendo uma incumbência custosa, com burocracias, regras e restrições legais.

Nesta toada, o Sistema de Registro de Preço – SRP, tema objeto deste artigo, manifesta-se como um forma de facilitar o administrador público na efetivação de suas contratações, pois acarreta maior celeridade bem como a diminuição do número de procedimentos licitatórios realizados.

Desta forma, o SRP é um procedimento previsto na Lei 8.666/93, destinado a selecionar a melhor proposta para a Administração Pública, que ficarão registradas para contratações futuras. Sendo assim, ao invés do Poder Público proceder a novas licitações cada vez que pretender adquirir um produto ou serviço, efetua-se um único procedimento licitatório

responsável por registrar os preços para as futuras contratações necessárias para manter a máquina administrativa.

Destaca-se que Decreto 3.931/2001, responsável por regulamentar o SRP, criou a possibilidade do Poder Público aderir às atas de registro de preço de outros órgãos ou entidades. Tal dispositivo desencadeou celeuma na doutrina e na jurisprudência sobre a possibilidade ou não do que ficou conhecido como “efeito carona”. O presente artigo debruça no entendimento do Tribunal de Consta da União sobre a controvérsia.

SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇOS

A lei 8.666/93 prevê em seu art. 15, II que as compras, sempre que possível, “deverão ser processadas pelo sistema de registro de preços. O SRP referido na legislação supramencionada, não é uma modalidade de licitação, mas sim uma ferramenta que visa racionalizar as contratações efetuadas pela Administração Pública.

Tal procedimento consiste na formação de um ata de registro de preço, em que os órgãos participantes terão uma variedade de produtos e serviços indicados pelos licitantes vencedores, que no futuro, poderão ser adquiridos pelo Poder Público, conforme a necessidade estatal. Assim, o SRP não possui o intuito de eleger a melhor proposta para celebração de um contrato específico. (OLIVEIRA RAFAEL, 2018)

Atualmente o Decreto 7.892/02, que revogou o Decreto 3.931/2001, regulamenta a sistemática do SRP, definindo tal figura como um “conjunto de procedimentos para registro formal de preços relativos à prestação de serviços e aquisição de bens, para contratações futuras.” Ademais, basicamente atuarão na licitação o órgão gerenciador – sendo este a entidade administrativa responsável pela direção dos procedimentos para o registro de preço- e o órgão participante que integra a ata de registro de preço.

Como a sistemática em análise, não destina-se a formalização de um contrato específico, a reserva orçamentária é prescindível para concretização do SRP. Conforme enuncia o art. 7º, parágrafo segundo do Decreto 7.892/02 a disponibilidade orçamentária será imposta apenas no momento da assinatura do contrato.

A licitação deverá ser realizada na modalidade de concorrência ou pregão, e em regra, será efetivada por meio do critério “menor preço”, to-

davia, excepcionalmente será admitido o julgamento por técnica e preço na modalidade concorrência, desde que a critério do órgão gerenciador e por meio de despacho fundamentado da autoridade máxima, segundo o que dispõe o parágrafo segundo do art. 7º.

Cumprido salientar que, a utilização do SRP não se destina a qualquer aquisição de bens e serviços, mas restringe-se a casos específicos previsto no Decreto em comento. Vejamos as hipóteses em que poderá ser utilizado o método de registro de preços:

Art. 3º O Sistema de Registro de Preços poderá ser adotado nas seguintes hipóteses:

I - quando, pelas características do bem ou serviço, houver necessidade de contratações frequentes;

II - quando for conveniente a aquisição de bens com previsão de entregas parceladas ou contratação de serviços remunerados por unidade de medida ou em regime de tarefa;

III - quando for conveniente a aquisição de bens ou a contratação de serviços para atendimento a mais de um órgão ou entidade, ou a programas de governo; ou

IV - quando, pela natureza do objeto, não for possível definir previamente o quantitativo a ser demandado pela Administração.

Destaca-se que a lei 8.666/93 estipulou o prazo de validade de até um ano para a ata de registro de preço. Nesse sentido a Advocacia Geral da União consolidou o entendimento de que qualquer diferimento deste prazo, só será permitido se estiver contido dentro do período de um ano estabelecido pela legislação. Assim estipula a Orientação Normativa AGU 19: “O prazo de validade da Ata de Registro de Preço é de no máximo um ano, razão por que eventual prorrogação da sua vigência, somente será admitida até o referido limite, e desde que devidamente justificada, mediante autorização da autoridade superior e que a proposta continue se mostrando mais vantajosa.”

Importante se faz mencionar que, a ata de registro de preço não obriga a Administração Pública a contratar e firmar as futuras contratações,

neste ponto destaca-se que o Poder Público detém discricionariedade na adoção do registro de preço, no entanto, caso decida-se contratar o beneficiário do registro terá preferência em igualdade de condições.

Visto as principais características do sistema de registro de preço, é possível com base nelas mencionar diversas vantagens na sua aplicabilidade. Uma delas refere-se a redução do número de realização de procedimentos licitatórios, pois o SRP evita a repetição e multiplicação de licitação para aquisição de um mesmo bem ou um bem similar. Com a ata de registro de preço, dentro do prazo de um ano, o Poder Público terá efetivado apenas uma licitação para manter a máquina estatal, sem necessidade de providenciar nova licitação a cada aquisição. Desta forma, há uma racionalização e simplificação nas contratações públicas, promovendo o princípio da eficiência. Nesse sentido: “a adoção do SRP determina, com absoluta certeza, flagrante economia, além de ganho em agilidade e segurança, com pleno atendimento ao princípio da eficiência, recentemente elevado a princípio constitucional da Administração Pública”. (BITTENCOURT, 2003, p. 48).

Outra vantagem é a celeridade e agilidade na contratação, tendo em vista que quando o Poder Público precisar de determinado produto, todo o procedimento licitatório já estará concluído, a empresa vencedora, o preço e as condições de fornecimento estarão definidos. Isso demonstra uma otimização e redução na burocracia existente no âmbito das contratações públicas.

O emblemático “efeito carona” no Sistema de Registro de Preços

Inicialmente previsto no art. 8º do Decreto Federal n. 3.931, o efeito carona consiste na possibilidade de órgãos e entidades administrativas aderirem a uma ata de registro de preço da qual não participaram. Tal previsão regulamentar permite que uma autarquia adquira bens de informática, por exemplo, em um sistema de registro de preço realizado pelo Ministério da Educação. Percebe-se que entidades administrativa podem “pegar carona” em um ata de registro preço de outro órgão, sem precisar dar início ao um novo procedimento licitatório.

Atualmente a sistemática do que convencionou-se na doutrina denominar de “efeito carona” está esculpido no art. 22 do Decreto 7.892. Vejamos:

Art. 22. Desde que devidamente justificada a vantagem, a ata de registro de preços, durante sua vigência, poderá ser utilizada por qualquer órgão ou entidade da administração pública federal que não tenha participado do certame licitatório, mediante anuência do órgão gerenciador.

§ 1º Os órgãos e entidades que não participaram do registro de preços, quando desejarem fazer uso da ata de registro de preços, deverão consultar o órgão gerenciador da ata para manifestação sobre a possibilidade de adesão.

§ 1º-A A manifestação do órgão gerenciador de que trata o § 1º fica condicionada à realização de estudo, pelos órgãos e pelas entidades que não participaram do registro de preços, que demonstre o ganho de eficiência, a viabilidade e a economicidade para a administração pública federal da utilização da ata de registro de preços, conforme estabelecido em ato do Secretário de Gestão do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. (Incluído pelo Decreto nº 9.488, de 2018) (Vigência)

§ 1º-B O estudo de que trata o § 1º-A, após aprovação pelo órgão gerenciador, será divulgado no Portal de Compras do Governo federal. (Incluído pelo Decreto nº 9.488, de 2018) (Vigência)

§ 2º Caberá ao fornecedor beneficiário da ata de registro de preços, observadas as condições nela estabelecidas, optar pela aceitação ou não do fornecimento decorrente de adesão, desde que não prejudique as obrigações presentes e futuras decorrentes da ata, assumidas com o órgão gerenciador e órgãos participantes.

§ 3º As aquisições ou as contratações adicionais de que trata este artigo não poderão exceder, por órgão ou entidade, a cinquenta por cento dos quantitativos dos itens do instrumento convocatório e registrados na ata de registro de preços para o órgão gerenciador e para os órgãos participantes.

§ 4º O instrumento convocatório preverá que o quantitativo decorrente das adesões à ata de registro de preços não poderá exceder, na totalidade, ao dobro do quantitativo de cada item registrado na ata de registro de preços para o órgão gerenciador e para os órgãos participantes, independentemente do número de órgãos não participantes que aderirem.

Ressalta-se que a previsão de adesão de órgão não participante à ata de registro de preço desencadeou grande celeuma na doutrina, ocasionando divergências sobre sua legalidade. Nesse ponto, destaca-se posicionamento de Toshio Mukai que sustenta a inconstitucionalidade do “efeito carona”, uma vez que, para o autor “nenhum órgão ou entidade pode valer de licitação efetuada por outro órgão, sem dela ter participado”. (MUKAI, 2009). Sob este prisma, há críticas severas no sentido de que tal sistemática seria uma burla à regra constitucional do dever de licitar. Haveria brechas a contratação direta, dado que, uma entidade estaria adquirindo bens e serviços sem ter participado de um procedimento licitatório. No entanto, na contramão deste entendimento, posiciona-se Ulisses Jacoby Fernandes, defendendo que o SRP não descumpra com o Texto Constitucional, tendo em vista que a licitação foi concretizada, ainda que por outro órgão (FERNANDES, 2007). O “efeito carona” fundamenta-se na dispensabilidade de repetição de um procedimento que, na maioria das vezes, é custoso, moroso e burocrático para Administração Pública.

Outro apontamento negativo quanto ao procedimento de registro de preço, diz respeito ao fato de que o princípio da legalidade, norteador da administração pública, estaria sendo lesado. Isso porque, um decreto regulamentar e não uma lei estaria prevendo uma causa de dispensa de licitação, inovando no ordenamento jurídico. O Tribunal de Contas da União já se manifestou nesse sentido, por meio do acórdão 2.692.12:

(...) O instituto da adesão foi introduzido no ordenamento jurídico pelo Decreto nº 3.931/2001. Não há na Lei Geral de Licitações sequer referência à sua existência. (...) A dispensa de licitação autorizada pela norma constitucional, no entanto, reclama expressa e taxativa previsão legal. E mais, a ressalva prevista em lei deve ter por fim a melhor persecução do interesse público. (...) Evidencia-se, então, que a figura do 'carona' corresponde ao aproveitamento dos efeitos de uma licitação anterior, para que uma entidade administrativa promova contratação sem prévia licitação. Configura-se uma situação similar à da dispensa de licitação, fundada na exclusiva discricionariedade administrativa. Essa solução é incompatível com a regra imposta no art. 37, inc. XXI, da CF/88. Na verdade, **produziu-se a instituição por**

meio de decreto de mais uma hipótese de dispensa de licitação. O problema imediato reside em que a Constituição estabelece que somente a lei pode criar as hipóteses de dispensa de licitação. (grifos acrescidos)

A previsão da carona no Decreto vigente confere eficiência, racionalidade e presteza, por outro lado, pode ser um mecanismo facilitador de fraude e conluio, razão pela qual o Tribunal de Contas da União estipulou limites para sua utilização, de modo a assegurar que os princípios constitucionais sejam preservados.

Primeiramente mister salientar que, o TCU veda a aderência a ata de registro de preço com prazo de validade expirado. Segundo a Corte de Contas: *“não é razoável que sejam feitas adesões a atas de registro de preços após o fim de sua vigência, vez que os preços registrados por meio de licitação específica podem não mais estar compatíveis com aqueles oferecidos no mercado”*. (Acórdão 1.793/2011, Plenário, Rel. Min. Valmir Campelo, 06.07.2011, Informativo de Jurisprudência sobre Licitações e Contratos do TCU n. 70).

Contudo, a preocupação maior do Tribunal de Contas reside na quebra do princípio da competição, tendo em vista que eventual adesão ilimitada na ata de registro de preço de outro órgão, ensejaria a possibilidade de que uma empresa vencedora em um único certame licitatório, celebrasse diversos contratos com a Administração Pública. Nesse caso os princípios da eficiência, impessoalidade e moralidade restariam prejudicados:

(...) **quis o constituinte assegurar igualdade de condições** a todos os concorrentes (inc. XXI, art. 37, CF), de forma a **preservar a observância do inalienável princípio da competição**, que norteia as contratações do poder público. As normas visam estimular a boa disputa, minimizar o risco da formação de cartéis e viabilizar, por conseqüência, a multiplicação de potenciais fornecedores. Procura-se impedir que uma mesma empresa se perenize na condição de contratada, a não ser que continue propiciando, comprovadamente nas licitações, a proposta mais vantajosa para a administração. 25. Contudo, na minha opinião, **com o advento do registro de preço e da possibilidade de adesão sem limites à respectiva ata, pela estreita via do decreto regulamen-**

tar, criaram-se as condições para que o vencedor de uma única licitação celebre múltiplos contratos com órgãos da administração. (Acórdão 1.487/2007 – Rel. Valmir Campelo – TCU - Plenário, de 1/8/2007; grifos acrescidos)

Para que o interesse público e os ditames constitucionais sejam conservados, não basta limitar a adesão ao prazo de validade da ata de registro de preço, é preciso que haja imposição de maiores restrições. Se por um lado, a figura do carona pode simplificar a licitação pública, tornando-a mais ágil, sob um outro prisma, a desburocratização não pode ensejar a ruptura de princípios basilares como a igualdade da competição, moralidade e a lisura nas contratações públicas.

O sistema de registro de preço é um mecanismo que pode colaborar com a eficiência administrativa, mas o uso ilimitado e sem condicionante de adesões às atas de registro de preço por órgão não participante, pode ocasionar perda de escala. Desta feita, o TCU por meio do Acórdão 1.487/2007 vedou a “adesão ilimitada a ata por parte de outros órgãos”. Segundo a Corte de Contas, o Poder Público decai na economia de escala, tendo em vista que, “se a licitação fosse destinada inicialmente à contratação de serviços em montante bem superior ao demandado pelo órgão inicial, certamente os licitantes teriam condições de oferecer maiores vantagens de preço em suas propostas.” Assim, foi estabelecido pelo Tribunal de Contas que deve haver um quantitativo máximo de 100% das compras e serviços.

A fim de exemplificar, caso a ata de registro de preço delimitasse dois mil itens de um produto, o limite total de contratações referentes àquela ata restringem-se a esta quantidade estabelecida. Desta feita, percebe-se que estipulou-se um limite de 100% do valor previsto na ata, mas este quantitativo não refere-se ao valor que cada “carona” pode contratar, mas sim ao total de contratações permitidas durante a vigência da ata. Ou seja, no nosso exemplo prático, só haveria adesões à ata até o limite de dois mil itens daquele produto específico.

Em adição, salienta-se que no caso que originou a referida jurisprudência da Corte de Contas, o registro de preço proveniente do Ministério da Saúde foi formalizado com objetivo de contratação estimado em 32 milhões de reais. Contudo, após 62 adesões à ata de registro de preço, uma

mesma empresa vencedora de um licitação celebrou múltiplos contratos que totalizaram um montante final de 1 bilhão, novecentos e oitenta e quatro milhões de reais (OLIVEIRA, 2018).

O Decreto em estudo, ainda prevê a faculdade de órgãos ou entidades municipais, estaduais e distritais aderirem a ata de registro de preço realizada no âmbito da Administração Pública federal, contudo, a recíproca não é verdadeira. De forma expressa é vedado que órgãos e entidades do Poder Público federal participem dos registro de preço efetivadas pelas demais esferas de governo. Neste ponto, destaca-se que o instituto é encarado como um obstáculo da atividade fiscalizatória desempenhada pelos Tribunais de contas:

(...) permito-me abordar, com brevíssima manifestação, o problema que entendo existir na adesão à ata de registro de preços quanto ao pleno exercício do controle externo, particularmente no que se refere à possibilidade de adesão de órgãos e/ou entidades de diferentes esferas de governo. **A adesão do "carona" à ata de registro de preços de outra esfera de governo traz sérias dificuldades ao controle que o art. 113 da Lei nº 8.666/93 atribuiu aos Tribunais de Contas. Imagine-se, por exemplo, que o órgão gerenciador pertencente à determinada esfera governamental proceda de forma irregular ao promover a licitação para o registro de preços. Na mesma hipótese, suponha-se que, inadvertidamente, o "carona" de outra esfera de governo faça a adesão a essa ata, causando sério prejuízo ao erário. Em situação desse jaez, a eficácia do controle parece restar comprometida, uma vez que o tribunal de contas competente para a fiscalização da conduta do "carona" poderá não ser competente para fiscalizar a conduta do órgão gerenciador (Acórdão 2.692/2012).**

Destarte, resta claro que o TCU não se opõe ao Sistema de Registro Preço, permitindo sua utilização nas contratações públicas, todavia, com ressalvas. A Corte de Contas defronta com a prática demasiada e ilimitada de adesões às atas pela figura do “carona”, preocupando-se com a possibilidade de fraudes, conluíus, quebra do princípio da competição e da perda

de economia de escala. Para tanto, ao longo dos anos foi estabelecendo em seus julgados, restrições para que o instituto seja usado da forma que melhor se adeque ao interesse público.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Sistema de Registro de Preço foi uma novidade prevista inicialmente na Lei 8.666 e regulamentada atualmente pelo Decreto 7.892/13, sua principal vantagem é conferir racionalidade nas compras realizadas pela Administração Pública em comparação ao procedimento licitatório comum. Assim, é cristalino sua inovação no âmbito das contratações públicas, principalmente no que se refere a celeridade e eficiência.

Contudo, a eficiência administrativa não pode resultar na ruptura de outros princípios constitucionais igualmente relevantes. Com o fito de preservar os preceitos da Carta Maior, bem como a lisura dos certames licitatórios em que presentes a figura do “carona”, nossa Corte Contas estipulou limites à sua utilização.

O instituto é emblemático e causador de divergentes posições entre os administrativistas. Um de seus impasses, reside na sua regulamentação por meio de Decreto, o que, como visto, para alguns simbolizaria violação ao princípio da legalidade. Todavia, o Sistema de Registro de Preços está expressamente consolidado na Lei 8.666/93, ficando a cargo da normatização infralegal apenas sua regulamentação, não havendo, portanto, transgressão ao mencionado princípio.

Ademais, atualmente com o quantitativo limitador de cem por cento dos itens do edital registrados na ata, diminui-se, consideravelmente, a ameaça de que a sistemática de registro de preços seja aplicada como um instrumento favorecedor da empresa vencedora da licitação, impossibilitando aquisições mais elevadas do que inicialmente previsto.

Desta feita, é possível concluir que o efeito carona previsto na sistemática de registro de preço é legal e aceito pelo Órgão fiscalizador federal, embora visto com parcimônia. Foi necessário que a jurisprudência do TCU estabelecesse de forma clara limites para que a figura do carona não fosse apenas vantajoso sob o aspecto da simplificação e celeridade nos certames público de licitação, mas também um instituto plausível com os mandamentos constitucionais.

BIBLIOGRAFIA

MUKAI, Toshio. O efeito “carona” no Registro de Preço: um crime legal?. FCGP, Belo Horizonte, ao 8, n.87, p. 72-73, mar. 2009

REZENDE OLIVEIRA, Rafael Carvalho. **Curso de direito Administrativo**. 6^o ED. 2018.

<https://portal.tcu.gov.br/jurisprudencia/inicio/>

RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA DOS TITULARES DAS SERVENTIAS EXTRAJUDICIAIS

Patrícia De Battisti Almeida

Fábio Rodrigues Teixeira de Almeida

1 Introdução

Os serviços notariais e de registro são singulares - apresentam uma face pública (regulada pelo direito público) e outra privada (regrada pelo direito privado). Os limites entre o público e o privado são tênues e não são facilmente identificados. Definir tais limites é importante para que se estabeleça o alcance da independência e autonomia jurídica dos delegatários dos serviços notariais e registrais.

Ricardo Henry Marques Dip sustenta que, para que as funções registral e notarial sejam exercidas, é fundamental que os titulares das serventias tenham liberdade decisória e que não se submetam a condicionamentos políticos, econômicos, burocráticos e corporativos - apenas precisam observar o condicionamento jurídico. (DIP, 1993, p. 31).

Os titulares das serventias são pessoas físicas que, por delegação estatal, representam o Estado no exercício das atividades notarial e registral. No exercício de suas funções, o notário e o registrador devem observar a legislação e as normas técnicas estabelecidas. Por exemplo, no Estado de São Paulo devem ser observadas as Normas da Corregedoria Geral de Justiça do Estado de São Paulo e as decisões do Conselho Superior da Magistratura de São Paulo, que possuem caráter vinculante.

De acordo com o estabelecido no modelo constitucional (artigo 236 da CF/88⁹), apesar dos atos praticados por esses profissionais do direito apresentarem uma natureza pública, eles atuam por conta própria e assumem os riscos inerentes à atividade.

2 Fiscalização da Atividade Notarial e Registral

O parágrafo primeiro do artigo 236 da Constituição Federal de 1988 determina que a atividade notarial e de registro está sujeita à fiscalização do poder judiciário. O Poder Judiciário possui função fiscalizadora e função corretiva e tem competência para apurar os desvios que os titulares da serventia cometem no exercício de suas atribuições.

O artigo 96, I, *b*, da Constituição Federal de 1988 atribui competência aos Tribunais de Justiça para coordenar as atividades correcionais nas Comarcas sob suas jurisdições.

De acordo com o Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo¹⁰, a Corregedoria Geral de Justiça é competente para estabelecer as normas de serviço das delegações notariais e de registro (conforme inciso XXXI do artigo 28 do Regimento Interno do TJSP). As normas de serviço atualmente em vigor foram estabelecidas pelo Provimento 58/89¹¹.

No sistema registral brasileiro, a atividade fiscalizadora do poder judiciário, em regra, precisa ser provocada. Assim, a interferência do judiciário se dá apenas por provocação, pelo processo de dúvida e pela atividade correcional fiscalizadora. (SILVEIRA, p.151).

A provocação é dispensada quando se trata do controle de legalidade dos atos notariais e registrais. Em caso de nulidade de pleno direito do registro, o Magistrado pode, de ofício, promover o cancelamento do ato registrário.

9 Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 09/10/19.

10 Disponível em <http://www.tjsp.jus.br/Download/Portal/Biblioteca/Biblioteca/Legislacao/RegimentoInternoTJSP.pdf>. Acesso em 09/10/19.

11 Disponível em http://www.tjsp.jus.br/Download/Corregedoria/NormasExtrajudiciais/NSCGJ_TOMO_II_NORMAL.pdf. Acesso em 09/10/19.

A atividade correcional está presente no direito brasileiro desde a edição da Lei 261, de 3 de dezembro de 1841¹², regulamentada pelo Regulamento 120, de 31 de janeiro de 1842¹³. Embora essas normas tratem principalmente do processo criminal e de questões à atividade policial, há disposições relativas à correição da atividade de tabeliães. O artigo 26 da Lei 261 determina que os juízes de direito, nas correições que realizarem, devem examinar os livros dos tabeliães e proceder “contra os que forem achados em culpa”. Os artigos 207 e 208 do Regulamento 120 detalham de que maneira o juiz deve examinar os livros dos tabeliães de notas.

Atualmente, a atividade de fiscalização se volta mais para orientar os titulares das serventias para que suas funções sejam exercidas em conformidade com o que determina a lei e com as normas técnicas da Corregedoria Geral de Justiça do Estado.

3 Responsabilidade administrativa dos titulares das serventias segundo a Lei 8.935/1994¹⁴

A responsabilidade administrativa dos titulares de serventias resulta de uma violação de norma interna da Administração, o que caracteriza um ilícito administrativo. Esse ilícito pode ocorrer em um ato omissivo ou comissivo praticado pelos notários e registradores no desempenho da função pública que lhes foi delegada. As normas administrativas a que os titulares das serventias devem obediência estão disciplinadas em leis, decretos e outros provimentos regulamentares que contêm deveres e obrigações para o exercício da função notarial e registral.

O delegatário dos serviços notariais e registrais que exerce as funções de forma irregular está sujeito a apuração disciplinar realizada pelo Juiz Corregedor Permanente e à responsabilização administrativa - que se dá por aplicação de sanções previamente previstas nos artigos 31 a 35 da Lei 8.935, de 18 de novembro de 1994.

12 Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LIM/LIM261.htm. Acesso em 09/10/19.

13 Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Regulamentos/R120.htm. Acesso em 09/10/19.

14 Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8935.htm. Acesso em 09/10/19.

A responsabilidade administrativa é apurada em processo administrativo, assegurando-se ao titular da serventia o contraditório e a ampla defesa (artigo 5º, LV, Constituição Federal). Uma vez constatada a prática do ilícito administrativo, ficará o delegatário dos serviços notariais e registrais sujeito à sanção administrativa adequada ao caso, que poderá ser repreensão, multa, suspensão ou perda da delegação (artigo 32, Lei 8.935/94).

A penalidade deve sempre ser motivada pela autoridade competente para sua aplicação, sob pena de nulidade. Na motivação da penalidade, devem estar presentes os motivos de fato (os atos irregulares praticados pelo titular da serventia) e os motivos de direito (os dispositivos legais ou regulamentares violados e a penalidade prevista) (SILVEIRA, p.179).

O poder judiciário poderá optar pelo afastamento do titular da serventia do cartório enquanto apura a infração e nomear um oficial interino para administrá-la enquanto as irregularidades são apuradas (art. 36 da Lei 8.935/94).

Se durante a apuração da responsabilidade administrativa a autoridade competente verificar que o ilícito administrativo também pode representar um ilícito penal, deve encaminhar cópia do processo administrativo ao Ministério Público, que irá mover ação penal contra o delegatário dos serviços notariais e registrais.

Maria Helena Diniz ressalta a importância de haver a fiscalização pelo poder judiciário para que seja possível disciplinar o funcionamento dos escritórios, de forma que haja uma constante sintonia entre as Normas Jurídicas que regulam o exercício da função notarial e registral e o efetivo exercício dessa atividade (DINIZ, p.616).

O artigo 31 da Lei 8.935/1994 enumera em seus incisos as infrações disciplinares a que se sujeitam os notários e registradores. São infrações disciplinares:

“I - a inobservância das prescrições legais ou normativas”. Traz uma regra geral de conduta, pois todas as pessoas devem observar, praticar e cumprir as leis, os regulamentos e todos os atos normativos expedidos para dar cumprimento àquela lei. Assim, os notários e registradores são obrigados a cumprir a lei e não cumpri-la é falta disciplinar.

"II - a conduta atentatória às instituições notariais e de registro" - Walter Ceneviva ensina que atentatório é o ato feito com intenção de infringir o ordenamento jurídico. Dessa maneira, não há que se falar em conduta culposa, uma vez que, na conduta atentatória, o delegatário atua propositalmente em desconformidade com os princípios gerais da atividade e contra o estabelecido pelas normas notariais e registrais. E a expressão "instituições notariais e de registro" se relaciona à importância social e ao interesse público presente na realização de um serviço notarial e registral com qualidade e eficiente. (CENEVIVA, 2007, p.232).

"III - a cobrança indevida ou excessiva de emolumentos, ainda que sob alegação de urgência" - A Lei 9.934, de 20 de dezembro de 1999¹⁵, alterou o artigo 290 da Lei de Registros Públicos (Lei 6.015, de 31 de dezembro de 1973¹⁶) e acrescentou o parágrafo 5º, o qual prevê a aplicação de multa de até R\$ 1.120,00.

Cumprе ressaltar que é considerada excessiva a cobrança que exige valores além dos valores estabelecidos pelas tabelas de emolumentos oficiais publicadas pela Corregedoria Geral de Justiça do Estado. Assim, basta que sejam exigidos valores inadequados para que haja caracterização da conduta irregular. E não se admite que, sob alegação de urgência, seja cobrado um preço superior ao estabelecido na tabela para que o ato registral ou notarial seja realizado com maior rapidez.

"IV - a violação do sigilo profissional" – Walter Ceneviva descreve a violação do sigilo profissional como uma conduta grave que ofende a lei e a ética. Embora, em regra, os atos notariais e registrais sejam públicos, há situações em que o sigilo profissional é exigido (artigo 30, VI da Lei 8.935/94). As questões familiares são as mais protegidas pela obrigação do sigilo. (CENEVIVA, 2007, p. 233).

15 Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9934.htm. Acesso em 09/10/19.

16 Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015compilada.htm. Acesso em 10/09/19.

"V - o descumprimento de quaisquer dos deveres descritos no art.30." - A violação a qualquer um dos deveres descritos no artigo 30 da lei n.8935/94 gera infração disciplinar.

O artigo 32 da Lei 8.935/94 traz as sanções a que estão sujeitos os oficiais de registro e os notários pelas infrações que praticarem (sempre assegurado o direito de defesa). As penas são:

"I - *repreensão*" - é considerada uma sanção mais grave do que a advertência (correção oral), pois é escrita e traz a indicação dos preceitos legais que foram infringidos e que se forem desrespeitados novamente implicam na aplicação de sanção mais grave.

"II - *multa*" - Multa é sanção pecuniária que, neste caso, será imposta ao titular da serventia. O valor da multa poderá ser estabelecido pelas Normas de Serviço das Corregedorias ou pelo próprio juiz corregedor, uma vez que o dispositivo traz o termo multa de forma aberta, permitindo a formatação pelo ordenamento jurídico regulamentador, ou seja, pelas Normas de Serviço da Corregedoria Geral dos Estados da Federação Brasileira.

"III - *suspensão por noventa dias, prorrogável por mais trinta*" - O titular da serventia é afastado do cartório e neste período não pode praticar qualquer ato registrário ou notarial.

"IV - *perda da delegação*" – Walter Ceneviva menciona que a lei usa dois termos para abordar este tema: “perda” no artigo 35 e “extinção” no artigo 39. Extinção é o gênero, sendo a perda uma de suas espécies. (CENEVIVA, 2007, p. 237).

A perda sempre se relaciona com sanção disciplinar. A perda da delegação se dá em duas hipóteses: i) processo administrativo com ampla defesa transitado em julgado; e ii) sentença judicial transitada em julgado.

O artigo 33 da Lei 8.935/94 define a pena aplicável a cada tipo de falta.

"I - *a de repreensão, no caso de falta leve*" – Walter Ceneviva comenta que o conceito de falta leve é subjetivo e indeterminado. O juiz corregedor deverá examinar as circunstâncias do caso concreto (CENEVIVA, 2007, p. 257).

"II - a de multa, em caso de reincidência ou infração que não configure falta mais grave" – Walter Ceneviva ensina que *"reincidência é a nova ação ilegal do delegatário, depois de punido a título definitivo, por falta disciplinar anterior"*. (CENEVIVA, 2007, p. 258). Assim, para se enquadrar na hipótese deste inciso é preciso que tenham se esgotado os recursos da defesa em relação à pena anteriormente aplicada – deve ter ocorrido o trânsito em julgado da pena anterior.

A reincidência pode ser genérica (quando a segunda ação ilegal é diversa da primeira) ou específica (quando a segunda falta é idêntica à primeira pela qual o delegatário já foi punido). A pena de multa a ser aplicada segundo determinação deste inciso refere-se apenas ao caso de reincidência específica.

"III - a de suspensão, em caso de reiterado descumprimento dos deveres ou de falta grave." - O Juiz Corregedor Permanente fará o enquadramento da falta como leve ou grave. A falta leve é aquela que não prejudica o andamento da prestação dos serviços notariais e registrais e a falta grave compromete a prestação destes serviços. Na falta grave há uma ofensa direta aos deveres do titular da serventia expressos na lei (SILVEIRA, p.186).

O artigo 34 da Lei 8.935/94 determina que *"as penas serão impostas pelo juízo competente, independentemente da ordem de gradação, conforme a gravidade do ato."* Neste artigo as penas significam repreensão, multa e suspensão. A expressão *"independentemente da ordem de gradação"* significa que o Magistrado pode, de forma justificada, se considerar que a falta é grave, aplicar diretamente a sanção mais pesada, sem necessidade de o titular da serventia ser apenado antes com punições mais leves. Walter Ceneviva ressalta que o Magistrado deve atuar com prudência ao aplicar a sanção mais grave e deve justificar o seu posicionamento, explicando os motivos pelos quais não acolheu a defesa do delegatário, sob pena de haver anulação do processo. (CENEVIVA, 2007, p. 261).

O artigo 35 da lei 8.935/94 traz as hipóteses de perda da delegação, sem dúvida a penalidade administrativa mais grave que pode ser aplicada ao titular da serventia. Assim, a perda da delegação só pode acontecer em razão de:

"I - sentença judicial transitada em julgado" - Walter Ceneviva entende que no caso deste inciso trata-se de: "(...) pena autônoma restritiva de direitos com caráter definitivo, que consiste em proibição do exercício do cargo, por sentença que, após o devido processo legal, transitou em julgado" (CENEVIVA, 2007, p. 261).

"II - de decisão decorrente de processo administrativo instaurado pelo juízo competente, assegurado o direito de ampla defesa." – Walter Ceneviva entende este inciso da seguinte forma: "por resolução administrativa, expedida pelo poder delegante e apenas nas hipóteses previstas em lei." (CENEVIVA, 2007, p. 262). Nesta situação há um processo administrativo que transitou em julgado. Esse processo administrativo disciplinar tem início com a representação da pessoa prejudicada ao Corregedor Permanente ou com as fiscalizações realizadas durante a atividade correcional.

A partir das informações apuradas na correição ou apresentadas ao juízo pelo prejudicado, é baixada uma Portaria contendo a descrição individual e detalhada de todos os atos tidos por irregulares e ilegais, de forma que possibilite a ampla defesa do titular da serventia. Além disso, a portaria precisa conter o dia do interrogatório, o rol de testemunhas e a ordem de citação. Em seguida, é apresentada a defesa pelo titular da serventia, que poderá arrolar as suas próprias testemunhas. Encerrada a instrução, abre-se a possibilidade de perícia registral se o Juiz Corregedor que preside o processo considerar necessário. Após as razões finais, o Juiz Corregedor Permanente profere a sua decisão.

O parágrafo 1º do artigo 35 da lei 8.935/94 estabelece que “quando o caso configurar a perda da delegação, o juízo competente suspenderá o notário ou oficial de registro, até a decisão final, e designará interventor observado o disposto no art. 36.” Este dispositivo tem sido questionado sob alegação de violar o direito constitucional de ampla defesa e do contraditório. Os Tribunais de Justiça dos Estados e os Juízes Corregedores Permanentes têm entendido de forma diferente o tipo de ato e de falta que pode gerar a perda da delegação e que, por conseguinte, dá ao Juiz Corregedor o direito de suspender o titular da serventia do exercício da atividade notarial e registral e nomear um interventor.

Essa divergência jurisprudencial gera uma insegurança jurídica muito grande, pois os motivos que ensejam a perda da delegação podem ser

diferentes em cada Estado da Federação. Walter Ceneviva entende que, no dispositivo referido, o verbo “configurar” foi mal utilizado. Segundo o autor, o verbo “configurar”, nesse caso, deve ser entendido como significando que os fatos que possam gerar a perda da delegação devem ser aqueles que geram conduta atentatória aos deveres essenciais dos titulares das serventias. (CENEVIVA, 2007, p. 264).

O artigo 36 da Lei 8.935/94 traz hipótese de suspensão preventiva do titular da serventia para que possam ser apuradas as faltas e atos ilegais que lhe são imputados. A suspensão se dará inicialmente por 90 dias, período que pode ser prorrogado por mais 30 dias. Pode ser nomeado um interventor se o Juiz Corregedor considerar conveniente para a prestação dos serviços notariais e registrais e também caso o Juiz Corregedor suspeite de envolvimento do substituto do registrador ou notário nas ações irregulares. Na hipótese de suspensão preventiva tratada neste dispositivo, o titular da serventia receberá metade da renda líquida da serventia enquanto estiver afastado e, se for absolvido, receberá o restante (que foi depositado em uma conta aguardando o desfecho do processo).

O Titular da serventia extrajudicial, uma vez considerado culpado e punido, perde a titularidade da serventia para sempre. A lei 8.935/94 não traz, expressamente, a possibilidade de reabilitação, mas, no Estado de São Paulo, o Poder Judiciário editou e incluiu nas Normas de Serviço – Cartórios extrajudiciais o Capítulo XXI, intitulado “Do pessoal dos serviços extrajudiciais”. Os itens 38 a 41 da seção V, subseção II, desse capítulo prevêm a possibilidade de reabilitação mediante o preenchimento cumulativo dos seguintes requisitos: decurso do prazo de dois anos do cumprimento da pena acrescido da prova de inexistência de qualquer sindicância ou processo administrativo em andamento ou de punições posteriores e também a demonstração de que não mais subsistem os motivos determinantes da reprimenda aplicada.

4 Responsabilidade administrativa dos titulares das serventias e a Constituição Federal

A partir da análise dos dispositivos da lei 8.935/94 que tratam da responsabilidade administrativa dos notários e registradores, conclui-se que a apuração de ilícitos administrativos cometidos pelos delegatários é

bastante similar à sistemática estabelecida para a apuração de ilícitos dos servidores públicos. Não poderia ser diferente, uma vez que, embora o delegatário não pertença à espécie “servidor público”, inclui-se no gênero “agente público”.

Assim, pode-se dizer que a competência disciplinar do Poder Público consiste no dever-poder de apurar ilícitos administrativos e aplicar penalidades às pessoas que se vinculam, de alguma forma, à Administração Pública. O exercício dessa atribuição também é encontrado numa relação profissional, mediante a instauração de um processo administrativo para examinar se infrações funcionais foram cometidas por agentes no âmbito do Poder Público. Observe-se que o poder do Estado de punir seus agentes deve ser exercido quando necessário, mas sempre após a apuração dos fatos por meio de um processo adequado.

Além dos princípios da Administração Pública contidos no artigo 37, *caput*, da Constituição, que devem nortear toda a atividade administrativa, o processo administrativo deve respeitar os princípios da ampla defesa e do contraditório, expressamente previstos na Constituição da República, no artigo 5º, LV¹⁷. Conforme afirma Romeu Felipe Bacellar Filho, os princípios da ampla defesa e do contraditório devem ser analisados conjuntamente:

“O princípio da ampla defesa, aplicado ao processo administrativo disciplinar, é compreendido de forma conjugada com o princípio do contraditório, desdobrando-se i) no estabelecimento da oportunidade da defesa, que deve ser prévia a toda decisão capaz de influir no convencimento do julgador; ii) na exigência de defesa técnica; iii) no direito à instrução probatória que, se de um lado impõe à Administração a obrigatoriedade de provar suas alegações, de outro, assegura ao servidor a possibilidade de produção probatória compatível; iv) na previsão de recursos administrativos, garantindo o duplo grau de exame no processo.” (BACELLAR FILHO, 1988, p.347).

A ampla defesa e o contraditório são obrigatórios para a concretização do princípio do devido processo legal previsto no art. 5º, LIV: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

17 Artigo 5º, LV: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Não foi simples coincidência a previsão da necessidade de um devido processo administrativo legal com ampla defesa e contraditório no Título II da Constituição Federal, que trata dos direitos e garantias fundamentais. Em primeiro lugar, o processo deve ser compreendido como uma garantia de todo aquele que está sendo acusado de haver cometido uma determinada falta. Nesse sentido, o titular da serventia, acusado de cometer algum ato ilegal ou irregular, terá a oportunidade de apresentar a sua defesa e comprovar suas alegações no desenvolvimento de um processo administrativo.

Após regular processo administrativo, portanto, deve ser penalizado o titular da serventia que, comprovadamente, cometeu ilícitos administrativos. Sanção administrativa, segundo Daniel Ferreira, consiste na *“direta e imediata consequência jurídica, restritiva de direitos, de caráter repressivo, a ser imposta no exercício da função administrativa, em virtude de um comportamento juridicamente proibido, comissivo ou omissivo”*. (FERREIRA, 2001, p.34).

Em virtude do princípio da legalidade e da tipicidade, compete à lei definir qual conduta configura ilícito administrativo e a sua correspondente sanção. Quanto ao princípio da legalidade, apenas em decorrência do exercício da função legislativa pode-se inovar o ordenamento jurídico, estabelecendo tanto a descrição do ilícito administrativo como a própria penalidade respectiva. Conforme Marçal Justem Filho assevera, *“submeter a competência punitiva ao princípio da legalidade equivale a afirmar que somente o povo, como titular da soberania última, é quem se encarregará de qualificar certos atos como ilícitos e de escolher as sanções correspondentes e adequadas”*. (JUSTEM FILHO, 2005, p.398).

Em relação à importância do princípio da tipicidade, assinala Geraldo Ataliba:

“O Estado não surpreende seus cidadãos: não adota decisões inopinadas que os aflijam. A previsibilidade da ação estatal é magno desígnio que ressuma de todo o contexto de preceitos orgânicos e funcionais postos no âmago do sistema constitucional”. (ATALIBA, 1985, p. 146).

Assim sendo, o princípio da tipicidade consiste na necessidade de que os comportamentos reprováveis estejam descritos por uma norma legal, atuando como uma garantia aos cidadãos para ciência das condutas admitidas ou não pelo ordenamento.

5 Conclusão

O sistema de serventias, compreendendo tanto a atividade notarial como a de registro, constitui um serviço público essencial, colocado à disposição da sociedade como um todo para garantir a segurança jurídica dos negócios realizados. A finalidade primordial do cartório é dar publicidade aos atos levados a efeito, utilizando a fé pública para dar-lhes autenticidade.

As serventias possuem natureza jurídica singular no ordenamento jurídico brasileiro - têm caráter público se analisadas por um ângulo (função pública delegada a um particular) e caráter privado (o titular é responsável pela gestão e assume os riscos da atividade) se observadas por outro prisma.

O sistema de responsabilidades dos titulares das serventias passa, necessariamente, pela discussão da natureza jurídica da função notarial e registral, da natureza do vínculo entre delegatário e Estado e da forma de gestão da serventia.

A função notarial e registral em si é pública e como tal se sujeita ao controle administrativo do Estado, mais especificamente, do Poder Judiciário.

A natureza do vínculo entre o delegatário e o Estado é mista. O titular da serventia não é servidor público em sentido estrito, mas, a partir da Constituição Federal de 1988, o ingresso na atividade notarial e registral deve ocorrer por concurso público de provas e títulos. Esses profissionais do direito desempenham uma atividade estatal, possuem discricionariedade limitada (são obrigados a seguir o que ordena a Lei, as Normas de Serviço editadas pelas Corregedoria dos Estados em que atuam, as decisões do Conselho Superior da Magistratura de natureza vinculante e as decisões dos Juízes Corregedores Permanentes) e se submetem ao controle do Poder Judiciário.

A gestão da serventia é privada. O titular da serventia assume os riscos inerentes à atividade. Não recebe remuneração do Estado, os emolumentos são sua remuneração (e parte dos emolumentos deve ser repassada para o Estado).

A administração da serventia é realizada pelo notário ou registrador; ele contrata os funcionários e controla o fluxo de caixa da serventia. Na verdade, controla as despesas do ofício, porque os lucros são controlados pelo Estado (os emolumentos são fixados em uma Tabela da Corregedoria

Geral do Estado e não se pode cobrar mais e nem menos do que o valor fixado na tabela, sob pena de sanção administrativa).

Em relação à responsabilidade administrativa desses profissionais do direito, a doutrina e a jurisprudência apontam no sentido de que notários e registradores devem ser tratados como agentes públicos.

A responsabilidade administrativa do registrador e do notário segue a mesma lógica de responsabilização dos agentes públicos (condutas puníveis devem estar descritas no ordenamento jurídico e processo administrativo com contraditório e ampla defesa).

Referências

Ataliba, Geraldo. **República e Constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

Bacellar Filho, Romeu Felipe. **Princípios Constitucionais do Processo Administrativo Disciplinar**. São Paulo: Max Limonad, 1998.

Brandelli, Leonardo. **Teoria Geral do Direito Notarial**. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF. Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 05.10.2019.

BRASIL. Lei Federal 8.935 de 1994. Diário Oficial da União de 21 nov. 1994. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8935.htm. Acesso em 06.10.2019. Acesso em 05.10.2019.

BRASIL. Lei Federal 6.015/73. . Diário Oficial da União de 31 dez. 1973 e retificado em 30.10.1975. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015compilada.htm> Acesso em 07.10.2019.

BRASIL. Código Penal Brasileiro. **Decreto-lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em 01.10.2019.

Ceneviva, Walter. **Lei de Registros Públicos Comentada**. 17ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2006.

Diniz, Maria Helena. **Sistemas de Registro de Imóveis**. São Paulo: Saraiva, 2004.

Dip, Ricardo Henry Marques. Sobre o saber registral (da prudência registral). **Revista de Direito Imobiliário** n. 31-32 p.13, jan./dez. de 1993.

_____. O paradigma da independência jurídica dos registradores e notários. **Revista de Direito Imobiliário**. set./dez. de 1997. nº 42. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

Ferreira, Daniel. **Sanções Administrativas**. São Paulo: Malheiros, 2001.

Justem Filho, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

Mello, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito Administrativo**. 24. ed., São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2007.

Silveira, Antônio Mario. **Registro de imóveis: função social e responsabilidades**. São Paulo: RCS Editora, 2007.

O PAPEL DAS AGÊNCIAS REGULADORAS PERANTE A ORDEM CONSTITUCIONAL ECONÔMICA

Expedito Claudenilton Pereira Lima

Fernando Delgado Stradiotto

Filipe Piazzzi Mariano da Silva

INTRODUÇÃO

A mudança do papel do Estado e sua atuação no domínio econômico trouxe como consequências a noção de um Estado Regulador, a qual se apresentou contrária ao papel liberal até então representado.

Faz-se, porém, necessário pontuar que a atuação indireta do Estado no domínio econômico, aqui entendida por meio das suas Agências Reguladoras, é signo do ajuste da postura desse no tocante a atividade econômica.

Com isso, o Estado passou a se estabelecer para além de funções meramente estruturais, aqui compreendidas como voltadas a viabilizar o mercantilismo, mas passando a atuar igualmente como garantidor dos preceitos e valores sociais, e conseqüentemente, a conjugar diante da ordem jurídica, a ordem econômica.

Nesse panorama, será apresentado primeiramente sobre como se procedeu, partindo de um pressuposto histórico, essa transformação no cenário do Liberalismo para se chegar ao Estado Democrático de Direito.

Em seguida, será apontado acerca das formas de atuação na Ordem Econômica que o Estado pode realizar. Assim, demonstrando sobre a proteção constitucional e seus desdobramentos.

Não obstante, será ressaltado sobre os serviços públicos e sua relação com a atividade econômica, bem como sobre como as Agências Reguladoras são de fundamental importância para que os mesmos sejam realizados sob a devida égide.

Dessa forma, a metodologia de pesquisa bibliográfica foi utilizada para a obtenção de argumentos e afirmações, com o propósito de aplicar o método dedutivo de avaliação para chegar a conclusões formais sobre a lógica das premissas estabelecidas agregando ao debate teórico do assunto (MEZZARROBA, 2016).

Portanto, é de fundamental importância o estudo sobre a atuação do Estado perante a Ordem Constitucional Econômica e como é feita sua efetiva regulação ou até mesmo intervenção, respeitando os diversos princípios presentes na CF/88.

DO LIBERALISMO AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A Constituição brasileira de 1988, referenciada como uma Constituição Cidadã, foi um marco na história por apresentar influências de um Liberalismo não intervencionista e do Estado Social interventor, originando o sistema atual, o Estado Democrático de Direito, sinônimo de Estado Social de Direito, que funde essas teorias se tornando uma mudança de paradigma (SACCHELLI, 2013).

É necessário compreender como decorreram essas influências, que a define como uma constituição que harmoniza Estado e sociedade, a começar no século XVIII com a Revolução Francesa e a origem dos Estados Unidos da América, com as 13 colônias (SANTOS, 2006, p. 3).

Notório lembrar o contexto histórico da Revolução Francesa, marcado com os ideais de liberdade, igualdade e fraternidade, se deu com a revolta da Burguesia frente ao abuso exacerbado da Monarquia, como a alta tributação imposta e do monopólio da força física.

Com esses momentos nasce o Estado Liberal na qual o poder centralizado a um indivíduo, seria substituído pelo império das leis.

No âmbito do pensamento político de John Locke, Montesquieu, Rousseau, tiveram contribuições na teoria tripartida dos poderes que ten-

tava evitar a concentração de poderes nas mãos de uma só autoridade. O poder não se concentrava nas pessoas, e sim nas leis (SACCHELLI, 2013, p. 252).

O Estado Liberal possibilitou o surgimento de constituições escritas, reconhecendo os direitos fundamentais e dando voz ao povo, por consequência limitando o poder político, não mais absoluto, fruto do princípio da separação do poder (SACCHELLI, 2013, p. 252).

Dessa forma, Estado Liberal produziu direitos, mediante a edição de leis e permanência estático na atividade econômica. Logo às imperfeições desse sistema econômico e político surgiu, o que nas palavras de Eros Roberto Grau (2008, p. 19-20):

[...] se tornaram bem evidentes na passagem do século XIX para o século XX e nas primeiras décadas deste último, associadas à incapacidade de auto regulação dos mercados, conduziram à atribuição de novas funções ao Estado.

À idealização de liberdade, igualdade e fraternidade se contrapôs a realidade do poder econômico.

Isto posto, mais falta de concordância econômica e a realidade social atribuíram nova função ao Estado, intervindo nessas duas frentes como um Estado Regulador.

Assim sendo, o estopim para essa atribuição se deu com a Primeira Guerra Mundial onde o Estado foi chamado a tomar providências para garantir a coesão econômica e social (SACCHELLI, 2013, p. 252).

Por consequência das desigualdades sociais omissivas desse modelo de Estado Liberal inerte, com valores individuais e egoísta, as teorias sociais floresceram influenciando a superação do Liberalismo (SACCHELLI, 2013, p. 252).

Essas teorias se tornaram concretas com a Constituição Mexicana de 1917, a Constituição Soviética de 1918 e a Constituição de Weimar, de 1919, ambas tinham por objetivo maior a consecução de políticas sociais por intermédio do Estado de Direito (SANTOS, 2006, p. 12).

Foi com a crise de 1929 e o advento da Segunda Guerra Mundial, que o direito assume um compromisso maior de aderir com conteúdo econômico regulamentando-a. Desse modo:

O Estado Social não conseguiu atingir seu objetivo de assegurar a justiça social. A falta de disciplina orçamentária gerou consequências indesejáveis, pois os gastos com bem-estar deveriam ser contidos e a taxa natural de desemprego deveria ser restaurada. Para agravar ainda mais a situação, surgiu a crise do petróleo a partir da década de 1970 e instaurou o debate sobre a intervenção estatal (SACCHELLI, 2013, p. 253).

É nessa conjuntura que aparece um novo modelo de Estado que promete harmonizar as classes, com a tutela da dignidade da pessoa humana, alicerçado por três objetivos centrais, fornecer: Trabalho, Justiça Social e Bem-Estar Social.

Assim nasce o Estado Democrático de Direito, fornecendo tutela por intermédio de uma atuação Estatal na economia, nas relações individuais comprometidas, fornecendo amparo de uma lei justa atrelado a uma efetiva participação política na tomada de decisões, realizando como norte o bem-estar social (SACCHELLI, 2013, p. 253).

Agindo dessa maneira o Estado no exercício da função de legitimação promove a transformação da luta social, unificando a sociedade dividida economicamente e com pensamentos distintos (GRAU, 2008, p. 38).

A CF/88, em seu artigo 1, não apresenta em seu arcabouço a expressão “Estado Social” na qualidade “Democrática” e de “Direito”, nem em seu preâmbulo. Mas a intensa busca de um bem-estar Social, evidencia uma preocupação social, ainda mais no artigo 6, dedicado aos direitos sociais (MEDAUAR, 2018, p. 23).

Como visto até o momento, o grande impasse gira em torno da atuação ou não, do Estado quando ocorre abusos. De certo que o bem-estar social só é alcançado com implementos de políticas públicas, atribuindo não somente a produção do direito e segurança, mas de uma efetiva atuação do Estado em regular o particular e vice-versa.

Esclarece Eros Roberto Grau (2008, p. 19):

Ao “intervir”, o Estado entraria em campo que não é o seu, campo estranho a ele, o da sociedade civil – isto é, o mercado. Essa concepção é, porém, equivocada. Família, sociedade civil e Estado são manifestações, que não se anulam entre si, manifestações de

uma mesma realidade, a realidade do homem associando-se a outros homens.

Nesse sentido, fica claro como a ideia de separação entre sociedade civil e Estado por meio da intervenção é um equívoco, que deve ser superado.

Ademais, os conceitos que permeiam entre um Estado interventor de um Regulador, são meramente semânticos, não existindo uma pacificação entre os teóricos de seu entendimento. Fato é que expressam a realidade de interferência, diferenciando apenas pela forma ação atribuídas na relação Estado-Sociedade (SOUZA, 2005).

ORDEM ECONÔMICA E SUAS FORMAS DE ATUAÇÃO

Cabe a priori, identificar a Ordem Econômica como na realidade uma Ordem Jurídica que forja a atuação econômica do Estado.

Nesse entendimento:

[...] o conjunto de normas que define, institucionalmente, um determinado modo de produção econômica. Assim, ordem econômica, parcela da ordem jurídica (mundo do dever ser), não é senão o conjunto de normas que institucionaliza uma determinada ordem econômica (mundo do ser) (GRAU, 2008, p. 70).

Nota-se na história que a expressão Ordem Econômica foi utilizada pela primeira vez na Constituição de Weimar (1919), onde houve uma clara atuação na economia. Se tratando do Estado brasileiro, tem seu surgimento datado na Carta de 1934 até a atual de 1988, dispostas no artigo 170 ss. 192.

Na atual, está explícito princípios fundamentais que tecem a Ordem Econômica com a atuação do Estado, expressando a livre iniciativa e a valorização do trabalho humano, presentes no artigo 1, inciso IV e 170 caput da Lei Maior.

Tais princípios vinculam tanto a iniciativa privada, quanto para o Estado, pois retratam “decisões políticas fundamentais do constituinte originário e, por essa razão, subordinam toda a ação no âmbito do Estado, bem como a interpretação das normas constitucionais e infraconstitucionais” (BARROSO, 2001, p. 189).

Interessante notar nesses princípios, que na valorização do trabalho humano, conota um ideal social e na livre iniciativa um ideal liberal. Dessa forma esses princípios estão em harmonia com o Estado Democrático de Direito e devem ser valorizados (GRAU, 2008, p. 201).

A valoração se dá por Políticas Econômicas, que é a forma de ação do Estado, quer seja legislando executando, estimulando, ou regulando medidas para aplicar o dispositivo legal. Essa ação, em alguns casos pode decorrer no Domínio Privado, respeitando certos limites estabelecidos na Constituição e Legislação, produzindo efeitos através de uma atuação intervencionista ou reguladora (SOUZA, 2005, p. 319-320).

É fato que a ideia de intervenção eclode na Constituição de 1934, com diversos artigos fomentando a atuação do Estado, em especial o que confere poderes à União. Salientando que se trata de um período histórico de uma desenvoltura social pós Primeira Guerra e a crise de 1929 (SOUZA, 2005, p. 322).

Foi com a CF/88, período pós ditadura, que o modelo teórico de um Estado Democrático de Direito se torna realidade. A ilustre Constituição Cidadã tem a função de tutelar o princípio da dignidade da pessoa humana, tanto é que em seu bojo está explícito esse princípio no artigo 1º, inciso III.

Para a manutenção da própria CF/88 e dos princípios expressos nela, existe uma necessidade de auto-preservação, a fim de evitar crises, como visto no decorrer da história. Essa autopreservação pode ser compreendida em três modalidades de atuação estatal Intervindo na economia, sendo: a atuação direta, de exploração exclusiva da Empresa Estatal; de exploração não exclusiva da Empresa Estatal; e da atuação indireta ou disciplina do controle [escopo desse trabalho], com as Agências Reguladoras (FAGUNDES *apud* SOUZA, 2005, p. 330).

RECONHECIMENTO LEGAL PARA ATUAÇÃO ESTATAL NA ECONOMIA

Em regra, a atuação direta na Ordem Econômica, detenção direta de exploração a certa atividade e serviço, ou por meio de concorrência entre particulares, que cumpram com os requisitos de relevante interesse coletivo e imperativo a segurança nacional, estão dispostos na CF/88 no artigo 173, §1º, e artigo 175.

Sobre esse texto constitucional, que ocorre na Intervenção direta na Ordem Econômica, seguindo por duas linhas: da Empresa Estatal e sua respectiva atividade econômica, relacionadas basicamente no artigo 177 da CF/88; e por Serviços Públicos, que visem o bem-estar social de modo direto e imediato (JUSTEN FILHO, 2005, p. 457). Em razão do serviço público, será demonstrado mais à frente como o mesmo pode ser visto como atividade econômica.

Ademais o artigo 173, da Carta, garante que o particular não sofra com a concorrência, haja visto os dois requisitos basilares e necessários para a justa exploração direta da atividade econômica, que são o relevante interesse coletivo ou imperativos da segurança nacional.

Na atuação indireta, o Estado atua como agente normativo e regulador fiscalizando, planejando e incentivando os serviços públicos, sobretudo quando são prestados por terceiros. Ressalvado a presença de Agências Reguladoras nessa forma de atuação, assunto que será tratado adiante e que é regulamentado no artigo 174 caput, da CF/88.

Essa atuação confere coesão a Ordem Econômica e aos preceitos tratados no artigo 170, inciso VII e VIII, respectivamente, *a redução das desigualdades regionais e sociais*, e *a busca do pleno emprego*. Sem contar os diversos ideais presentes na Carta.

Ciente das formas de atuação estatal na atividade econômica através de um panorama geral, é imprescindível compreender sobre os serviços públicos, haja vista que as Agências Reguladoras visam além de planejar, incentivar, realizar a fiscalização sobre os mesmos.

SERVIÇOS PÚBLICOS

O entendimento de serviços públicos ainda é algo que não se encontra unanimidade, desencadeando posições diferentes quanto a sua relação como atividade econômica.

A priori, o direito francês teve grande influência sobre o que pode ser considerado como serviço público, através da Escola do Serviço Público. De forma bem genérica, tal Escola trouxe noções bem amplas acerca da abrangência do serviço público, a ponto de englobar todas as atividades prestadas pelo poder estatal (DI PIETRO, 2018, p. 170).

Por essa perspectiva, destaca-se que:

Duas grandes ideias estavam presentes nos conceitos de serviço público formulados pela Escola do Serviço Público: (a) trata-se de atividade ou organização assumida por uma coletividade pública (a chamada *publicatio*); e (b) o seu objetivo é o de satisfazer a uma necessidade de interesse geral. A esses dois elementos tem-se que acrescentar um terceiro, que era a submissão dos serviços públicos a regime jurídico derogatório do direito comum (DI PIETRO, 2018, p. 171).

Foi devido a essa influência que em sentido amplo pode-se considerar como serviço público “[...] atividade realizada no âmbito das atribuições da Administração, inserida no Executivo. E refere-se à atividade prestacional, em que o Poder Público propicia algo necessário à vida coletiva [...]” (MEDAUAR, 2018, p. 315).

Todavia, existe um conceito mais restrito de serviços públicos, considerando como uma atividade que é exercida apenas pela Administração Pública, não enquadrando as atividades de funções legislativas e jurisdicionais, bem como uma atividade diferente do poder de polícia do Estado (DI PIETRO, 2018, p. 172).

Ademais, tem-se ainda o caráter liberal norte-americano, e nesse cenário, apontam-se as *public utilities*, sendo as atividades privadas que estão sujeitadas a regulamentações e controles especiais. Isto se dá por conta da importância social em que está envolvida, necessitando de um controle mais intenso (OLIVEIRA, 2018, p. 288).

Nesse sentido, Oliveira (2018, p. 288) distingue-se o serviço público francês do norte-americano levando em conta a titularidade, tendo em vista que para o primeiro é de titularidade do Estado, e, para o segundo é possível notar o Estado Regulador, uma vez que é de titularidade dos particulares, havendo limitações impostas pelo poder estatal.

Dessa forma, cria-se uma dialética em olhar para o serviço público sendo uma forma de atividade econômica, posição que carece de uma abordagem.

SERVIÇO PÚBLICO COMO ATIVIDADE ECONÔMICA

Deve-se considerar o serviço público como uma obrigação do Estado em satisfazer as necessidades inerentes aos direitos fundamentais. Com

isso, não existe espaço para discussão entre a livre concorrência e a livre iniciativa. Assim, Justen Filho (2005, p. 457) afirma que “[...] a atividade econômica é um gênero, que contém duas espécies, o serviço público e a atividade econômica (em sentido estrito)”.

É nesse ínterim que Coutinho e Queiroz (2010, p. 44) aduzem:

[...] o surgimento de uma zona híbrida de interesse, dentro da qual prepondera um regime jurídico misto, flexível tanto às exigências dos preceitos de ordem pública insculpidas na acepção de serviço público, como, também, aos interesses concorrenciais que a livre iniciativa proporciona, abandonando-se a ideia de dicotomia entre serviços públicos e atividades econômicas.

O Estado pode desempenhar a atividade econômica propriamente dita quando não está diretamente relacionada com os direitos fundamentais. Dessa forma, é válido considerar duas formas para o desempenho do Estado nessas atividades, por meio dos particulares ou atuando através de um regime de monopólio (JUSTEN FILHO, 2005, p. 457).

Nesse diapasão, pode-se afirmar que:

[...] serviço público é uma espécie de atividade econômica que se diferencia daquelas livremente exercidas pelo setor privado por estarem submetidas a um regime jurídico diferenciado, sob titularidade estatal à vista do alto grau de sensibilidade social de que se reverterem (CARVALHO, 2007, p. 52).

Faz-se necessário apontar que outros doutrinadores corroboram da mesma ideia como é caso de Washington Peluso Albino de Souza, elucidando que o Estado sempre é sujeito ativo da atividade econômica, mesmo quando a prática de forma indireta (SOUZA, 2005).

Como defende Justen Filho (2005, p. 483) o serviço público pode ser uma intervenção do Estado no domínio econômico, haja vista que para a realização dele é preciso recorrer à utilização de recursos econômicos. E, por sua vez, “a submissão de uma atividade ao âmbito de serviço público acarreta a redução da órbita da livre iniciativa”.

Por outro lado, nem todos defendem a tese do serviço público ser uma atividade econômica, como é o caso de Odete Medauar, pois para

ela, não engloba todos os preceitos do art. 170 da CF/88, haja vista que a livre iniciativa, por exemplo, não pode ser aplicada no que se refere aos serviços públicos (MEDAUAR, 2003, p. 536-537).

No que concerne ao status do serviço público, Souza (2005, p. 335) destaca que:

- a) São considerados como necessários ou essenciais, sendo a regulação igualmente essencial para assegurá-los;
- b) Os tipos de serviços públicos possuem características que conduzem quase inevitavelmente ao monopólio, ou ao “monopólio natural”, sendo necessária a regulação para proteger o público contra a exploração, ao mesmo tempo que lhe permitindo gozar da eficiência da forma de monopólio, sob tais condições.

Em se tratando da legislação que versa sobre o regime de concessão e permissão de serviços públicos, tem-se amparo no artigo 175 da CF/88, e na Lei 8.987/87.

Portanto, os serviços públicos devem ser realizados de forma adequada, e por se tratar de serviço adequado, ressalta-se o artigo 6º, §1º da Lei nº 8.987/95 elucidando que: “serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas”.

É imprescindível salutar que “quando o Estado interfere, suplementarmente, na exploração de atividade econômica, ao desenvolver atividades desta natureza, estar-se-á diante de serviços governamentais, e não de serviços públicos” (MELLO, 2013, p. 826).

Diante disso compreende-se que Serviço Público está ligado a atividade econômica, bem como está sujeitado à regulação do Estado, ainda que de forma indireta, como é o caso das Agências Reguladoras.

AS AGÊNCIAS REGULADORAS E SUAS PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS

No tocante às Agências Reguladoras pode-se de antemão afirmar que para tais Autarquias, a finalidade é fiscalizar, planejar e incentivar dentre eles, o serviço público. Desse maneira, faz-se necessário discorrer as ati-

vidades que tais agências realizam, precipuamente sobre suas principais características e a sua forma de atuação.

Destarte, conforme Menezes (2002, p. 50):

A adoção do "Welfare State" no Brasil, ou o Estado do Bem Estar Social, acresceu-lhe deveres, como a promoção da saúde, da educação, da previdência, a geração de empregos, além da criação de empresas estatais para promoção das políticas públicas. Em um primeiro momento, o Estado interveio na economia porque não havia empresas particulares com capacidade financeira ou infra-estrutura suficientes para promover o desenvolvimento. Tal fato, por exemplo, não ocorreu nos Estados Unidos da América, País que sempre primou pela não-intervenção direta na economia.

O Programa Nacional de Desestatização (PND), com o fito de transferir para a iniciativa privada certas atividades que eram realizadas pelo Estado, quer de forma indevida ou custoso, sempre previstos em lei, impulsionou a criação das agências reguladoras (MARINELA, 2016, p. 205).

De acordo com Scatolino e Trindade (2016, p. 167) foi em meados da década de 1990 que o Estado passou por essa modernização, e, por conseguinte, novas medidas foram adotadas pelo Governo a fim de regular o setor, no sentido de ordenar, normalizar, ou mesmo organizar, os órgãos reguladores. Diante disso, cria-se um novo grupo de autarquias, consideradas como autarquias especiais, chamadas de agências reguladoras.

Tal processo de mudança na postura do Estado em face da ordem econômica veio ser concretizado no período da presidência de Fernando Henrique Cardoso por meio da reforma administrativa, da mesma maneira que aumenta-se a prática governamental no setor de privatização.

Com base no posicionamento de Menezes (2002, p. 52)

A progressiva retirada do Estado na prestação direta dos serviços públicos e das atividades econômicas fez surgir a correlata necessidade de acompanhamento do setor por intermédio da regulação, desta vez por intermédio de entes especificamente criados para tal fim. A desestatização das empresas trouxe o risco de o Estado perder o poder de influir e controlar determinados setores, como telecomunicações, energia elétrica, petróleo.

É importante mencionar que as Agências Reguladoras são consideradas autarquias sob regime especial, ainda que não se tenha uma lei que venha definir como o deve ser esse regime. Entretanto, pode-se aludir que tais autarquias desfrutam de uma liberdade maior que as outras, além da nomeação dos dirigentes ser realizada pelo Presidente da República, sob aprovação do Senado e possuem mandato com prazo certo (MELLO, 2013, p. 173).

No posicionamento de Di Pietro (2018, p. 650) existem dois tipos de agências reguladoras, sendo a primeira, com fundamento legal, à exemplo disso, a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) criada pela Lei nº 9.782/99, enquanto que a segunda seria as que visam o controle e regulação de atividades que podem ser realizadas por meio de autorização, permissão ou concessão de serviço público, como é o caso da ANATEL.

A Constituição Cidadã, aduz em seu artigo 21 a competência da União. Desse modo, “uma vez tendo competência normativa, natural também que tenham competência fiscalizadora, consistindo esta no poder de fiscalizar o cumprimento das regras e contratos que estão sob sua esfera de atuação” (COSTA, 2011, p. 7).

Por esse mister que Carvalho Filho (2016, p. 633) afirma que é imprescindível que as agências reguladoras devem ser fortes e atentas no que se refere às áreas sob suas obrigações. Afinal, caso não haja essa atenção às pessoas privadas poderão praticar abuso de poder econômico, logo, resultará em aumentos exorbitantes dos lucros, bem como na dominação do mercado, excluindo ainda a concorrência, em especial quando se tratar da concessão.

Sendo assim, as Agências Reguladoras ainda possuem competência julgadora, vinculado com o poder/dever da autarquia em solucionar as lides que surgem nas relações entre elas e o terceiro que prestam o serviço público.

Torna-se relevante apontar a existência da Lei 13.848/2019, a qual veio trazer novos parâmetros para a atuação das Agências Reguladoras, tanto no âmbito administrativo, como no financeiro e organizacional. bem como, esse dispositivo ressalta a autonomia que tais autarquias possuem, trazendo ainda mais transparência no tocante às suas atividades, isto é, a prestação de contas e controle social. Não obstante, a criação da ouvidoria, que facilita o atendimento entre o cidadão com as agências, melhorando assim o serviço prestado (BRASIL, 2019).

Portanto, a busca do Poder Público pela regulação das atividades prestadas por essas autarquias, parece demonstrar a preocupação acerca do funcionamento das agências em consonância aos princípios que regem a Ordem Econômica Constitucional.

O grande dilema é que alguns setores ainda necessitam de uma autarquia, é o caso por exemplo, do Marco Civil da Internet, que trouxe a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, Lei nº 13.709/2018, que apesar de ser mencionada uma autoridade nacional que irá gerenciar sobre essa proteção, o que se tem é a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD). Logo, qualquer ação ou regulação exagerada da Autoridade Nacional pode respingar diretamente na atividade econômica e na livre iniciativa.

Dessa forma, é imprescindível a existência de agência reguladora para melhor regulamentação, fiscalização e planejamento nesse setor, trazendo limitações especialmente no que se refere atividade econômica, tendo em vista que a autarquia pode elaborar meios da atuação dessa autoridade sem que ela impeça a ingerência ou a mitigação da livre iniciativa, sobretudo, levando em consideração um cenário de revolução digital, o qual traz como premissa uma nova economia, baseada em serviços, os quais estão relacionados diretamente com a internet e conseqüentemente a dados.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do que foi exposto, nessa aventura de findar a real conjuntura das Agências Reguladoras perante a Ordem Constitucional Econômica, leva a uma compreensão de momentos históricos marcantes na sociedade como a Revolução Francesa com seu ideal liberal até a valoração da economia na Constituição de Weimar no cumprimento do dever social.

Essa escada histórica demonstrou suas contradições no tempo levantando mais perguntas do que respostas. De fato, o Estado Democrático de Direito, modelo atual de Governo, foi ousado ao tentar preencher as lacunas jurídicas permeadas no tempo, fundindo ideais liberais e sociais, com o norte maior de promover o bem-estar social, por meio da realização de serviços públicos adequados, quer seja realizado diretamente pelo estado ou através de concessão, permissão ou autorização.

Outrossim, em busca de sair da dialética teórica que o texto constitucional aponta, e procurando encontrar a prática nos serviços públicos é

imprescindível que haja a criação dessas agências com meio de refrear ou de controlar essa atuação do terceiro.

Não obstante, torna-se uma questão complexa, mas de grande valia a apreciação analítica do texto constitucional, em que incute ao Estado uma carta branca para atuar no mercado, através da atuação indireta das Agências Reguladoras, dirigindo-a a uma incoerência ou talvez abuso do seu dever se realizado de forma exacerbada, bem como da necessidade de se ter a presença de tais autarquias, como no caso da Proteção de Dados, que se tem apenas a Autoridade Nacional de Proteção de Dados.

Logo, pode-se perceber como essas agências estão cada vez mais necessitando de visibilidade e regulação, ou mesmo de serem criadas, a fim evitar a falta de transparência nas atividades que são de sua incumbência. É por meio disso que se garante a aproximação do equilíbrio entre a atuação do Estado perante a Ordem Constitucional Econômica.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGÊNCIA CÂMARA NOTÍCIAS. **Comissão especial aprova proposta de Lei Geral das Agências Reguladoras.** Administração Pública, 11 de julho de 2018. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/ADMINISTRACAO-PUBLICA/560307-COMISSAO-ESPECIAL-APROVA-PROPOSTA-DE-LEI-GERAL-DAS-AGENCIAS-REGULADORAS.html>>. Acesso em: 01/10/2018.

BARROSO, Luís Roberto. A Ordem Econômica Constitucional e os Limites à Atuação Estatal no Controle de Preços. Rio de Janeiro: **Revista de Direito Administrativo**, v.226, p. 187-212. 2001. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/47240/44652>> Acesso em: 08/11/2018.

BRASIL, Lei nº 13.848, de 25 de junho de 2019. **Dispõe sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13848.htm> Acesso em: 09/10/2019.

- CARVALHO, Carlos Eduardo Vieira de. **Regulação de Serviços Públicos**: na perspectiva da constituição econômica brasileira. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 30. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.
- COSTA, Juvenal Guilherme. As agências reguladoras e as modalidades de intervenção do estado na atividade econômica. **Revista Acadêmica FEOL**, v. 1, n. 1, 2011. Disponível em: <[http://www.feol.com.br/sites/Revista%20eletronica/artigos/AS%200AGENCIAS%20REGULADORAS%20E%20AS%20MODALIDADES%20DE%20INTERVENCAO%20DO%20ESTADO%20NA%20ATIVIDADE%20ECONOMICA%20\(COSTA,%20Juvenal%20Guilherme\).pdf](http://www.feol.com.br/sites/Revista%20eletronica/artigos/AS%200AGENCIAS%20REGULADORAS%20E%20AS%20MODALIDADES%20DE%20INTERVENCAO%20DO%20ESTADO%20NA%20ATIVIDADE%20ECONOMICA%20(COSTA,%20Juvenal%20Guilherme).pdf)>. Acesso em 23/10/2018.
- COUTINHO, Ana Luisa Celino; QUEIROZ, Julian Nogueira de. Marco regulatório e prestação eficaz de serviço público: pressupostos para o desenvolvimento. **Direito e Desenvolvimento**, v.1,n.1,p.32-49,2010. Disponível em: <<https://periodicos.unipe.br/index.php/direitoedesenvolvimento/article/view/136/112>>. Acesso em 05/11/2018.
- DI PIETRO, Maria Sylvia. **Direito administrativo**. 31. ed. rev. atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 13. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2008.
- JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 1. ed. São Paulo, SP: Saraiva, 2005.
- MARINELA, Fernanda. **Direito administrativo**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo moderno**. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- MEDAUAR, Odete. Nova crise do serviço público? IN: GRAU, Eros Roberto; CUNHA, Sérgio Sérulo da (Coords.) **Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 527-538.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 30. ed. São Paulo, SP: Malheiros, 2013.

MENEZES, Roberta Fragoso Medeiros de As agências reguladoras no direito brasileiro. **Revista de direito administrativo**, v. 227, p. 47-68, 2002. Disponível em: < <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/46901/44546>>. Acesso em 06/11/2018.

MEZZAROBA, Orides. **Manual de metodologia da pesquisa no direito**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. ISBN9788547218737. Disponível em: <[https://integra da.minhabiblioteca.com.br/books/9788547218737](https://integra.da.minhabiblioteca.com.br/books/9788547218737)>. Acesso em: 10 out. 2019.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de direito administrativo**. rev., atual. e ampl. São Paulo: MÉTODO, 2018.

SACCHELLI, Roseana Cilião. A livre iniciativa e o princípio da função social nas atividades empresariais no contexto globalizado. **Revista da Ajuris** – v. 40 – n. 129 –p. 249-278. 2013. Disponível em: <[http://www.ajuris.org.br/OJS2/index.php/REVAJURI S/article/view/315/250](http://www.ajuris.org.br/OJS2/index.php/REVAJURI/S/article/view/315/250)> Acesso em 03/11/2018.

SANTOS, Aloysio Vilarino dos. O Papel das Agências Reguladoras na Ordem Econômica e Social. **Revista da Faculdade de Direito**. v.3, n.3, p. 9-27. 2006. Disponível em:

<<https://www.metodista.br/revistas/revistas-ims/index.php/RFD/article/view/503/501>> Acesso em: 03/11/2018.

SCATOLINO, Gustavo; TRINDADE, João. **Manual de direito administrativo**. 4. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Primeiras linhas de direito econômico**. 6. ed. São Paulo, SP: LTR, 2005.

CONTEXTUALIZANDO O PROCESSO DECISÓRIO NAS POLÍTICAS PÚBLICAS: O PLANO DE DESENVOLVIMENTO INSTITUCIONAL DA UDESC

Rogério Pales Quaresma

INTRODUÇÃO

O processo decisório é um tema estudado sob diversos prismas (Simon, Allison, March, Etzione, Mintzberg, Morgan, entre outros), e por ser um assunto complexo, improvável de ser esgotado. Por fazer parte da existência humana, o ato de tomar uma decisão se mantém presente em todas as dimensões da atividade humana, e por consequência, no trabalho.

As instituições de ensino superior (IES) públicas no Brasil ao terem seus cursos de graduação avaliados pelo Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira - INEP, tem como um dos critérios, conforme Portaria Nº 1.081/2008 do Ministério da Educação, a análise de implementação do seu Plano de Desenvolvimento Institucional (PDI), que é um ato obrigatório nas universidades, conforme o artigo 3º, Inciso I da Lei 10.861/2004. Este plano deve ser reavaliado a cada quatro anos e ajudar a planejar os próximos quatro anos de validade do próximo plano. O PDI envolve definir quais são os objetivos macro da instituição, e isso necessita de uma definição política de agenda política.

Todas essas etapas são debatidas em vários artigos, porém é pouco encontrado na literatura pesquisas relacionando o processo decisório às

etapas da elaboração, escolha, definição e implantação do planejamento estratégico. O processo decisório tem várias abordagens e cada espectro pode e deve ser analisado como impactante nas políticas públicas. Um PDI de uma IES deve não apenas estar escrito e exposto, ele precisa ser o parâmetro das atividades feitas, sendo sempre um fator de influência e relevância no processo de tomada de decisão sobre os mais diversos assuntos da realidade acadêmica e administrativa da instituição. Este artigo apresenta uma discussão breve sobre o assunto a ser tratado, seguido de uma apresentação dos conceitos aqui discutidos e através dos principais autores teóricos do tema, exposição da metodologia utilizada, a análise dos textos trazidos à debate e por fim uma conclusão, seguido da apresentação das referências utilizadas. Em suma pretende-se analisar o que há na teoria sobre esses campos do saber, e se é possível, dentro do que foi apresentado, traçar algum caminho em comum para um melhor entendimento do processo.

PROCESSO DECISÓRIO

Para Drucker (1974) entre as responsabilidades de um gestor estão fazer decisões e tomar atitudes, sendo estas atividades rotineiras no dia a dia do trabalho (Benthlem, 1987). O processo decisório por ser tão pertinente, passou a ser estudado, buscando-se delimitar quais são as influências e fatores que afetam as decisões de pessoas ou de grupos, seja quando se estuda organizações, seja demais áreas das ciências sociais (BIN & JOBIM CASTOR, 2007). Dessa forma a análise da situação tida (desafio ou problema) em contraponto da situação desejada (oportunidade ou solução) leva o gestor a saber identificar e racionalizar as variáveis possíveis em busca de fazer a melhor decisão. Como oportunamente verificou Ribeiro (2003), o tomador de decisões não importando a demanda tida, seja uma atitude de controle ou a antecipação de alguma situação, depende de entender um sistema que envolve recursos, resultados, objetivos, pessoas, grupos. Quanto melhor o entendimento, melhor a escolha (Matos & Beck, 2018).

O processo decisório tem várias abordagens feitas por diversos autores, e Benthlem (1987) fez uma análise destes estudos procurando agrupar os principais modelos. O autor analisou o processo decisório na concepção de Simon, Kepner & Tregoe, Guilford e Mintzberg, além de ter detalhado

os modelos militar, Pesquisa Operacional, e C.P.S.I. Benthlem (1987, p. 10) após sua análise afirmou: “Baseado nas duas formulações acima e nos modelos anteriormente apresentados, sugere-se um modelo genérico de 4 etapas até a tomada de decisão”, e montou o seguinte quadro:

Quadro 1: Etapas e descrição do processo decisório

Etapas	Descrição
Decisão de decidir	Assumir um comportamento que leve a uma decisão qualquer é uma decisão. Há pessoas que não decidem, simplesmente deixam as coisas acontecerem. Em geral, só se resolve iniciar o processo decisório quando alguma coisa não está como desejamos, ou seja, quando reconhecemos a necessidade de mudança, embora haja decisões do tipo continuar como até agora.
Definição do que vamos decidir	Há ocasiões em que trabalhamos na solução de problemas que não definimos, mas estatisticamente o seu número é menos significativo. Simon chamou esta fase de inteligência, relacionada mais à coleta de dados, não se referindo diretamente a definição do que vamos decidir (...). Mintzberg classificou três estímulos para decisão: problema, oportunidade e crise.
Formulação de alternativas	As diversas soluções possíveis para resolver o problema ou crise, ou as alternativas que vão permitir aproveitarmos as oportunidades. Aparece na literatura como projeto (Simon), Construção de modelo (P.O.), idea finding e solution finding (CPSI), produção (Guilford) e Tipo 3 de solução (Mintzberg). Usualmente é negligenciada, recomendando-se alternativas "prontas", já existente ou formulada antecipadamente.
Escolha de alternativas	Nesta etapa é que fazemos a análise crítica das alternativas formuladas. Comparamos umas com as outras de acordo com determinados critérios e promovemos a escolha final de uma delas. Não esquecendo de incluir entre os fatores considerados as consequências futuras da escolha de cada alternativa. No modelo de Simon é a fase da escolha, para Mintzberg julgamento e análise de decisões "não-estruturadas".

Fonte: Baseada em Bethlem (1987)

Como visto no quadro 1 acima o processo decisório pode ser dividido em etapas claras, e Benthlem agrupou e delimitou com base nos conceitos de outros autores e reunidos por ele. O processo se inicia com o ânimo em fazer uma escolha, em alterar o status quo, ou mesmo alguma atitude para mantê-lo. Uma segunda etapa seria a definição do que vamos decidir, onde é feita uma coleta de dados sobre a situação, e entender que se trata de um problema, de uma oportunidade ou de uma crise. Logo após vem a terceira etapa, a formulação de alternativas, e segundo Benthlem, uma fase muitas vezes ignorada, escolhendo-se repetições de outras soluções e/ou adaptações. Por fim se chega à última etapa, a escolha de alternativas, onde é feita a comparação entre opções, é analisada criticamente as alternativas com base em parâmetros (viabilidade, existência de recursos, prazos, etc.) e é feita a tomada de decisão.

A visão de que o gestor dispõe de todas as informações sempre de fácil acesso, pronto para tomar a decisão ideal foi denominada como “homem econômico”, conforme esclarecem Moritz e Pereira (2015, p.58):

A economia clássica baseia-se em uma concepção absoluta de racionalidade, no sentido de que pressupõe por parte do tomador de decisões um conhecimento absoluto de todas as opções disponíveis de ação. Com base nesse conhecimento e no processamento de todas as informações disponíveis, o tomador de decisão pode pesar todas as opções de ação possíveis e escolher a melhor, a opção “ótima”, de acordo com critérios e objetivos por ele determinados. Podemos associar esse procedimento decisório à definição da “melhor maneira” (one best way), proposta por Taylor em seu método da Administração Científica.

Esta concepção conforme vista tem uma ligação muito forte com o pensamento clássico tanto da administração como da economia, e não leva em conta fatores humanos do gestor que faz a tomada de decisão. Simon divergiu dessa visão e apresentou o que chamou de homem administrativo em oposição a este homem econômico. Conforme escreveu Alves (2007, p. 49):

Em oposição a essa racionalidade econômica, Simon (1979) propôs o conceito de “racionalidade limitada” (modelo Carnegie) afirmando que o processo de tomada de decisão nas organizações é

ambíguo e envolve vários níveis de incerteza porque a seleção dos dados e informações que subsidiarão o processo decisório sofrem uma série de influências, tanto do ambiente interno quanto externo da organização, de forma que não é possível para o tomador de decisões ter acesso a todas as possibilidades de ação.

Portanto o tomador de decisão não fará a escolha perfeita, precisa e ótima, segundo Simon, e sim uma decisão satisfatória, contando o tempo que ele dispõe e os dados que ele tem, trazendo uma solução eficiente (PROCÓPIO, 2017, p. 3). A decisão perfeita é uma ficção pela impossibilidade de se ter conhecimento de todas as alternativas existentes, seja pelos custos envolvidos, seja pelas limitações cognitivas humanas (Moritz & PEREIRA, 2015, p. 61). Esta abordagem foi satisfatória para delimitar a racionalidade no âmbito dos indivíduos, mas outros pensadores buscaram um melhor entendimento para o que acontece nas organizações como um todo, como veremos a seguir.

PROCESSO DECISÓRIO NAS ORGANIZAÇÕES

Max Weber foi um dos principais precursores da sistematização da racionalidade nas organizações (BIN & JOBIM CASTOR, 2007, p. 36), sendo que ele elegia este como o melhor meio para se chegar aos fins estabelecidos (Alves, 2007, p. 50). Kalberg identificou quatro tipos de racionalidade no conceito weberiano, a prática, a teórica, a substantiva, e a formal (BIN & JOBIM CASTOR, 2007, p. 37). A racionalidade prática é a do indivíduo, com seus afazeres rotineiros, a teórica que envolve uma análise abstrata, para além de analisar as ações, a substantiva, que envolve toda a experiência do indivíduo de potência de valor e por fim a formal, que envolve a solução de problemas através da análise de padrões racionais, levando em conta leis e regras.

Uma organização, como local agregador de indivíduos, também é um ambiente propício ao surgimento de grupos. Desta forma existem estudos que avaliam como esses grupos afetam o processo decisório. De certa forma a organização se torna um conjunto de “competidores”, sejam eles de forma individual ou em grupos, cada um com seu próprio interesse e objetivo (Alves, 2007). Os estudos têm apontado que os principais mo-

delos de processo decisório em organizações são os burocrático, racional, incremental, político, anárquico e colegiado (MORENO, 2006).

Salm, Tomasi e Amboni (2013) identificaram os modelos burocrático, político, anarquia organizada e colegiado como influenciadores na tomada de decisão no estudo então realizado, e criaram um resumo dos principais conceitos, conforme quadro 2:

Quadro 2: Modelos de tomada de decisão e categorias

Modelos de tomada de decisão	Categorias gerais de análise
Modelo burocrático	Disciplina; especialização das funções; autoridade legal; carreira vertical; uso de regras e regulamentos, formalização; linhas hierárquicas definidas; fragmentação dos objetivos; divisão de trabalho; atividades padronizadas; utilização de critérios impessoais.
Modelo político	Jogos e jogadores; interesses próprios; poder; influência; alianças e associações; conflito; astúcia; negociação; competição e concorrência; coalizão; barganha; habilidade política; oportunismo e ambivalência.
Modelo colegiado	Consenso; barganhas; lealdade; comprometimento e interesses comuns.
Modelo anarquia organizada	Ambiguidade; aleatoriedade; instabilidade; autonomia individual; liderança formal fracamente hierárquica; líder como catalisador; negociação; desordem; rearranjos; flexibilidade; participantes e oportunidades independentes; problemas e soluções fortuitas, ligando problemas com soluções preexistentes.

Fonte: Salm, Tomasi e Amboni, 2013.

O modelo burocrático é perceptível a influência do pensamento estrutural de Fayol, com sua hierarquia e ações com base em autorizações nível após nível. Este modelo define-se pelo uso de rotinas e procedimentos, busca pela eficiência, preferência por modelos anteriores de solução (Alves, 2007), inexistência de poucas linhas hierárquicas, núcleo profissional capacitado e profissional (Salm, Tomasi e Amboni,

2013), objetivos fragmentados tornando-os ambíguos e contestados (MORENO, 2006).

O modelo político abre espaço para as relações interpessoais dos indivíduos e suas ligações por proximidade de pensamento, visão de mundo ou de objetivos. Com a divisão da estrutura da organização em unidades menores e com atividades (e interesses) diferentes, é possível o surgimento de ligações entre os tomadores de decisão, como exposto por Bin e Jobim Castor (2007, p. 5):

Como esse fator pode ser determinante na tomada de decisão, atores tendem a interferir nas estruturas de poder da organização por meio de táticas políticas como: (i) formação de coalizões – alianças em torno de um ponto de vista ou problema; (ii) cooptação – tentativa velada de mudar a posição do tomador de decisão; (iii) uso estratégico de informações – manipulação e controle de canais de informações críticas; e (iv) uso de especialistas externos – apoio de consultores para legitimar uma proposição (Eisenhardt & Bourgeois, 1988; Eisenhardt & Zbaracki, 1992).

Este modelo como se percebe pode exercer uma influência na estrutura que nem sempre coaduna os interesses dos participantes com o da organização. Nesta visão “A organização é vista como um sistema político, com lutas por poder, competição por recursos escassos e interesses conflitantes” (Alves, 2007, p. 67). É levado em conta neste modelo o dissenso, conflitos e negociações (MORENO, 2006), ou como observado por Salm, Tomasi e Amboni (2013, p.5):

O modelo de tomada de decisão político é resultado de um processo, em que os decisores alcançam os objetivos no momento em que conseguem êxito em suas estratégias, para satisfazer interesses e objetivos de indivíduos e/ou de grupos dentro da organização.

Nota-se que a divergência entre a necessidade de se atingir os objetivos da organização frente aos objetivos pessoais ou grupais é nítida nessa leitura.

Seguindo os modelos presentes no quadro, temos o modelo colegiado, no qual o processo decisório é feito não de forma individual, mas em grupos, porém, com acordos e acomodações de vontades entre grupos com não necessariamente visões iguais. Este modelo tem espaço quando

o objetivo a ser alcançado pelo processo decisório é comum aos envolvidos (Alves, 2007), e é uma particularidade das universidades e que teve sua origem em uma desaprovação destas organizações ao modelo burocrático, com o desejo dos professores de participarem do processo decisório (Salm, Tomasi, & Amboni, 2013). Tem uma forte influência de barganhas e comprometimentos entre a alta administração da organização (MORENO, 2006).

Por fim chegamos ao modelo anarquia organizada, em que são percebidos fenômenos importantes, no caso a ambiguidade de objetivos e padrão aleatório no trato dos problemas pelos participantes (Salm, Tomasi, e Amboni, 2013), e a “organização é considerada uma ‘anarquia organizada’, em que os meios e os fins das decisões aparecem desarticulados (WHEICK, 1979)” (Alves, 2007, p. 67), e os indivíduos tomadores de decisão são vistos como atores autônomos no processo (MORENO, 2006). É um modelo decisório em que a tecnologia envolvida é insuficiente, tem participação fluída e com preferências inconsistentes (Matos e Beck, 2018), e os gestores participam de vários processos, elaborando teorias próprias das situações vividas (Gontijo e Maia, 2004).

POLÍTICAS PÚBLICAS

As políticas públicas são um assunto importante porque as atividades do Estado alcançam quase todos os campos das nossas vidas (Cairney, 2011). No Brasil os estudos nessa área não têm um percurso longo, e nesse tempo tem dado maior importância para o estudo e análise de instituições, além da busca de um entendimento sobre as negociações envolvidas destas políticas (Frey, 2000). Segundo Smith e Larimer (2016), não há uma definição clara e única do que é políticas públicas, e nem haverá tão cedo, porém há consenso de que está incluso o processo decisório e decisões pessoais, impostas a todos coercitivamente pelo Estado.

Para Cairney (2011) as ações nas políticas públicas podem ser definidas segundo os preceitos de Lowi, entre regulatórias, distributivas, redistributivas e políticas constituintes. Dessa forma toda política pública seria uma atividade em um desses campos, com sua intensidade mudando com o perfil de quem opera o poder público. A análise de políticas públicas no Brasil, ou nos demais países subdesenvolvidos, no entendimento de

Frey (2000) não pode ser apenas uma adaptação do que é feito nos países definidos como industrializados por ele. Os países subdesenvolvidos tem particularidades que não podem ser lidas apenas como ajustes nas ferramentas usadas em outros países, precisando de uma abordagem diferente.

PROCESSO DECISÓRIO NAS POLÍTICAS PÚBLICAS

A experiência que os servidores públicos de carreira têm os protege de pressões políticas, permitindo um maior conhecimento acerca políticas públicas, e trazendo uma maior preocupação com a parte prática e técnica de qualquer ação (Wu, Ramesh, et al, 2014). O planejamento das atividades permite aos gestores de IES terem um maior domínio sobre o contexto no qual terão que fazer o processo decisório, diminuindo incertezas inerentes ao processo (Pereira, Silva, et al, 2015). O setor público, diferente do setor privado, envolve várias ações específicas, por questões determinadas por lei. No entendimento de Wu, Ramesh, et al (2014, p. 21) essas particularidades podem ser representadas na seguinte Figura 1:

Figura 1: Uma estrutura orientada à ação para gestores públicos



Fonte: (Wu, Ramesh, et al, 2014, p. 20)

O gestor público segundo os autores precisa lidar com três espectros, conforme visto na Figura 1: Uma capacidade analítica para lidar com os processos existentes no trabalho, uma experiência gerencial para agir na

organização e uma perspicácia nas políticas, para poder lidar com a formulação de agendas. Em uma organização o histórico de relações, aprovações e desaprovações pessoais podem afetar o processo decisório, criando demandas pessoais entre os indivíduos envolvidos no processo, servindo para aprovar ou negar decisões tomadas (Pettigrew, 1977).

O processo decisório na atividade pública é a ação de se tomar uma ação, ou de não o fazer, para se resolver um assunto de políticas públicas. Em uma IES pode-se pensar que o gestor público não será envolvido no processo de decisões, uma vez que muitas dessas decisões são feitas em um nível político. Porém os atos políticos passam por aconselhamentos dos gestores públicos, mostrando que o conhecimento prático é levado em conta na definição de agenda (o que fazer) e da formulação das políticas (como fazer), além da natural participação na área organizacional (Wu, Ramesh, et al, 2014).

PLANO DE DESENVOLVIMENTO INSTITUCIONAL NAS IES

Em 14 de abril de 2004 foi promulgado a Lei 10.861/2004 que estabeleceu o SINAES e estipulou que uma das dimensões da avaliação de uma IES seria o PDI (BRASIL, 2004). O PDI é uma ferramenta estratégica para uma organização, mostrando que a criação da mesma faz parte do planejamento estratégico de uma instituição (DIAS, Sousa, et al, 2017). A definição de um PDI tem um caráter importante na instituição porque as decisões feitas neste documento serão (ou deveriam ser) o guia norteador de todas as ações tomadas em uma IES, e servir como orientação estratégica da mesma (Silva e Segatto, 2015).

É importante notar que a formulação do PDI se dá através de deliberações do conselho superior de cada instituição, órgão colegiado formado por membros de todas as classes envolvidas nas universidades. Devendo ter como princípios a transparência e a participação de todos para conservar seu caráter democrático, e com a capacidade de se ajustar as mudanças permanentes que existem em ambiente universitário (Novaes e Pimenta, 2018).

No estudo realizado por Silva, Melo, *et al.* (2013, p. 15) com oito universidades federais foi concluído que a existência de um PDI agregou na visão dos gestores das mesmas, principalmente trazendo autoconhe-

cimento sobre a instituição. Foi relatado que o planejamento estratégico agregado a universidade através do PDI deu também um senso de direcionamento, evitando a sensação da instituição estar trabalho sem rumo.

METODOLOGIA

O método escolhido foi o de realizar uma pesquisa em artigos científicos através das bases Scopus e Web of Science, além de pesquisa em periódicos científicos nacionais, usando como parâmetro os artigos com mais citações. Cito método conforme Lopes (1999), que entende o método como a soma de decisões e escolhas pessoais feitas durante a pesquisa. Os termos usados na pesquisa foram “decision making”, “models of decision making”, “processo decisório”, “modelos de processo decisório”, além da consulta na referência bibliográfica dos artigos encontrados.

Enquanto ao campo das políticas públicas, foram consultados livros próprios dos autores pesquisados ou livros analisando as escolas e os contextos históricos listados, além de ter sido usado as ferramentas de pesquisa Scopus, Web of Science e Emerald, usando os termos “plano de desenvolvimento institucional”, “pdi”, “strategic planning” “higher education”.

A consulta foi realizada durante o mês de novembro e dezembro de 2018 e foi observado com o referencial teórico que nos estudos encontrados delimitações sobre racionalidade, racionalidade limitada e modelos de processo decisório direcionam grande parte das pesquisas. Por se tratar de um artigo visando apenas a revisão literária, não foi feita nenhuma pesquisa em campo.

PLANO DE DESENVOLVIMENTO INSTITUCIONAL NAS UDESC

O atual PDI da UDESC engloba o quadriênio do ano de 2017 até o ano 2021, com a sua Comissão de Elaboração tendo sua portaria publicada em junho de (UDESC, 2016, p. 2) . Segundo o PDI da UDESC (2016, p. 73), levando em consideração a missão, visão de futuro, princípios e valores institucionais, a universidade nesse quadriênio deverá:

Ser uma Instituição democrática e colaborativa; ser uma Universidade propositiva; buscar um desenvolvimento vocacionado; inves-

tir na verticalização; adotar a estratégia de não duplicação de meios para fins idênticos ou semelhantes no processo de expansão institucional; cumprir uma missão cultural (conservação e transmissão do conhecimento), uma missão investigadora (organização e desenvolvimento do conhecimento) e uma missão social (a serviço da comunidade); conceber a extensão universitária como processo cultural, artístico e científico, o qual promove, mediante a prática do ensino e da pesquisa, o envolvimento da universidade com a sociedade, produzindo e socializando o conhecimento pela inserção na realidade; adotar, como diretriz básica à consolidação de sua infraestrutura física, a vinculação da expansão dos centros/unidades de ensino ao plano diretor físico da Universidade; assumir a tecnologia da informação e comunicação como base pedagógica e administrativa; assumir sua identidade pública de Universidade do Estado de Santa Catarina; assumir, como proposta contínua, ações de valorização humana, profissional e institucional, por meio de projetos e processos em que a análise do cenário institucional implique ações de atendimento às necessidades dos diferentes setores; desenvolver o ensino à distância como uma modalidade educacional, ou seja, como proposta educativa diferenciada e resultante da articulação entre as necessidades dos diversos sistemas de ensino e as políticas educacionais previstas nos projetos institucionais; atuar com política de formação continuada a professores da rede pública municipal e estadual, visando atender à meta do PNE, cuja finalidade é universalizar para a população de 4 (quatro) a 17 (dezesete) anos com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades ou superdotação, o acesso à educação básica e ao atendimento educacional especializado, preferencialmente na rede regular de ensino, com a garantia de sistema educacional inclusivo, de salas de recursos multifuncionais, classes, escolas ou serviços especializados, públicos ou conveniados; contribuir para a viabilização da meta do PNE, cuja finalidade é o intercâmbio científico e tecnológico, nacional e internacional entre as instituições de ensino, pesquisa e extensão; contribuir na viabilização meta do PNE, ampliando as políticas de inclusão e assistência estudantil dirigidas aos estudantes de instituições públicas.

ANÁLISE

Nesta sessão será feita a análise do referencial teórico apresentado, buscando-se intercalar o conhecimento trazido por autores diversos em um conhecimento novo, ou ao menos, uma direção de estudos que possa ser feito.

Com o surgimento da administração como campo do saber, inicialmente as preocupações estavam focadas na estrutura da organização, principalmente com os estudos realizados por Fayol, e nos métodos de produção, com os estudos feitos por Taylor. Esses estudos delimitaram e deram uma compreensão até então não experimentada nas empresas, e essa regulação abriu espaço para outras análises e busca por melhoras.

Como a preocupação era com a estrutura e o processo o sujeito, parte fundamental em qualquer atividade de uma organização, não foi levado em questão, e tem-se que isso aconteceu por se imaginar que o indivíduo teria sempre a decisão correta a ser feita, o homem econômico como citado anteriormente. A racionalidade usada por este homem o levaria as melhores decisões sempre, o que passou a ser questionado por Simon, pontuando que esta racionalidade não havia de ser plena, e sim limitada.

Essa limitação na racionalidade se dá por conta da impossibilidade, causada por vários fatores, do indivíduo ter acesso ou conhecimento de todas as variáveis envolvidas no processo decisório, causando que a tomada de decisão não dá na busca da decisão perfeita, e sim para se alcançar a decisão satisfatória. O estudo de Benthlem (1987) se mostrou pertinente por revisar e agrupar os entendimentos tidos até então acerca do processo decisório. Com os estudos relacionados, e analisando suas semelhanças e diferenças, ele estabeleceu uma proposta onde verificou as similaridades no entendimento do processo decisório acerca dos seguintes itens: decisão de decidir, definição do que vamos decidir, formulação de alternativas e escolha de alternativas.

Sob esta análise o processo decisório evoca inicialmente uma decisão de tomar uma atitude, uma vez que a situação atual é vista como necessária de uma intervenção. O processo é seguido por uma definição e delimitação do que vai ser decidido, com uma etapa dedicada a análise e criação de alternativas que devem levar em conta as possibilidades e limitações e enfim, a escolha de alternativas, ou decisão em si.

Esta análise se mostra pertinente quando analisada sob a ótica da ação individual, mas em uma organização com vários indivíduos e grupos agindo concomitantemente, foi postulado outras abordagens, modelos de processo decisório em organizações como demonstrado anteriormente. No estudo realizado por SALM, TOMASI e AMBONI (2013, p. 15) foi verificado que não há uma preferência definida por base literária e verificada *in loco*, sendo percebido diversos tipos de modelos de processo decisório sendo escolhidos, às vezes em comum pelos grupos estudados (Reitores e vice-reitores, pró-reitores e diretores-gerais, às vezes modelos divergentes.

Através da revisão de literatura feita em vários artigos sobre o PDI em IES foi percebido no geral uma aprovação dos gestores envolvidos no processo, elencando vantagens de conhecimento que surgiram com a implantação do processo. No trabalho realizado por Dias, Sousa, *et al.* (2017) foi verificado que o PDI executado na IES em questão levou a um alinhamento entre o mesmo e a missão e visão da instituição, denotando a pertinência de um PDI bem planejado.

Quanto ao processo decisório como demonstrado no referencial teórico ele é um evento rotineiro e recorrente na instituição. Foi demonstrado também que em órgãos públicos o processo decisório envolve claramente outras etapas, com uma relação com a questão política maior. O PDI da UDESC relaciona diversos itens, em várias direções de atuação, o que demanda a atividade em diversas hierarquias para perseguir os objetivos listados.

No estudo realizado por Salm, Tomasi e Amboni (2013, p. 15) na própria UDESC levando em conta os modelos de processo decisórios listados neste trabalho, foi feita uma pesquisa de campo com indivíduos que ocuparam cargos de reitor, vice-reitor, pró-reitores e diretores gerais. Pode-se depreender, mesmo exigindo mais pesquisas, preferências por cada grupo de um tipo de modelo, variando de assunto a assunto.

Em campos mais gerais, com ampla repercussões na IES em questão, a saber decisão sobre destinação de recursos sobre material permanente e obras, o que configura na estrutura da universidade a guia investimentos, houve uma escolha em geral pelo modelo político de decisão. Uma parte menor dos entrevistados deu preferência ao modelo colegiado de decisão. Pode-se inferir que este assunto é de uma importância crucial para a instituição, o que de fato é, e que os jogos de poder, influência e negociação é tida como melhor forma de tratar o assunto.

Por outro lado quando se tratou de analisar os valores referentes à diárias, questão mais rotineira em uma instituição pública, bem como problemática, optou-se por áreas em que cada grupo tinha menos poder e que grupos diferentes tem mais poder, podendo-se entender que por ser um assunto polêmico cada instância prefere que outra instância faça as deliberações necessárias.

Com base nos dados apresentados nesse trabalho e vinculando a parte teórica estudada com os estudos de Salm, Tomasi e Amboni (2013), podemos inferir que: (i) as decisões que levam a formulação do PDI de uma IES, assim como na definição do orçamento da mesma, também passam pelos modelos de tomada de decisão, a saber, burocrático, político, colegiado e anarquia organizada; (ii) para além da formulação de um PDI, a execução das atividades se darão por quatro anos, sendo aplicados processos decisórios de forma constante para viabilizar as ações aqui listadas; (iii) os pontos formulados no PDI provavelmente são decididos nos modelos de tomada de decisão político e colegiado, possivelmente por conta de que são os modelos onde os grupos interessados e com mais influência tem mais facilidade de agir, (iii) é necessário uma ação de “convencimento” sobre os outros grupos hierárquicos que utilizam outros modelos de tomada de decisão, para que as ações planejadas no PDI sejam sempre um norte a ser utilizado no processo decisório.

Considerações finais e limitações

Com este trabalho chega-se à conclusão de que o processo decisório, a saber os modelos de tomada de decisão, que leva em conta as dimensões mais subjetivas da decisão, fazem parte da realidade de toda organização. O Plano de Desenvolvimento Institucional é uma necessidade legal estipulada em lei, porém mesmo que cobrada de forma legal, a existência da mesma se mostrou vantajosa para diversas instituições de ensino superior, por trazer uma obrigação de se realizar um planejamento estratégico nas instituições.

Fazendo uma correlação com um campo do estudo costumes da administração que é o processo decisório, bem como um levantamento do processo decisório nas políticas públicas, mas traçando como campo a ser estudo o PDI das IES, foi observado um vácuo de conhecimento, uma vez que nas pesquisas realizadas não foi localizado uma quantidade pesquisas

que pudessem servir de referencial teórico mais claro, o que pode ser um indício que essa área pode e deve ser melhor estudada.

Por fim é possível vislumbrar a possibilidade, com base nos estudos realizados por pesquisadores, que cada grau hierárquico de uma IES faça uso de um modelo de tomada de decisão diferente, e que esses modelos podem influenciar em como as políticas públicas serão (ou não) implementadas.

Como limitação desse trabalho pode-se listar que não houve pesquisa de campo, nem realização de entrevistas, acompanhamentos ou questionários com gestores de IES para ter informações da realidade observada. O trabalho também foi feito usando como base de pesquisa o PDI de uma IES, o que poderia trazer maiores resultados sendo mais de uma instituição.

Referências

- ALVES, A. ANÁLISE DA COMUNICAÇÃO ORGANIZACIONAL EM UM PROCESSO DE TOMADA DE DECISÃO EM UMA INSTITUIÇÃO FEDERAL DE ENSINO SUPERIOR. 2007. 174 páginas. (Dissertação – Administração) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2007.
- BETHLEM, A. S. Modelos de processo decisório. **Revista de Administração**, v. 22, n. 3, p. 27-39, 1987.
- BIN, D., & JOBIM CASTOR, B. V. Racionalidade e Política no Processo Decisório: Estudo sobre Orçamento em uma Organização Estatal. *Revista de Administração Contemporânea*, v. 11, n. 3, p. 35-56, 2007.
- Lei Nº 10.861, de 14 de Abril de 2004. Institui o Sistema Nacional de Avaliação da Educação Superior – SINAES e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF.
- CAIRNEY, P. Understanding Public Policy: Theories and Issues. London: Palgrave. 2011.
- DIAS, P. H., Sousa, J. C., Vieira, F., C. C. (2017). Estratégia institucional: relação entre o PDI, PPI e planejamento estratégico no IFB. *Revista online de Política e Gestão Educacional*, p. 334-349, 2017.

- Frey, K. Políticas públicas: um debate conceitual e reflexões referentes à prática da análise de políticas públicas no Brasil. *Planejamento e Políticas Públicas*, n. 21, p. 50, 2000.
- GONTIJO, A. C., & MAIA, C. S. Tomada de decisão, do modelo racional ao comportamental: uma síntese teórica. *Caderno de Pesquisas em Administração*, vol. 11, n. 4, p. 13-30, 2004.
- MATOS, R. D., BECK, G.. Processo decisório nas universidades: O caso da UFSC. XVIII Colóquio Internacional de Gestão Universitária. In: COLÓQUIO INTERNACIONAL DE GESTÃO UNIVERSITÁRIA, XVIII, 2018, Loja.
- MORENO, N. A. A informação arquivística no processo de tomada de decisão em organizações universitárias. 2006. 220 f. Tese (Doutorado em ciência da informação) – Universidade Federal de Minas Gerais, Escola de Ciência da Informação, 2006.
- MORITZ, G. O., PEREIRA, M. F. Processo decisório: 3 Ed. Florianópolis: Departamento de Ciências da Administração/UFSC, 2015.
- NOVAES, I. L., PIMENTA, L. B. Planejamento e avaliação: conexões entre o PDI, o programa de gestão universitária e a avaliação institucional no âmbito da Universidade do Estado da Bahia. *PLURAIS Revista Multidisciplinar*. Salvador, Bahia. Vol. 3, nº 2, pp. 12-26. Abril/Agosto de 2018.
- PEREIRA, J. R., SILVA, G. T., TEODORO, F. S., SILVA, J. E., MELO, M. B. Análise da execução das metas do plano de desenvolvimento institucional da UFSC por meio dos relatórios de gestão 2010-2014. *Revista Gestão Universitária na América Latina – GUAL*. Florianópolis, Santa Catarina, Brasil. Vol. 8, nº 3, pp. 137-160. Setembro de 2015.
- PETTIGREW, A. M. Strategy formulation as a political process. *International Studies of Management & Organization*, pp. 78-87, 1977.
- PROCÓPIO, M. A dimensão moral das decisões administrativas e os limites da racionalidade limitada. *Cadernos EBAPE.BR*, p. 25. Dezembro de 2017.

- SALM, J. F., TOMASI, M., AMBONI, N. Modelos de tomada de decisões: o caso UDESC. *Revista Brasileira de Administração Pública*, vol. 6, p. 251. Outubro de 2013.
- SILVA, E., SEGATTO, A. P. A presença da inovação nos planos de desenvolvimento institucional das universidades públicas paranaenses. *Revista Gestão Universitária na América Latina*, 1, pp. 193-213. Janeiro de 2015.
- SILVA, J. E., MELO, P. A., RAMOS, A. M., AMANTE, C. J., SILVA, F. M. Contribuições do PDI e do planejamento estratégico na gestão de universidades federais. *Revista Gestão Universitária na América Latina*, pp. 269-287. Setembro de 2013.
- SMITH, K. B., LARIMER, C. *The Public Policy Theory Primer*. New York: Routledge. 2016.
- UDESC. *Plano de Desenvolvimento Institucional*. Florianópolis, Santa Catarina. 2016.
- WU, X., RAMESH, M., HOWLETT, M., FRITZEN, S. *Guia de políticas públicas: gerenciando processos*. R. A. Souza, Trad. Brasília: ENAP. 2014

ISENÇÃO DE ICMS SOBRE MINÉRIOS E DESENVOLVIMENTO DO ESTADO DO PARÁ

Victor Gustavo Rocha Nylander

Jorge Aurenio Ribeiro Junior

Introdução

Muitas são as formas de conseguir atingir o desenvolvimento social de uma região, dentre elas existe pelo Estado o uso dos benefícios fiscais, bem como os incentivos fiscais, que são formas de reduzir a carga tributária em determinado setor ou seguimento da economia para realizar a indução de investimentos privados em determinada região.

A LC de nº 87/96 (Lei Kandir) exonerou a incidência de ICMS sobre minérios em todo o Brasil. Entre os principais Estados produtores: Pará, Minas Gerais e Amapá, no presente trabalho apenas o primeiro será abordado, pois um dos objetivos dessa isenção seria melhorar a qualidade de vida e aumentar o desenvolvimento social na região, assim, o presente trabalho verificará a (in)existência entre a isenção e o desenvolvimento social nesse Estado.

No primeiro capítulo falaremos sobre a isenção do ICMS delimitando o campo de ação jurídico e social do tributo. Faremos apontamentos sobre a função social do tributo e sua relevância para a sociedade na prestação de contas e do devido retorno em serviços públicos através do seu processo arrecadatório. Abordaremos também os aspectos históricos e legislativos da Lei Kandir.

No segundo capítulo o desenvolvimento social será debatido a partir de uma perspectiva mais crítica, ou seja, o desenvolvimento social será

apresentado em seus variados sentidos, que são amplos e difusos. Apresentando a Constituição Federal brasileira como uma norma maior incentivadora do desenvolvimento social em todos os campos.

No terceiro capítulo entraremos especificamente na seara do desenvolvimento dos municípios que possuem arrecadação significativa da atividade minerária. Apresentaremos dados que evocam o desenvolvimento social desses municípios e se esses dados são relativizados ou “mascarados” por meio das *company towns*.

No quarto e último capítulo chegaremos à conclusão se existe necessariamente uma ligação entre isenção de ICMS e desenvolvimento social. Se o ato de desonerar ICMS, necessariamente, garante desenvolvimento social para a população. Através do retorno de políticas públicas que favoreçam a população que sofre incidência da atividade minerária.

1º capítulo: Isenção de ICMS

O Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços está previsto no artigo 155, II, da Constituição Federal:

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

II – operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior.

O imposto incidirá sobre toda a circulação de mercadoria e em alguns serviços específicos, cuja competência tributária é dos Estados de arrecadarem, conforme está previsto no *caput* do artigo já citado. A sua incidência fica delimitada em caráter geral pela lei complementar de nº 87/96.

Quando um tributo, no caso em tela o ICMS, é criado ele possui uma função social, que é ser receita pública, todavia, essa análise é meramente restrita sem analisar os efeitos correlatos que o mesmo pode causar na sociedade e na economia. De maneira que pelo seu caráter de extrafiscalidade, que é intrínseco em todo tributo, também poderá ser utilizado como regulador e/ou interventor do mercado, a criar limites para a atuação da atividade privada ou ampliando capacidades, assim, a sua função

social não está apenas no **retorno de tal arrecadação tributária para a sociedade em forma de serviços públicos dignos para o atendimento das necessidades públicas.**

Ora, o tributo é arrecadado não somente porque tal é o poder coercitivo do Estado perante os cidadãos, mas, principalmente, porque deve voltar à sociedade sob a forma de serviços públicos efetivos. Por vezes, esses serviços não são prestados pelo poder público, mas é mister que esse crie todas as condições para que outros possam prestar o devido atendimento das necessidades públicas. Nesse caso estamos querendo abordar especificamente a iniciativa privada, ou seja, o tributo terá ou poderá ter dois vieses, o **primeiro efeito** é o da arrecadação, sendo quase sempre o principal objetivo do tributo, sobre uma perspectiva positivista, enquanto o **segundo efeito** foca nos efeitos paralelos ou correlatos a causar sobre uma determinada área não delimitativa onde o tributo incide.

O efeito secundário, paralelo ou correlato engendrado pelo poder público e para a sociedade, é na maioria das situações, mais importante do que o primário (arrecadação), inclusive quando se deixa de arrecadar, a depender da estratégia utilizada e o cenário social, existindo a inversão de foco, ou seja, o objetivo de determinado tributo em um determinado cenário e momento é de buscar criar estímulos para a mudança de hábitos ou comportamentos dos contribuintes, que são por diversas vezes definidos por uma intervenção/ indução sobre a economia com a criação de novos empreendimentos.

Uma das formas para alcançar essa indução é através do intermédio da majoração ou da redução de alíquotas, quando se zera a alíquota de algum tributo estamos diante do cenário de isenção. Dentre as leis criadas pelo governo do Estado do Pará para a regulação dessa situação sobre minérios, publicou-se a Lei de nº 5.530/89, que isentava o ICMS de produtos destinados ao exterior, como também os semielaborados, mas sem muito sucesso. Situação que mudou na década subsequente.

Segundo Lira (2003) 1990 é a segunda e atual etapa da política de concessão de incentivos fiscais e financeiros no Estado do Pará e na Amazônia. A lógica que passou a revelar tal política não mais se preocupou com a viabilização da implantação de empreendimentos industriais (minerais) na região (no Pará e no Maranhão); antes procurou, intensificar a produção industrial existente graças ao incentivo à ampliação da verticalização industrial do setor (mantendo a vertente exportadora). Por outro lado,

reduziu o custo de comercialização dos produtos colocados no mercado externo, de acordo com a política de redução “custo Brasil”.

Destarte, o governo tentou através da criação de algumas leis propiciar um ambiente favorável a recepção desses investimentos. A LC nº 87/96 (conhecida como Lei Kandir) teve papel fundamental nesse itinerário, pois, tangenciava inevitavelmente na questão sobre a desoneração de ICMS para atrair capitais para a região. Essa lei como qualquer outra tem seus prós e contras. Alguns saem beneficiados enquanto outros não. E com o passar dos tempos começou a ser alvo de muitas reclamações dos estados-membros, pelo fato de diminuírem seu poder de arrecadação ou até mesmo não arrecadarem aquilo que achavam que seria o justo.

A Lei Kandir, que legisla a respeito do ICMS no Brasil, como a União está regulando perspectivas gerais, tem força superior às das leis estaduais, assim, as legislações estaduais por força do art. 146, inciso I da Constituição.

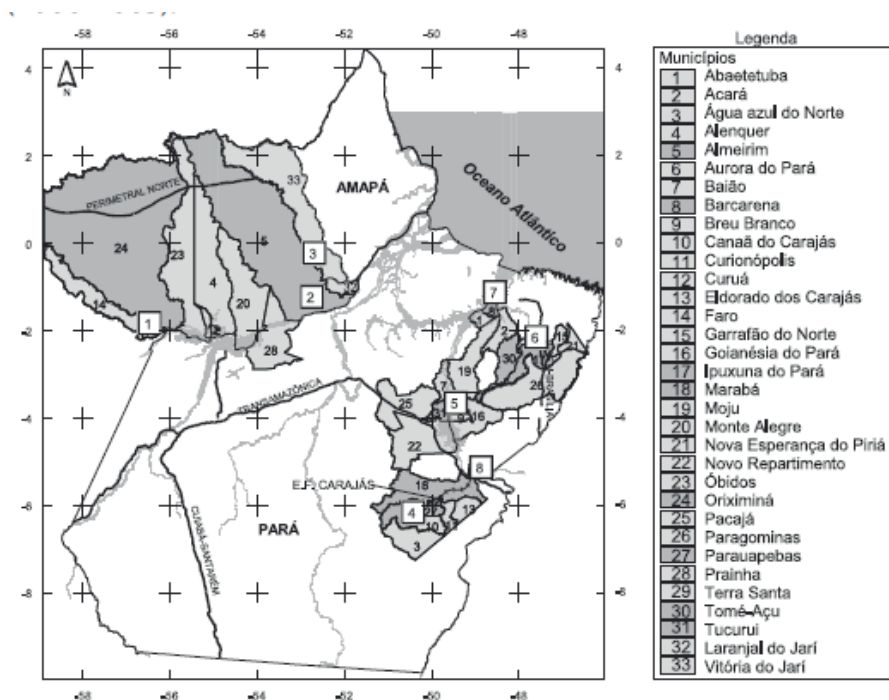
A respectiva lei em seu artigo 2º, §1º, inciso III informa que o ICMS incide sobre o momento em que a mercadoria entra no Estado destinatário, válido para as seguintes mercadorias: petróleo, combustíveis líquidos e gasosos e seus derivados, energia elétrica não destinada a comercialização ou a industrialização, decorrentes das operações interestaduais, sendo o respectivo imposto devido aos estados onde estiver localizado o adquirente.

Outro aspecto de redução da capacidade tributária está previsto no artigo 3º, inciso II da lei complementar onde afirma que o ICMS não incide sobre as operações de mercadorias e prestações de serviços que se destinem ao exterior, possuindo sentido lógico tal artigo, pois não se exporta tributos. Mas a segunda parte do dispositivo é que é o ponto preocupante por incluir produtos primários e produtos industrializados semielaborados. Outro ponto alarmante é que o Estado do Pará tem como sua principal economia a extração de produtos primários e semielaborados, ou seja, produtos que ainda não tiveram agregação de valor e ainda serão transferidos para outros setores da indústria para adquirir valor agregado para ser comercializado com o consumidor final.

O que pode parecer uma mera escolha do legislador, na verdade acaba por retirar diversos recursos tributários do Estado do Pará e repassá-los para os Estados adquirentes desses produtos. Dessa forma, existe perda de receita do Estado do Pará em virtude do Estado Amazônico ser o maior produtor e transmissor de energia elétrica do país, ou seja, a respectiva lei reduziu a capacidade tributária do Estado Amazônico de conseguir auferir receita tributária.

Conforme a norma técnica da FAPESPA – Fundação Amazônia de Amparo a Estudos e Pesquisas, o resultado da perda bruta de receita em decorrência da LC 87/96 (Lei Kandir) é apresentado pelo gráfico de nº 1.

Gráfico de nº 1: Valor das estimativas de perdas brutas de arrecadação de ICMS desonerado pela Lei Kandir do Estado do Pará de 1997–2016 (valores correntes em milhões de reais).



Fonte: Elaborado pelo autor com base nas informações divulgadas pela nota técnica da Fundação Amazônia de Amparo a Estudos e Pesquisas – FAPESPA. Disponível em: <<http://www.fapespa.pa.gov.br/upload/Arquivo/anexo/1366.pdf?id=1497373099>>. Data de acesso em: 25.04.2019.

A perda de receita começa discreta crescendo de forma constante por dez anos, retrai e volta a crescer atingindo patamar na casa do bilhão de reais no ano de 2008 e chega ao pico no ano de 2013, altura que a perda de ICMS atinge a marca de cerca de 3,6 bilhões de reais e regride, encerrando no ano de 2016 com queda de receita acima dos três bilhões.

A queda na receita chega ao patamar de cerca de 25% da receita total do Estado do Pará, demonstrando que essa falta é relevante, gerando

por consequência significativa a insatisfação social e política para com o panorama construído. O total de perda desse intervalo de tempo alcança aproximadamente a marca de 36 (trinta e seis) bilhões de reais, faz com que o Estado do Pará seja o terceiro Estado da federação a deixar de arrecadar receita pública de ICMS no país, ficando atrás apenas dos Estados de Minas Gerais e Rio de Janeiro, conforme dados da FAPESPA.

Lira (2003, pp. 35-36) afirma que a Lei Complementar n° 87/96 foi aprovada no Congresso Nacional com iniciativa do governo federal, mas com o apoio das unidades federativas. Seu objetivo era ser um instrumento de política econômica destinado a reduzir o chamado “custo Brasil”, na medida em que determinou a desoneração da cobrança do ICMS sobre as exportações brasileiras de produtos primários e produtos industrializados semielaborados ou serviços e sobre as operações interestaduais relativas à energia elétrica e ao petróleo, inclusive lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos derivados do petróleo, quando destinados à industrialização ou à comercialização.

Ainda em validade os efeitos da Lei Estadual n.º 5.530/89, o governo paraense editou a Lei n.º 5.758, de 30 de agosto de 1993, que passou a assegurar o diferimento do pagamento do ICMS sobre operações relativas à extração, industrialização, circulação e comercialização de bauxita, alumina, alumínio e seus derivados, no território paraense, desde que não ocorressem saídas dos produtos para fora do território (mercado interno ou externo) ou dentro do Estado (consumidor final) (LIRA, 2003, p. 36).

Assegurou-se um tratamento tributário especial ao complexo industrial aluminífero, possibilitando com que o pagamento do ICMS passasse a ser cumulativo (diferentemente do que previa anteriormente a Lei Estadual n° 5.530/1989), ao mesmo tempo em que o pagamento deixaria de ser cobrado em cada operação e passaria a ser cobrado somente na última operação, ou seja, postergado para que a sua ocorrência se desse apenas na etapa final do processo produtivo local. Este tratamento tributário seria de 10 anos a contar da data de início da operação, sendo admitida prorrogação por igual período (LIRA, 2003, p. 36).

Já em 1996, por meio da Lei n° 5.943/1996, o governo adotou nova política de incentivos fiscais às atividades produtivas localizadas no seu território, através de: a) incentivos fiscais (inclusive para a mineração) sob a forma de isenção, redução da base cálculo, diferimento, crédito presumido e suspensão; b) incentivos financeiros, sob a forma de empréstimo,

em valor correspondente a até 75% do ICMS; c) incentivos de caráter de infraestrutura, para instalação ou realocização de empreendimentos em polos de desenvolvimento no Estado (LIRA, 2003, p. 36).

Ocorre que, no início a desoneração ocorria sobre tributos da União. Logo, a desoneração do tributo ocorria somente nesse ente, e não sobre os tributos dos Estados. Os Estados não sofriam com a isenção tributária. A situação muda de figura quando Os Estados-membros começam a deixar de arrecadar ICMS.

Lira (2003, p. 43) explica que quando o princípio da isenção visava garantir que a região se tornasse por excelência a captadora ou geradora de divisas externas para o país – e por conta disso as isenções tributárias ocorriam nos tributos pertinentes à União –, o Pará, o Maranhão e o Amapá não sofreram impacto negativo na sua arrecadação tributária; ao contrário, elevaram a sua arrecadação por conta da dinamização da produção local com a implantação dos empreendimentos minerais em seu território.

Mas, quando o princípio da isenção passou a ser o da redução do chamado “custo Brasil” – e, conseqüentemente, as isenções tributárias deveriam também incidir nos tributos estaduais, no caso, no ICMS, que constitui a principal fonte de arrecadação dos estados –, essas unidades federativas sofreram uma redução na sua arrecadação própria, visto que, após a vigência da LC n.º 87/96 (e suas alterações), os produtos primários e os semi beneficiados voltados para a exportação deixaram de ser tributados com relação ao ICMS (LIRA, 2003, p. 43).

O fim, destarte, é sempre o bom atendimento da população e da sociedade que necessita de um serviço público que lhe garanta uma boa educação. Esse é o grande desafio para tentar equilibrar a exclusão de ICMS que visa atrair investimentos e capital para essas áreas e o desenvolvimento em si dessas áreas minerárias que carecem do desenvolvimento social adequado para o progresso.

A história das finanças confirma que qualquer empresário para investir seu dinheiro necessita de um mínimo de segurança jurídica. Esse princípio jurídico é uma das pedras fundamentais para que o dinheiro da livre iniciativa possa circular em empreendimentos que geram lucro e por conseqüência beneficiem o homem e a sociedade.

Segundo Borges (2011) os recursos que advém dos royalties de exploração de minérios na Amazônia poderiam ter melhor utilização em micro

e pequenas empresas, capacitação de mão de obra através do devido treinamento, microcrédito para as pessoas carentes e necessitadas, sem falar outras formas de apoio à população local, bem como aos menos favorecidos.

2º capítulo: Desenvolvimento Social

Desenvolvimento não se resume a uma única área, mesmo quando abordado dentro da esfera econômica, diversas são as variáveis que somam para resultar em um certo índice de desenvolvimento econômico, muitas vezes voltado para a produtividade. Contudo, desenvolvimento social pode estar ou não apartado das questões econômicas, sendo de mais pleno efeito quando unificados e trabalhados de maneira conjunta para benefícios mútuos de ambas as áreas, apesar de a produção (o trabalho) ser a base de todas as interações sociais.

Seja no viés social como econômico, a intervenção do Estado e a liberdade do Mercado podem variar constantemente dentro de uma época, assim como diversificar em diferentes regiões, dependendo das peculiaridades das variáveis analisadas. Variáveis essas que conjugam todos os elementos sobre a amostra a ser analisada, como espaço, tempo, atividades mercantis e sociais, dentre outras, em síntese o recorte do universo de estudo.

Num **primeiro momento**, desenvolvimento já foi compreendido como aumento da produção, ou seja, quanto mais uma determinada região conseguia produzir, mais rica ela era, pois, a sua população conseguiria adquirir bens e serviços de outras localidades, de maneira a ter um maior bem-estar.

Em um **segundo momento** desenvolvimento não estaria mais atrelado à produção geral. O referencial seria a quantidade da unidade por pessoa (potencial trabalhadora), que poderia resultar para a produção de um determinado local. Destarte, quanto mais uma unidade de trabalhador conseguisse produzir, mais rica essa região seria, pelo simples fato de necessitar menos para conseguir produzir uma mesma quantidade.

Em um **terceiro momento**, desenvolvimento era sinônimo de qualidade de vida, nessa entendida como bem-estar, não bastaria existir forte atividade econômica, mas também precisaria existir condições de segurança para a garantia contínua da produção e da produtividade, de certa forma uma segurança jurídica efetiva, garantiria segurança econômica, assim, o bem-estar

dos trabalhadores é uma forma de conseguir com que o mesmo mantivesse ou aumentasse a sua produtividade, como melhoria na qualidade da educação, saúde, segurança pública, qualidade no ambiente de trabalho, seguridade social, saneamento básico, alimentação, comunicação, dentre outras.

Podemos observar que, a concepção de desenvolvimento muda em conjunto ao aumento de variáveis que podem ser analisadas para alvejar-mos o que seria desenvolvimento. Evidentemente que essas variáveis podem ser melhor alcançadas tanto com o livre mercado, como pela intervenção estatal, o que definirá uma ou outra resposta será o momento em que a amostra em questão será analisada.

Pode-se realizar o devido questionamento de qual seria o objetivo da Constituição Brasileira fazendo menção do termo desenvolvimento nacional (art. 3º, inciso III), o que leva a diversas análises do próprio dispositivo isolado e em interpretação sistêmica com o próprio ordenamento jurídico.

Todas as concepções trazidas acima se encaixam dentro da hermenêutica constitucional, o que leva a uma escolha do leitor e do legislador infraconstitucional para uma estratégia simples ou complexa sobre como utilizar as ferramentas jurídicas para atingir o que é deixado de maneira ampla pelo legislador constitucional originário.

Liberdade ao legislador infraconstitucional de manipular os instrumentos jurídicos para, de maneira geral, alcançar os objetivos da República Federativa do Brasil, amplamente sobre os campos da economia, sociedade, instituições e ambiente, direta ou indiretamente, a estratégia adotada pela sociedade, por intermédio da representação parlamentar definirá as bases e matrizes do que é desenvolvimento diante do momento em que cada política será implantada.

Dentre as ferramentas disponibilizadas pelo legislador constitucional originário estão as isenções tributárias, as quais pelo federalismo político fiscal brasileiro, a União (com força no art. 43):

Art. 43. Para efeitos administrativos, a **União poderá articular sua ação em um mesmo complexo geoeconômico e social, visando a seu desenvolvimento e à redução das desigualdades regionais.**

§ 1º Lei complementar disporá sobre:

I - as condições para integração de regiões em desenvolvimento;

II - a composição dos organismos regionais que executarão, na forma da lei, os planos regionais, integrantes dos planos nacionais de desenvolvimento econômico e social, aprovados juntamente com estes.

§ 2º Os incentivos regionais compreenderão, além de outros, na forma da lei:

I - igualdade de tarifas, fretes, seguros e outros itens de custos e preços de responsabilidade do Poder Público;

II - juros favorecidos para financiamento de atividades prioritárias;

III - isenções, reduções ou diferimento temporário de tributos federais devidos por pessoas físicas ou jurídicas;

IV - prioridade para o aproveitamento econômico e social dos rios e das massas de água represadas ou represáveis nas regiões de baixa renda, sujeitas a secas periódicas.

Combinado com o artigo 146 da Constituição onde prevê a União legislando a respeito de aspectos gerais dos tributos Estaduais:

Art. 146. Cabe à lei complementar:

I - dispor sobre conflitos de competência, em matéria tributária, entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;

II - regular as limitações constitucionais ao poder de tributar;

III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:

a) definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes;

b) obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários;

c) adequado tratamento tributário ao ato cooperativo praticado pelas sociedades cooperativas.

Permite legislar a respeito dos aspectos gerais dos tributos Estaduais e Municipais, por meio de Lei Complementar, como é o caso da LC 87/96 (Lei Kandir), a qual isentou a tributação pelos Estados sobre minérios brutos

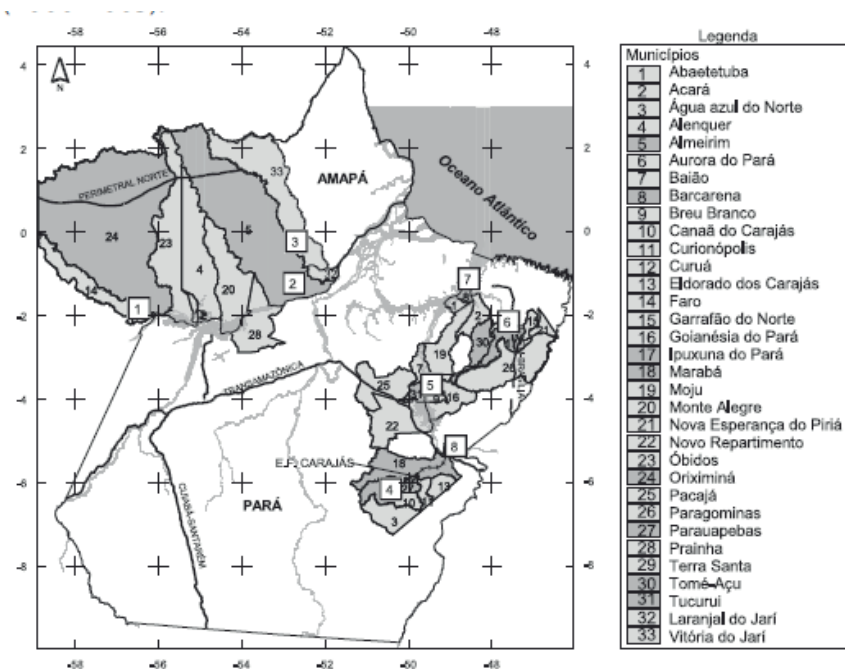
e semielaborados, além destes destinados para a exportação, cujo intuito de buscar aumento da atividade econômica da região, a qual pode resultar em amplitude do mercado das regiões produtoras, de maneira a atrair investimentos e começar a mudar o paradigma positivamente, em especial a educação.

Dentre os índices medíveis de desenvolvimento existe o IDH, o qual é aplicado em intervalos de 10 (dez) anos, com base em três variáveis (PIB *per capita*, longevidade e educação). A terceira variável está prevista na Constituição no artigo 205 e 206.

3º capítulo: Desenvolvimento dos municípios comerciais de minério e outros

Poucos municípios paraenses são de fato exploradores de minério e se beneficiam dessa prática, contudo, não apenas esses conseguem receber benefícios da exploração, outros próximos a esses municípios também se beneficiam pelo fluxo migratório.

Figura 2: Municípios e entorno de projetos de extração e transformação de minerais nos Estados do Pará e Amapá.



Fonte: COELHO, 2005.

Essa figura elaborada bem demonstra os municípios no Estado do Pará que foram alcançados pela indústria minerária de exportação de matéria-prima. Acusa também os municípios que estão no entorno e que também se beneficiaram com processos migratórios que ocorreram ao longo do tempo.

De acordo com COELHO (2005, p. 85) a implantação de um projeto econômico de grande porte – seja infra estrutural, seja produtivo – que demanda elevados investimentos de capital e gera expectativas e/ou cria possibilidades de inúmeros empregos localmente, atrai para a região na qual se estabelecerá a empresa, um contingente populacional expressivo, principalmente na fase de construção civil do projeto, determinando uma taxa de crescimento elevada que perdura por alguns anos. Independentemente do impacto e dos problemas que se processam no campo social, o importante é que a população constitui um indicador determinante para a redistribuição de alguns dos principais impostos vigentes no país. Por conseguinte, os municípios que absorvem essa população passam a auferir uma maior receita tributária, o mesmo não acontecendo com os demais no contexto do seu espaço sub-regional ou estadual.

E resultam a ter um IDH maior do que os demais municípios, como demonstrado abaixo.

Quadro 2: Índice Municipal de Desenvolvimento Humano (IDH-M) de alguns municípios do Estado do Pará em 1970, 1980 e 1981.

MUNICÍPIO	IDH-M			IDH-M LONGEVIDADE			IDH-M EDUCAÇÃO			IDH-M RENDA		
	1970	1980	1991	1970	1980	1991	1970	1980	1991	1970	1980	1991
Barcarena	0,363	0,472	0,631	0,452	0,530	0,680	0,441	0,501	0,631	0,196	0,383	0,601
Abetetuba	0,364	0,506	0,512	0,460	0,595	0,669	0,440	0,454	0,525	0,193	0,469	0,343
Moju	0,319	0,448	0,433	0,452	0,533	0,607	0,362	0,398	0,410	0,145	0,412	0,281
Açará	0,281	0,387	0,487	0,439	0,533	0,586	0,272	0,323	0,399	0,133	0,306	0,477
Ortodoxia	0,356	0,540	0,560	0,434	0,575	0,623	0,433	0,492	0,616	0,200	0,554	0,441
Ruro	0,375	0,470	0,497	0,431	0,518	0,689	0,513	0,556	0,593	0,181	0,335	0,209
Óbidos	0,365	0,471	0,502	0,418	0,507	0,611	0,531	0,537	0,573	0,146	0,370	0,321
Alenquer	0,350	0,438	0,469	0,422	0,542	0,593	0,440	0,460	0,538	0,190	0,312	0,276
Barraopetbas			0,601			0,551			0,574			0,680
Carionópolis			0,512			0,551			0,450			0,537
Marabá	0,325	0,645	0,563	0,361	0,513	0,551	0,373	0,476	0,594	0,241	0,945	0,544
Almeirim	0,374	0,694	0,632	0,402	0,601	0,699	0,379	0,528	0,562	0,343	0,923	0,636
Prainha	0,369	0,487	0,463	0,462	0,540	0,662	0,439	0,435	0,494	0,208	0,485	0,234
Tucuruí	0,365	0,677	0,544	0,392	0,452	0,580	0,497	0,625	0,570	0,205	0,954	0,481
Itacurubá			0,416			0,664			0,373			0,211
Baão	0,340	0,465	0,457	0,393	0,497	0,609	0,480	0,525	0,554	0,157	0,374	0,208

Fonte: Quadro elaborado por COELHO *et al*, 2005.

Os autores do artigo fazem questão de perquirir o IDH dos municípios que tem participação na exploração mineral. Apesar dos desvios e

defasagem que podem ocorrer nesse tipo de análise, a medição do IDH continua sendo um bom medidor do desenvolvimento humano em seu aspecto geral.

Para COELHO (2005, p. 99) meta relevante é identificar correlações entre o desenvolvimento econômico-financeiro diferenciado dos municípios e os índices de desenvolvimento humano (IDH) municipal criados pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), em 1990. Esse índice resulta da combinação de três componentes básicos do desenvolvimento: a longevidade, medida pela expectativa de vida ao nascer; a educação, medida por uma combinação da taxa de alfabetização de adultos com a taxa agregada de matrícula nos níveis de ensino fundamental, médio e superior; a renda, medida pelo poder de compra da população baseado no PIB per capita (ver PNUD/IPEA, 1997). O índice-síntese de desenvolvimento é, portanto, uma combinação desses três índices, que variam de 0 a 1, ou seja, quanto mais próximo de 1 o valor desse indicador, maior será o nível de desenvolvimento do município considerado.

Segundo Coelho (2005, pp. 99-100) da análise do IDH-M relativo a 1970, período anterior à implantação das empresas na Amazônia, concluiu-se que existe reduzida diferenciação nos valores apresentados pelos diversos municípios estudados. Quanto aos dados relativos a 1980 e a 1991, verifica-se que os municípios-sede do projeto Jarí (Almeirim), da CVRD (Marabá) e da Eletronorte (Tucuruí) apresentaram valores superiores aos índices exibidos pelos municípios situados em seus arredores. Embora no geral esses dados resultem de uma melhora nos índices de longevidade e de educação, os valores maiores correspondem ao indicador de renda, expressando o aumento local no número de empregos. Todavia, os valores relativos à renda foram mais elevados em 1980 do que em 1991, quando a maioria dos projetos já tinha sido implantada. Nesses anos, o principal destaque nos valores de IDH-M relaciona-se com os municípios situados no arco Parauapebas-Marabá-Tucuruí.

A grande controvérsia de toda a questão sobre o índice de desenvolvimento humano, aqui falando especificamente sobre um dos índices que nos interessa: **educação**. Um problema que não pode ser olvidado é que a estrutura do IDH é contabilizada também pelas chamadas *company-towns* que são cidades construídas justamente para atender esses mega projetos que se instalaram na Amazônia (as *company towns* recebem mão

de obra intelectual, infraestrutura e recursos necessários, podemos dizer que é uma verdadeira Finlândia na selva amazônica!). Esse é um dos argumentos que podemos destacar acusando certo desvio da realidade nos índices de desenvolvimento humano, no nosso caso na educação.

COELHO (2005, p. 100-104) afirma que esses dados, particularmente no caso dos municípios-sede, escondem diferenciações internas a cada município. Os índices de desenvolvimento humano são exagerados pela presença das *company towns*, nas quais as condições de vida são superiores às da cidade normal e de seus distritos. De qualquer forma, esses municípios apresentam situações financeiras privilegiadas, resultantes não só, mas principalmente, dos recursos gerados pelos royalties (CFEM). Trata-se de uma conquista da Constituição de 1988 que, no entanto, não beneficia os municípios do entorno dos municípios-sede.

A título exemplificativo, no município de Parauapebas, sem esquecer também de dados de outros municípios que tem importância na extração mineral, é nítido que os dados arrecadados demonstram que o município consegue aumentar seus índices de desenvolvimento humano (educação) com números acima da média em comparação a outros municípios do Estado do Pará. Dentro da perspectiva da educação, o município de Parauapebas possui uma das maiores taxas de aprovação no ensino fundamental conforma dado obtido da FAPESPA.

Para Borges (2011, p. 64): “Os projetos minerais exercem neste contexto um papel de influência sobre o perfil socioeconômico dos municípios da região”, o qual é respaldado nos resultados do Município, concorrendo com a capital e estando acima da média do Estado. Com maior saldo de balança comercial do Pará, segundo a FAPESPA.

4º capítulo: Isenção de ICMS e Desenvolvimento Social

Os objetivos que foram propostos pela lei Kandir não conseguiram se consumir no Estado do Pará. Nenhum outro empreendimento no ramo da indústria mineral foi implantado nem mesmo ocorreu qualquer expansão relevante na produção mineral de exportação. Muito pelo contrário, pois, em alguns setores houve retração da produção (LIRA, 2003).

Não importa qual fosse a estratégia a ser utilizada para o desenvolvimento da Amazônia. A lógica, necessariamente, perpassava por um

procedimento externo aos interesses da região em si. Quem mais lucrava eram mineradoras através de um processo de vantagem comparativa.

Coelho (2005) explica que dois grupos de estratégias de modernização marcaram a história da Amazônia. Um deles consistiu na tentativa de estabelecimento de polos de crescimento econômico e de complexos industriais motrizes, o outro diz respeito aos esforços para estimular eixos estruturadores de desenvolvimento regional. Ambos se baseiam em postulados teóricos distintos. No primeiro grupo de estratégias, julga-se ser necessária a participação estatal para contra-arrestar dinâmicas produzidas pelo mercado, considerando-se que a modernização de certas regiões não ocorreria sem a ação do Estado. Já o segundo grupo integra estratégias de desenvolvimento regional baseadas no suposto da eficácia das dinâmicas de mercado. Mas em todos os casos trata-se de estratégias de modernização que privilegiem as vantagens comparativas e que, conseqüentemente, tendem a ser espacialmente seletivas e, portanto, concentradoras de mudanças sociais: nos primeiros casos, em torno de um polo, de um complexo industrial motriz; no último ao longo de um eixo.

Dando sequência ao padrão comum às economias de produção industrial, os acionistas da Albrás decidiram pela implantação das indústrias de transformação nas vizinhanças do porto de Barcarena, localizado próximo a Belém, capital do Estado do Pará, enquanto os acionistas de Alumar optaram pela área portuária de São Luís, capital do Estado do Maranhão. São Luís é o itinerário dos navios que seguem rumo aos mercados internacionais. Barcarena tinha a vantagem de estar localizada ao norte da hidrelétrica de Tucuruí, nas margens da baía do Marajó, onde deságua o rio Tocantins. A localização das indústrias nessa cidade facilitou a extensão dos linhões que se dirigem praticamente em linha reta de Tucuruí para esse município. Além do linhão de Tucuruí-Barcarena, outro se dirige para o sul, porém, à altura de Marabá, esse linhão bifurca-se. Uma de suas ramificações segue a direção Leste, descrevendo uma trajetória que o conduz a São Luís, com a finalidade de abastecer a Alumar de energia elétrica. (COELHO, 2005)

Fenômeno interessante que deve ser compreendido é a perspectiva sobre o espaço territorial desintegrado. A ideia do local, do regional e do nacional desintegrasse diante da perspectiva de um espaço internacional. A lógica da economia internacional não obedece às necessidades locais/

regionais/nacionais. Daí deriva-se um antagonismo de necessidades, pois, sobre um primeiro prisma a finalidade da desoneração era que o capital de empresas internacionais fosse utilizado para o desenvolvimento social do homem e da sociedade brasileira, o que na prática não ocorreu, já que as maiores beneficiadas foram as empresas exteriores.

Lira (2003) explica que se em um primeiro momento, isso foi fundamental para atrair os empreendimentos capitalistas para a região, em um segundo momento, pouco concorreu para dinamizar ou ampliar a produção industrial regional (estadual), pois a lógica ou os determinantes que influenciam o tipo de indústria que tem dinamizado a região são exógenos à economia nacional, regional ou local. Nada foi alterado em termos da produção industrial, mas os entes federativos estadual e municipal têm acumulado prejuízos financeiros, ao contrário de períodos anteriores de maneira que a Isenção de ICMS trazida pela Lei Kandir de nada tem de fato contribuído para o desenvolvimento do Estado do Pará, pois não tem trazido um desenvolvimento panorâmico, mas apenas concentrados naqueles detentores do capital sobre minérios as custas dos recursos financeiros

Conclusões

Sobre o **ponto de vista teórico** o desenvolvimento social está obtendo êxito com a exclusão do ICMS nos municípios paraenses que vivem da arrecadação minerária. Isso é comprovado pelos índices expostos. O estado do PARÁ e seus municípios são beneficiados diretamente através atividade minerária, gerando bons índices de desenvolvimento social.

Sob o **ponto de vista prático**, o desenvolvimento social não está obtendo êxito com a exclusão do ICMS nos municípios paraenses, devido a dois fatores. **Primeiro:** as *company-towns* são responsáveis por criar desvios nos índices de desenvolvimento humano (IDH), criando dessa forma uma realidade paralela e não real no município. **Segunda:** Esse falso desenvolvimento humano é constatado através dos municípios do entorno que possuem IDH menores e não auferem a mesma receita dos municípios que são sede dessas empresas de exploração mineral.

Não podemos olvidar que a mineração deve ser concebida sob o ponto de vista da harmonização do direito humano ao desenvolvimento e do direito econômico do desenvolvimento. Ou seja, o crescimen-

to econômico deve ser aliado ao desenvolvimento humano e ambiental (ATAÍDE, 2019).

Referências

ATAÍDE, Pedro. **Direito Minerário**. 2 ed. rev. Atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2019.

BERCOVICI, Gilberto. **Desigualdades regionais, Estado e Constituição**. São Paulo: Max Limonad, 2000.

BORGES, Fabrini Quadros; BORGES, Fabricio Quadro. **Royalties Minerais e Promoção do Desenvolvimento Socioeconômico: Uma análise do projeto Carajás no Município de Parauapebas no Pará**. Planejamento e Políticas Públicas – PPP – n.36 – jan/jun. 2011.

COELHO, Maria Célia Nunes, et al. *Regiões do entorno dos projetos de extração e transformação mineral na Amazônia oriental*. *Novos Cadernos NAEA*, Belém, v. 8, n. 2, p. 73-107, dez. 2005.

FAPESPA. Fundação de Amparo a Estudos e Pesquisas. **O impacto da lei Kandir na arrecadação do ICMS dos Estados de 1997 a 2016: Estimativas das Perdas com as Desonerações das Exportações de Produtos Primários e Semielaborados**. Belém, 2017.

REI, José Anijar Fragoso. **Benefícios fiscais do ICMS para a efetivação de direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

LIRA, Sérgio Roberto Bacury de. **A questão tributária e a problemática da arrecadação fiscal em decorrência da mineração industrial na Amazônia**. *Novos cadernos NAEA*, Belém, v.6, n.1, p. 27-64, jun. 2003.

PEREIRA, Carlos Patrício Freitas. **Geopolítica e o Futuro do Brasil: Amazônia Ocidental e Pantanal Comunidade Sul-Americana**. Rio de Janeiro: Biblioteca do Exército, 2007.

SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. Coimbra: Almedina, 2010.

SEN, Amartya. **Development as freedom**. Nova York: Alfred A. Knopf, 2000.

SMITH, Adam. **A riqueza das Nações: uma investigação sobre a natureza e as causas da riqueza das Nações**. São Paulo: Madras, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 32^o edição revista e atualizada. São Paulo: malheiros, 2009.

VASCONCELLOS, Marco Antonio Sandoval de. **Economia micro e macro**. São Paulo: Atlas, 2000.

ARTIGOS - CRIMES

HOMEM DE PRETO, QUAL É A TUA MISSÃO?

Jackeson dos Santos Lacerda

Leonardo Novo Oliveira Andrade de Araújo

Marcelo de Almeida Nogueira

1 INTRODUÇÃO

O Batalhão de Operações Policiais Especiais - BOPE é uma unidade especial que integra a Polícia Militar do Estado do Rio de Janeiro. Sua popularidade se expandiu à partir do início do ano 2000, quando as sociedades carioca e brasileira identificaram a unidade como protagonista em dois importantes eventos, responsáveis por toda a sua reestruturação e desenvolvimento que o elevaram à positiva referência militar internacional.

É notória a realidade de vulnerabilidade social de crianças e jovens em localidades carentes na cidade e no Estado do Rio de Janeiro. Muitas dessas pessoas se configuram em fácil “mão de obra” ao tráfico de drogas, principal fomentador de todas as categorias de crimes e de violência. Neste contexto, mesmo com toda a estrutura teórica disponível em treinamentos e estudos de alto nível, torna-se quase impossível identificar integralmente o agressor do policial em operações militares de combate à criminalidade. Em que pese a legislação brasileira, soberana frente ao conteúdo normativo internacional, asseverar que o agente representante do Estado pode agir em legítima defesa para repelir injusta agressão, atual ou **iminente**, a direito seu ou de outrem (artigo 25 do Código Penal Brasileiro), ainda assim, organismos nacionais e internacionais, tutelares dos direitos humanos, defendem que o policial somente deveria desferir seu primeiro tiro, após

certificar-se de que o agressor já o fez. Neste sentido, a teoria poderia se transformar na elevação do número de homicídios de policiais realizados por criminosos. Estes agem fora da lei. Realidade.

Alinhado ao respeito à legislação brasileira e concentrado no desenvolvimento da técnica sobreposta aos argumentos políticos, o BOPE transformou a imagem de truculência em parceiro da sociedade de bem, à qual defende. Sua integração com a sociedade evolui com a participação em programas sociais e contribuição na área da Educação. Neste contexto, abriu suas portas a instituições de ensino superior, sobretudo, ao curso de direito, cujos alunos regularmente visitam a sede do Batalhão e recebem informações acerca da filosofia militar e técnicas policiais, através de palestras e interação direta com os militares superiores da unidade que, ainda, acompanham o grupo em visita guiada à primeira e única comunidade pacificada integralmente na cidade do Rio de Janeiro, a favela Tavares Bastos, cujos moradores, hoje, são vizinhos e parceiros do BOPE. Na história recente, essa comunidade era dominada por traficantes e, atualmente, apresenta a impressionante marca estatística, para os padrões “carriocas”, de zero vitimização e letalidade policial.

2 A POLÍCIA MILITAR DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO - PMERJ

No início do século XIX, a política de expansão imposta pelo imperador francês, Napoleão Bonaparte, deslocou suas tropas para invasão a Portugal motivando, assim, a transferência da corte portuguesa para sua mais importante colônia, o Brasil. O príncipe regente, Dom João, desembarcou em Salvador no dia 22 de janeiro de 1808 e, posteriormente, instalou a corte na cidade do Rio de Janeiro, aonde chegou no dia 07 de março do mesmo ano e promoveu o início da reorganização estatal com a nomeação de ministros, no dia 11 de março.

Neste contexto, inicialmente a segurança pública colonial na província era exercida por um grupo constituído por agentes de polícia do reino português, conhecidos como “quadrilheiros”, que atuaram à serviço da coroa desde a Idade Média, na Europa, até o início do século XIX. Com o crescimento populacional em torno do paço, a residência oficial do soberano, o príncipe regente D. João criou a Divisão Militar da Guarda Real

da Polícia da Corte - DMGRP, o primeiro nome oficial designado para a Polícia Militar do Estado do Rio de Janeiro, em 13 de maio de 1809. Posteriormente, as reorganizações estruturais e políticas atribuíram novos nomes para a instituição, como Corpo de Guardas Municipais Permanentes (1831), Guarda Policial da Província do Rio de Janeiro (1835), Corpo Municipal Permanente da Corte (1842), Corpo Policial da Província do Rio de Janeiro (1844), Corpo Policial da Corte (1858), Corpo Policial Provisório da Província do Rio de Janeiro (1865), Corpo Militar de Polícia da Corte (1866), Força Militar do Estado do Rio de Janeiro (1889), Corpo Militar de Polícia do Município Neutro (1889), Regimento Policial da Capital Federal (1890), Brigada Policial da Capital Federal (1890), Força Policial do Distrito Federal (1905), Brigada Policial do Distrito Federal (1911), Força Pública do Estado do Rio de Janeiro (1920), Polícia Militar do Distrito Federal (1920), Polícia Militar do Estado do Rio de Janeiro (1947) e Polícia Militar do Estado da Guanabara (1960).

No ano de 1960, a capital do Brasil foi transferida da cidade do Rio de Janeiro para Brasília, ocasião em que a o antigo Distrito Federal foi transformado em Estado da Guanabara. A denominação sob a sigla PMERJ, como atualmente a conhecemos, permaneceu em todo o restante do Estado do Rio de Janeiro. A Lei Complementar número 20, de 1º de julho de 1974, determinou a fusão dos dois Estados, que passaram a constituir um único Estado do Rio de Janeiro, com capital na cidade do Rio de Janeiro. Ambas as corporações policiais-militares, fundidas, passaram então a compor a Polícia Militar do Estado do Rio de Janeiro - PMERJ.

3 O BATALHÃO DE OPERAÇÕES POLICIAIS ESPECIAIS

O Batalhão de Operações Policiais Especiais, também identificado através de sua sigla, BOPE, é uma força de operações especiais adstrita à Polícia Militar do Estado do Rio de Janeiro e diretamente subordinada ao Comando de Operações Especiais, COE. Os agentes desta unidade são policiais voluntários da PMERJ que, para ingresso, passam por rigorosíssimos treinamentos físicos e intelectuais, além de extrema severidade investigativa para comprovação de integridade moral e ilibada conduta pessoal e profissional em suas vidas pregressas. Em regra, 15% dos candidatos que iniciam o curso chegam ao seu final, os aptos para

se tornarem um “Caveira” ou um “Raio”, símbolos dos dois principais cursos da unidade.

Nos termos da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu artigo 144, a segurança pública é exercida através da polícia federal, polícia rodoviária federal, polícia ferroviária federal, polícias civis, polícias militares e corpos de bombeiros militares. Entretanto, apesar de dever do Estado, ela é direito e responsabilidade de todos. Ainda, de acordo com a Carta Magna, os membros dos Corpos de Bombeiros Militares e das Polícias Militares são militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, conforme o teor do artigo 42. Sendo assim, cabe à lei estadual específica dispor sobre as matérias disciplinadas no artigo 142, § 3º, da Constituição Federal. O § 5º do artigo 144, também atribui às polícias militares as atividades de polícia ostensiva e a “preservação da ordem pública”, fundamentando, assim, a constitucionalidade da existência do Batalhão de Operações Policiais Especiais - BOPE.

A Polícia Militar do Estado do Rio de Janeiro esteve diante da necessidade de criação e desenvolvimento de um grupo de policiais diferenciados e treinados especialmente para atuação em situações de altíssimo risco, assemelhadas a atividades de guerra. Isto aconteceu em 1974, após a rebelião e tentativa de fuga ocorrida no Instituto Penal Evaristo de Moraes, no bairro de São Cristóvão. A ocorrência, com diversas pessoas sendo tomadas como reféns, obteve um trágico final. Após investida da força policial, vários presos foram mortos além de um dos principais reféns, o Major Policial Militar Darcy Bittencourt, diretor do presídio.

Todas as características geográficas, problemas sociais e peculiaridades acerca das atividades criminosas na cidade do Rio de Janeiro, a torna *sui generis*. Sendo assim, após reflexões políticas e análises técnicas, o Boletim da Polícia Militar número 14, de 19 de janeiro de 1978, foi publicado estabelecendo a criação do Núcleo da Companhia de Operações Especiais - NuCOE, primeira nomenclatura atribuída ao atual BOPE.

O projeto inicial foi desenvolvido pelo Capitão PM Paulo César Amendola de Souza, que esteve presente na rebelião ocorrida em 1974, no presídio Evaristo de Moraes. Este projeto foi apresentado ao Comandante-geral da Polícia Militar do Estado do Rio de Janeiro, o Coronel Mário José Sotero de Menezes. Neste contexto, cerca de 30 policiais militares voluntários, comprovadamente íntegros moralmente e que possuíam em

seus currículos, cursos de especializações nas Forças Armadas do Brasil, foram alojados em 12 barracas de acampamento improvisado nas dependências do Centro de Formação e Aperfeiçoamento de Praças - CFAP, no bairro Sulacap. Esta foi a primeira turma do NuCOE, diretamente subordinado ao chefe do Estado-Maior da Polícia Militar do Estado do Rio de Janeiro, em suas realizações operacionais.

3.1 EVOLUÇÃO ATÉ O BOPE

A identidade atual do Batalhão de Operações Policiais Especiais - BOPE, começou a ser constituída através da criação do NuCOE, em 1978. Entretanto, desde a década de 1930 que o Estado do Rio de Janeiro passou a ter uma unidade de “polícia especial”. O BOPE da PMERJ é o precursor no Brasil, como a primeira unidade de operações especiais de polícia militar, consolidada como referência às demais coirmãs.

No ano de 1982 o NuCOE passou a ser denominado Companhia de Operações Especiais - COE e suas instalações foram transferidas para as dependências do Batalhão de Polícia de Choque - BPChq, situado no Regimento Marechal Caetano de Farias, no bairro do Estácio, próximo ao Centro do Rio de Janeiro. No ano da promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, 1988, o COE foi transformado em Companhia Independente de Operações Especiais - CIOE, assim permanecendo durante 3 anos. O Decreto Estadual 16.374, de 1 de março de 1991, por fim, criou a nomenclatura Batalhão de Operações Policiais Especiais - BOPE.

Desde a sua criação e desenvolvimento, até os dias atuais, o BOPE é uma unidade que pertence à Polícia Militar do Estado do Rio de Janeiro, sendo, portanto, regulado pela Lei Estadual nº 443, de 1º de julho de 1981. Entretanto, é destinado exclusivamente para atuação em demandas configuradas como situações extremas de combate, resgate, salvamento e demais operações classificadas como Especiais, dentro do perímetro territorial do Estado do Rio de Janeiro.

4 ANO 2000, UM DIVISOR DE ÁGUAS

Assim como o desfecho da operação policial para coibir a rebelião no Instituto Penal Evaristo de Moraes, em 1974, deu origem ao “embrião” do BOPE, o desfecho da ocorrência de 12 de junho de 2000,

que ficou conhecida como o sequestro do ônibus 174, deu origem a um “novo BOPE”.

Aproximadamente às 14:20 horas daquela segunda-feira, Sandro Barbosa do Nascimento, de 21 anos, embarcou no ônibus 174, na Rua Jardim Botânico, Zona Sul carioca. Trajando bermuda e camiseta, ele exibia, na cintura, um revólver calibre 38. Sandro pulou a roleta e sentou-se junto à janela. Minutos depois, com os passageiros assustados, um deles sinalizou, em socorro, para uma viatura policial que trafegava na mesma rua. Os dois policiais do patrulhamento ostensivo interceptaram o ônibus, que ficou parado no meio da rua e com as portas abertas. Motorista, cobrador e alguns passageiros conseguiram escapar. Entretanto, de arma em punho, o recalcitrante conseguiu tomar 10 pessoas como reféns.

O fato ocorreu próximo ao endereço da maior rede privada de TV do Brasil, que transmitiu, ao vivo, o sequestro. Com o ônibus cercado pela polícia, corpo de bombeiros, jornalistas, cinegrafistas, curiosos e pela equipe do BOPE, o sequestrador, acuado, efetuou um tiro contra um dos vidros do ônibus. Após várias horas de tensão e diálogos, na tentativa de demover Sandro de prosseguir com o ato criminoso, ele deixou o veículo sem demonstração de que se renderia, às 18:50 horas, com o cano da arma encostado na cabeça de uma refém, a professora Geísa Firmo Gonçalves, de 20 anos.

Policiais do BOPE se posicionaram estrategicamente no perímetro da ocorrência. O policial Santos, que durante todo o tempo permaneceu agachado à frente do coletivo e em posição de ação imediata, aproximou-se lateralmente a Sandro quando ele e a refém já estavam na calçada, parados. O policial alvejou o criminoso, que percebeu a ação e se movimentou no momento do disparo efetuado pelo agente do BOPE. Foi o suficiente para que o tiro atingisse, de raspão, o queixo da refém. Sandro desequilibrou-se e caiu efetuando 3 disparos contra as costas da professora Geísa, que não resistiu. O sequestrador foi dominado, preso e morto por asfixia, de acordo com o laudo oficial que atestou a causa da morte. Os policiais envolvidos diretamente nesta ação foram a julgamento e absolvidos.

A ocorrência do sequestro do ônibus da linha 174, que posteriormente mudou de número para 158, marcou profundamente a sociedade brasileira e principalmente, a instituição Batalhão de Operações Policiais Especiais.

4.1 REFERÊNCIA MUNDIAL EM RESGATE DE REFÊNS

O sequestro do ônibus 174 se transformou em um símbolo épico, que impulsionou a unidade para mudanças radicais, transformando-o em um “novo BOPE”, que conquistou autonomia funcional para a tomada de decisões em situações de crises extremas, se aperfeiçoou através de intercâmbios nacionais e internacionais de treinamentos táticos, de guerra e de guerrilha urbana e evoluiu constantemente seu aperfeiçoamento para ações específicas ao resgate de reféns. No mesmo ano do sequestro do ônibus 174, o BOPE criou uma Unidade de Intervenção Tática - UIT, exclusivamente para atuação no resgate de reféns.

A partir do ano de 2001, além de diversos reaparelhamentos modernizados, veículos blindados passaram a ser utilizados pelo BOPE auxiliando operações de incursão em localidades violentas, dominadas territorialmente pelo tráfico de drogas e pelo crime organizado. Logo esses veículos ficaram conhecidos como “Caveirões”, devido a insígnia do Batalhão estampada externamente. De acordo com o BOPE, a expressão “faca na caveira”, alusiva à insígnia, é uma representação da “vitória da vida sobre a morte”, é a “capacidade do ser humano de se superar, além da ousadia e coragem para cumprir as suas perigosas missões.”

Em dezembro de 2000, a unidade passou a ter instalações próprias. O prédio abandonado de um antigo hotel cassino, no topo da localidade onde está situada a favela Tavares Bastos, no bairro de Laranjeiras, Zona Sul da cidade do Rio de Janeiro, era, anteriormente, dominado por traficantes de drogas da região, que utilizavam o prédio como ponto de observação privilegiado. A ampla atuação do BOPE e de seus integrantes, para recuperação do imóvel, se configurou na ação estratégica que transformou a favela Tavares Bastos na primeira comunidade pacificada na cidade e no Estado do Rio de Janeiro, o que deu origem ao programa de segurança pública de implantação das UPPs - Unidades de Polícia Pacificadora, em todo o Estado. Essa realização confirmou que a relação polícia-favela pode ser saudável, desde que respeitados os direitos e deveres e permitido, através da segurança, todos os outros serviços públicos necessários ao desenvolvimento social de qualquer comunidade.

A ocorrência do ônibus 174 não é uma página esquecida na história do BOPE, ao contrário, é regularmente revisitada e reestudada com o objetivo

do constante aperfeiçoamento técnico, estrutural e humano capaz de superar, com êxito, todos os novos e futuros desafios que possam ser impostos por qualquer tipo de atividade criminosa, sobretudo, envolvendo reféns, cujas vidas devem sempre ser priorizadas para salvamento e incolumidade das vítimas. Neste contexto, o Batalhão de Operações Policiais Especiais da PMERJ se transformou em referência mundial em operações militares no campo da segurança pública, haja vista o constante ensinamento através de cursos e treinamentos ministrados e compartilhados com as principais forças militares do mundo, incluindo as Forças Armadas do Brasil, de países do Oriente Médio, Colômbia e Estados Unidos – as SWATs. Conceitos militares fundamentais para o sucesso de qualquer empreendimento como lealdade, destemor, integridade, idealismo, vitória, energia, coesão, união e ousadia – características descritas na letra da Canção do BOPE – são regularmente buscados pelas organizações empresarias da iniciativa privada, que também se inspiram nos resultados positivos obtidos pelo BOPE, como fonte de inspiração motivacional aplicada no universo corporativo.

Inúmeras são as ocorrências diárias nas quais o BOPE atua. Muitas, anônimas, registradas apenas nos anais oficiais. Entretanto, também é significativo o quantitativo de ocorrências positivamente históricas em favor, sobretudo, da sociedade, como na retomada do Complexo do Alemão. Dez anos após a ocorrência do ônibus 174, o BOPE já apresentava essenciais características de excelência, participando com sucesso do processo de retomada do complexo de favelas da Vila Cruzeiro e do Alemão, Zona da Leopoldina do município do Rio de Janeiro, famoso pelo domínio do tráfico de drogas e do crime organizado. A ação fez parte do planejamento de segurança pública para a Copa do Mundo de 2014 e Olimpíadas de 2016, ensejando um panorama político, acerca do qual, assim assevera Greco, Monteiro e Betini (2014, p. 300):

Os brasileiros contam com isso. O momento é de união. Já chegou a hora, na verdade, já passou da hora da população se levantar contra esses exterminadores do bem público. Poucos são os que, efetivamente, representam a sociedade que os escolheu.

As estatísticas oficiais do BOPE após a ocorrência do ônibus 174, até o ano de 2017, fundamentam seu posicionamento como referência inter-

nacional no resgate de reféns. É a unidade no mundo que mais realizou resgates durante 18 anos, de 2001 a 2017. Os números totalizam 93 ocorrências; 3 ocorrências em ônibus; 162 criminosos tomadores de reféns presos; 191 reféns (vítimas) resgatados sem ferimentos; nenhuma vida de refém ceifada. A exemplo disso, em agosto de 2019, o BOPE interveio no sequestro de um ônibus da linha 2520, Alcântara x Estácio, na Ponte Rio-Niterói, salvando a vida de todos os 39 reféns em poder do sequestrador, que ameaçou incendiar o veículo com os passageiros dentro.

5 TROPA DE ELITE

Em 2007 foi lançado no Brasil o filme de ficção *Tropa de Elite*, título alusivo ao Batalhão de Operações Policiais Especiais da PMERJ, o BOPE. O longa-metragem dirigido pelo cineasta José Padilha, que também escreveu parte do roteiro e dirigiu o documentário *Ônibus 174*, em 2002, é baseado no livro *Elite da Tropa*, lançado em 2006 e escrito por Luiz Eduardo Soares, André Batista, coronel e comandante do Batalhão de Polícia de Choque, e Rodrigo Pimentel, capitão do BOPE durante 5 anos.

A história se passa na década de 90 e retrata a cidade do Rio de Janeiro de acordo com aspectos de violência, tráfico de drogas, corrupção e atuação brutal por parte do BOPE. Apesar do sucesso do filme, a realidade da unidade é radicalmente oposta ao glamour artístico, uma vez que seu trabalho militar desenvolvido com inteligência para combater a criminalidade é pautado pela discricção, sigilo, legalidade e rigor em sanções aos desvios de conduta. O sucesso do filme trouxe popularidade à unidade, que participou de mais paradas militares de 7 de setembro, à partir de 2008.

Neste contexto, em algumas ocasiões, ativistas defensores de direitos humanos aproveitaram a presença da tropa para realizar manifestações, muitas delas assimilando como verdade, grande parte do conteúdo fictício apresentado no cinema. Acerca desses direitos, o BOPE é categórico em afirmar que atua de acordo com os ditames legais, entretanto, todos os seus agentes convivem diariamente com a rotina de poder estar frente a frente com criminosos fortemente armados e que sempre estão dispostos a dar o primeiro tiro, ou seja, no limite entre a vida e a morte. A linha tênue que separa a vida do policial da vida do criminoso surge em fração de segundos na qual o policial decide sobre sua ação ou reação imediata. É o

instante após o qual o policial continuará vivo ou entrará para a estatística de sucesso do crime contra os cidadãos de bem. O BOPE se utiliza da técnica. O resto é política.

Neste sentido, assim assevera o Coronel Wolney Dias Ferreira, comandante-geral da Polícia Militar do Estado do Rio de Janeiro (2017, s/n):

O Comando-Geral da PM não prioriza os confrontos, como alguns especialistas afirmam. Pelo contrário, estuda fórmulas para entendê-los e minimizá-los dentro dos limites impostos por um cenário desfavorável, no qual aparecem com destaque, além da crise econômica, o tráfico internacional de armas e uma desastrosa sensação de impunidade.

Em 2010 foi lançado o filme *Tropa de Elite 2: o Inimigo agora É Outro*. O BOPE, por sua vez, prosseguiu com os seus coturnos fixados na realidade, firmando novas e constantes parcerias de aperfeiçoamento e treinamento militar nacionais e internacionais, apoio político e institucional junto à Polícia Militar do Estado do Rio de Janeiro e ao Governo do Estado e enfrentando o exercício do dever com a convicção de que, hoje, é inimaginável a obtenção da harmonia e equilíbrio da segurança e da paz na cidade e no Estado do Rio de Janeiro, sem as atuações de combate do BOPE.

6 CONCLUSÃO

Quando se estuda o BOPE, chama a atenção o nível de comprometimento de seus integrantes com a sua missão social. Fato que demonstra esta assertiva é o narrado por Paulo Storani, Capitão veterano do BOPE, em seu livro “Vá e Vença” (2018, p. 172/173):

Em janeiro de 2011 o estado do Rio de Janeiro sofreu um dos piores temporais de sua história. A região serrana foi devastada, ceifando a vida de quase mil pessoas e desabrigando quase quarenta mil. A capital ficou sitiada pelos alagamentos, impedindo que milhares de pessoas chegassem ao trabalho, inclusive as forças públicas que deveriam ajudar na tragédia da serra. Não havia nenhuma tropa do Corpo de Bombeiros e

da Defesa Civil em situação de deslocamento para ajudar no socorro às vítimas, pelo fato de seus integrantes não conseguirem sair de suas casas ou de seus bairros para chegar às suas unidades. Da mesma forma ocorreu com a Polícia Militar.

Contudo, às oito da manhã desse fatídico dia, o comandante-geral da PM recebeu uma ligação do comandante do Bope informando que sua tropa estava pronta para subir a serra; bastaria a ordem. Homens, equipamento de socorro, viaturas e tratores do Bope estavam formados em coluna de comboio, e de prontidão. As primeiras fotos do socorro perpetradas por forças de apoio eram de policiais do Bope carregando crianças em meio à lama. Seus tratores, usados para romper barricadas montadas por traficantes nas favelas, agora abriam passagem pelas ruas de Nova Friburgo tomadas de detritos. Perguntando se aquela era uma missão do Bope, o comandante respondeu que sua missão era preservar a vida das pessoas, onde e em qualquer situação em que elas corressem perigo. Como esses policiais conseguiram chegar ao batalhão, situado em Laranjeiras, quando a maioria residia nos bairros mais prejudicados da periferia da cidade?

Diante do exposto concluímos que, apesar da existência de um “senso comum” propagador da ideia de que a missão do BOPE seria a de “ceifar vidas”, em contrassenso, a realidade fática do Batalhão de Operações Especiais é a de, em primeiro e principal objetivo, preservar vidas. Como a própria nomenclatura indica, o batalhão existe para realizar operações “especiais”, quais sejam, aquelas cujas execuções sejam impossíveis de serem realizadas por outros grupos com menor preparo técnico e sem as condições gerais necessárias para êxito nas missões.

A constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu art. 5º preconiza o direito à vida, principal bem jurídico tutelado pelo direito brasileiro. Sendo assim, os direitos e garantias fundamentais presentes no ordenamento jurídico pátrio encontram-se harmonizados com a filosofia técnica e jurídica do BOPE.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BATISTA, André; PIMENTEL, Rodrigo; SOARES, Luiz Eduardo. **A Elite da Tropa**. 1 ed. Rio de Janeiro: Editora Objetiva, 2006.

FERREIRA, Wolney Dias. **Coronel Wolney Dias Ferreira: reduzir confrontos armados**. O Dia - Opinião. 2017. Disponível em: <<http://odia.ig.com.br/opiniaio/2017-12-17/coronel-wolney-dias-ferreira-reduzir-confrontos-armados.html>>. Acesso em: 17/12/2017.

G1. **Especial sobre ônibus 174 lembra erro de PM e narra a vida de Sandro**. 2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2015/06/especial-sobre-onibus-174-lembra-erro-de-pm-e-narra-vida-de-sandro.html>>. Acesso em: 25/11/2017.

G1. **Ex-capitão: ‘Atirador do Bope ficou em depressão durante anos’**. 2010. Disponível em: <<http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2010/06/ex-capitao-atirador-do-bope-ficou-em-depressao-durante-anos.html>>. Acesso em: 12/11/2017.

GRECO, Rogério; MONTEIRO, André; BETINI, Eduardo Maia. **A retomada do Complexo do Alemão**. 1 ed. Niterói, RJ: Impetus, 2014.

PACHECO, Thiago. **Da Polícia Especial até o BOPE e a CORE: as polícias do Rio de Janeiro e o desenvolvimento de suas unidades de elite**. Cadernos do Desenvolvimento Fluminense, Rio de Janeiro, n. 3, nov. 2013. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/cdf/article/view/9343/7244>>. Acesso em: 02/12/2017.

RIO DE JANEIRO, Polícia Militar do Estado do. **BOPE - Batalhão de Operações Especiais**. 2017. Disponível em: <<http://www.pmerj.rj.gov.br/2015/10/bope-batalhao-de-operacoes-especiais/>>. Acesso em: 29/10/2017.

STORANI, Paulo. **Vá e Vença**. 1 ed. Rio de Janeiro: Best Seller, 2018.

FEMINICÍDIO: A MÁXIMA EXPRESSÃO DE VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER

Tamiris Leszkiewicz de Carvalho Cruz

1 INTRODUÇÃO

Quando a mulher é morta por alguém motivado por esse sentimento de propriedade sobre ela, por um homem que quis se vingar após uma rejeição ou por alguém que a odiava pelo simples fato de ela ser mulher, é preciso, sim, distinguir o caso como feminicídio. Durante a existência humana, nunca, em cultura alguma houve igualdade. A mulher sempre foi vista como objeto, sempre foi surrada pelo marido quando ela não o agradava, sempre foi mal vista quando não seguia seus estigmas; é incomum casos em que uma mulher matou/mata um homem próximo a ela, somente por ele ser homem; este nunca foi tratado como objeto da mulher.

O intento é exatamente fazer com que a sociedade perceba o quanto o índice de mortes de mulheres, por sinal absurdo, ainda são altíssimos, em pleno século 21. Este fato não significa o desprezo pela morte de um homem. A sociedade feminina clama pela igualdade, pelo direito de ir e vir, pelo tratamento respeitoso, independente de cor, classe, etnia; independente de onde ela pertença, seja socialite, seja da periferia. Tratar como feminicídio para que haja reparação e consciência de que o patriarcado não mais prevalecerá.

Grandes partes dos motivos estão relacionadas com o machismo e o sentimento de posse e de autoridade que os homens tentam impor às mulheres que fazem parte, de alguma maneira mais íntima ou não, do seu círculo social, alguns dos motivos são: ciúmes, sensação de posse, des-

prezo, sentimentos de perda, pensar que a mulher lhe deve submissão e obediência ou que pode controlá-la. A frase icônica para esses tipos de crimes se resumem em “a mulher é morta simplesmente por ser mulher”.

O feminicídio e a Lei Maria da Penha foram regulamentados para garantir alguns direitos e para proteger em especial as mulheres, como forma de diminuir a violência a homicídio contra as mesmas, mas a questão é: será que essas leis de garantia de proteção estão sendo mesmo eficazes? É o que o presente artigo irá fundamentar.

2 METODOLOGIA

A metodologia usada para alcançar os objetivos propostos neste artigo, a fim de trazer os principais conceitos e estatísticas serão com base em estudo a partir das jurisprudências, doutrinas, reportagens, bem como o ambiente virtual (internet).

3 SEÇÕES DO DESENVOLVIMENTO

3.1 DA ANTIGUIDADE AOS DIAS ATUAIS

O Brasil vem de uma cultura que naturalizou a violência contra a mulher durante muitos anos. É um processo histórico e cultural desde a época do Brasil Colônia. Na época do Brasil colônia, o homem tinha direito de aplicar castigos corporais na mulher se ela estivesse com a suspeita de adultério, isto estava na legislação daquela época. No código civil de 1916, a mulher precisava da autorização do marido para poder trabalhar e era considerada relativamente incapaz. Percebe-se a desigualdade histórica dessas relações assimétricas entre homens e mulheres.

Diversas realidades horríveis que a mulher já passou na história da humanidade, como por exemplo, na idade média existiam práticas terríveis de punição, quando uma mulher casada era flagrada traindo seu marido, os métodos de tortura eram o estripador de mama e a “gota da angústia”. O estripador era utilizado para mutilar os seios da mulher e a “gota da angústia” era um instrumento inserido nas partes íntimas para rasgar a pele.

Uma das práticas mais conhecidas era das mulheres queimadas vivas na fogueira por serem consideradas bruxas, e, além disso, eram culpadas pelas epidemias e catástrofes naturais sofrendo diversos tipos de torturas.

Em Roma, as crianças que nasciam com alguma deformidade física, as mães tinham duas escolhas: matá-las ou abandoná-las.

Outra prática de tortura que vale a pena ser citada é a mutilação das genitálias femininas, onde países como a Indonésia, Egito e Etiópia concentram metades das vítimas dessa prática, pois acreditam ser essencial para a reputação de uma jovem e suas futuras chances de casamento, além disso, as partes retiradas são consideradas impuras.

Observa-se que na história da humanidade eram muito comuns essas práticas de crueldade e que refletem até hoje na sociedade.

3.1.1 VIOLÊNCIA CONTRA O SEXO FEMININO

A violência contra as mulheres constitui-se em umas das principais formas de violação de direitos humanos. Deste modo, faz-se necessário apresentar o conceito de violência,

Violência, em seu significado mais frequente, quer dizer uso da força física, psicológica ou intelectual para obrigar outra pessoa a fazer algo que não está com vontade; é constringer, é tolher a liberdade, é incomodar, é impedir a outra pessoa de manifestar seu desejo e sua vontade, sob pena de viver gravemente ameaçada ou até mesmo ser espancada, lesionada ou morta. É um meio de coagir, de submeter outrem ao seu domínio, é uma violação dos direitos essenciais do ser humano. Assim, a violência pode ser compreendida como uma forma de restringir a liberdade de uma pessoa ou de um grupo de pessoas, reprimindo e ofendendo física ou moralmente (TELES, 2003, pág. 15, grifos nossos).

Geralmente, a violência entre as pessoas segue um padrão de agressão. A agressão começa de uma forma repetitiva, começa com um nervosismo, depois com o passar do tempo começa a violência psicológica, logo vem às agressões físicas e por último podendo chegar até a morte.

Desse modo, o feminicídio se caracteriza pelas seguintes situações: Agressões verbais, agressões psicológicas, agressões físicas, agressões sexuais, cárcere privado, estupro, mutilações, escravidão sexual, humilhações, perseguições, crimes de honra, torturas e misoginia.

Portanto, alguns modos contribuem para a prática da violência contra a mulher, sendo estes: o silêncio das mulheres agredidas, a falta de punição dos agressores, pessoas que não se metem na relação pois acham que não é da sua conta, a inferioridade das mulheres e a transformação das vítimas em culpadas. Portanto, a violência contra a mulher representa um verdadeiro desrespeito aos direitos e garantias fundamentais da mulher, colocando-se como um obstáculo para a efetivação de uma série de princípios constitucionais, tais como a dignidade da pessoa humana, da igualdade, da liberdade, dentre outros.

3.1.1.1 OS TIPOS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER

a) **Violência Física:** Para Marisa Gasparly (2000), a violência física é qualquer ação ou omissão que ofenda a integridade física. Por exemplo, quando o corpo é agredido com beliscões, tapas, socos, empurrões ou qualquer outro golpe dado com um objeto.

b) **Violência Sexual:** É qualquer ação que obrigue uma pessoa a manter contato sexual físico com o uso da força, intimidação, coerção, chantagem, suborno, manipulação, ameaça ou qualquer outro meio que limite a vontade pessoal.

c) **Violência Psicológica:** É qualquer ação ou omissão destinada a controlar ações, comportamentos, crenças e decisões de uma pessoa, por meio de intimidação, manipulação, ameaça, humilhação, isolamento ou qualquer outra conduta que implique prejuízo à saúde psicológica.

d) **Violência Moral:** É qualquer ação destinada a caluniar, difamar ou injuriar a honra ou a reputação de alguém.

e) **Violência Patrimonial:** Qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores, direitos e recursos econômicos.

3.2 PREOCUPAÇÃO DO AUMENTO DE ASSASSINATOS CONTRA A MULHER NO BRASIL MOTIVA DEBATE NA COMISSÃO DE DIREITOS HUMANOS

Com o aumento do feminicídio, foi debatida recentemente em audiência pública da Comissão de Direitos Humanos (CDH) que o pro-

blema não se refere somente às mulheres e sim afeta toda a sociedade. Na audiência foram citados números fornecidos pela Secretaria da CDH, segundo os quais, em 76% dos casos de feminicídios, os agressores são o atual ou o ex-companheiro das vítimas, motivados pelo inconformismo com o fim do relacionamento.

— *Os dados são alarmantes e até pedi confirmação da assessoria para saber se é isso mesmo, porque é muito preocupante: a cada dois segundos, uma mulher é agredida no país, e isso se refere a todo tipo de violência* — disse Senador Paulo Paim.

Percebe-se que mesmo com as leis para combater a violência e até mesmo o feminicídio, os casos vêm aumentando a cada ano, o que nos prova que é preciso de uma educação mais forte a respeito disso, e que o problema deve ser tratado desde o princípio, ou seja, na infância, pois é nessa fase que é construído o caráter, a personalidade do indivíduo e sua ética.

3.2.1 PESQUISA SOBRE O AUMENTO DA VIOLÊNCIA E O FEMINICÍDIO

De acordo com estudo da Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe (Cepal), vinculada à Organização das Nações Unidas (ONU), a cada dez feminicídios registrados em 23 países da região em 2017, quatro ocorreram no Brasil. Naquele ano, pelo menos 2.795 mulheres foram assassinadas, das quais 1.133 no Brasil.

Já o Atlas da Violência 2018, publicado pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea) e o Fórum Brasileiro de Segurança Pública, apontou uma possível relação entre machismo e racismo: a taxa de assassinatos de mulheres negras cresceu 15,4% na década encerrada em 2016. Ao todo, a média nacional, no período, foi de 4,5 assassinatos a cada 100 mil mulheres, sendo que a de mulheres negras foi de 5,3 e a de mulheres não negras foi de 3,1.

De acordo com a G1 de São Paulo, casos de feminicídio aumentaram 44% no primeiro semestre de 2019 no estado de São Paulo, onde 73% dos casos ocorreram dentro de casa, segundo os dados da Secretaria de Segurança Pública.

Já o número de feminicídio no Brasil cresceu 4% nos últimos 12 meses, é notório que o ano 2019 está sendo um dos números mais altos, segundo o Senado notícias. E pelo menos três mulheres são assassinadas,

vítimas de feminicídio, todos os dias no Brasil. Vale ressaltar que a cada dois segundos, uma mulher é agredida no país.

O Brasil é o quinto do ranking com a maior taxa de feminicídio do mundo, segundo a Organização Mundial de Saúde (OMS), o que é muito assustador para um dos países que mais prezam pela igualdade e democratização.

3.3 CONSEQUÊNCIAS EMOCIONAIS DAS CRIANÇAS QUE PRESENCIAM A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

Uma triste realidade é saber que muitas crianças presenciam diversos tipos de violência contra, por exemplo, sua mãe. O pai, que é um ser humano visto pelo filho como o defensor da família, acaba virando um monstro. Diversos psicólogos alertam que posturas de violência dentro de casa, pode afetar o psicológico da criança, como por exemplo, ter mais ansiedade, resultando em efeitos físicos causados por tensão (dor de cabeça, úlceras, problemas com a fala); sentimento de culpa, por não poder ajudar sua mãe; baixa autoestima; medo; depressão; medo de ir à escola; vulnerabilidade à delinquência; comportamentos agressivos; uso de drogas, bebidas e fumo.

A presença dos filhos no cenário violento, impôs ao legislador a determinar o aumento de tempo da sanção ao agressor, se o homicídio for executado na presença de descendente ou ascendente da vítima (art. 121, §7º, III do Código Penal), ou se for concretizado durante a gestação ou até três meses após o parto (art. 121, § 7º, I do Código Penal), pois o legislador entendeu que a gestação é um período de extrema fragilidade da mulher.

Percebe-se que vira um ciclo, talvez o começo de todo o problema com a violência doméstica se vê na infância e se prolonga na fase adulta.

3.4 ATUAÇÃO DO ÓRGÃO JUDICIÁRIO PARA O CASO

Além das medidas previstas em lei (arts. 22,23 e 24), o juiz poderá adotar outras medidas que se mostrem mais adequadas às particularidades de cada situação de violência contra a mulher, analisemos:

- a) Determinar, por prazo certo, a inclusão da mulher em situação de violência doméstica e familiar no cadastro de programas assistenciais do governo federal, estadual e municipal (art. 9º, §1º);

- b) Assegurar à mulher acesso à remoção quando servidora pública e a manutenção do vínculo de trabalhista quando necessário o deslocamento do local de trabalho por até seis meses (art. 9º, §2º);
- c) Designar audiência destinada à verificação da renúncia à representação (art. 16);
- d) Processar e julgar os casos relativos à violência doméstica e familiar contra a mulher, sendo vedada aplicação de cestas básicas, prestação pecuniária ou que implique pagamento isolado de multa (art. 17);
- e) Decidir sobre as medidas protetivas em até 48 horas, encaminhar a vítima à Defensoria Pública e comunicar ao Ministério Público (art.18);
- f) Decretar, quando for o caso, a prisão do agressor (art.20).

3.4.1 A IMPORTÂNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA O CASO

O Ministério Público atua como mero fiscal da lei, ou seja, como *custos legis* (art.25). É sempre parte nas causas criminais e naquelas relacionadas com a violência doméstica e familiar contra a mulher.

A Lei Maria da Pena trouxe uma maior responsabilidade ao Ministério Público, atribuindo-lhe as seguintes incumbências:

- a) Requisitar força policial e serviços públicos de saúde e educação, e de assistência social e de segurança, entre outros;
- b) Fiscalizar os estabelecimentos públicos e particulares de atendimento à mulher em situação de violência doméstica e familiar, e adotar, de imediato, as medidas administrativas ou judiciais cabíveis no tocante a quaisquer irregularidades constatadas; e
- c) Cadastrar os casos de violência doméstica e familiar contra a mulher (art.26).

Vale lembrar que o caso de violência doméstica é de Ação Penal Pública Incondicionada, ou seja, não depende da prévia manifestação de qualquer pessoa para ser iniciada.

3.5 ÚLTIMO PATAMAR DA VIOLÊNCIA: O FEMINICÍDIO

O feminicídio é a instância última de controle da mulher pelo homem: o controle da vida e da morte. Ele se expressa como afirmação irrestrita de posse, igualando a mulher a um objeto, quando cometido por parceiro ou ex-parceiro; como subjugação da intimidade e da sexualidade da mulher, por meio da violência sexual associada ao assassinato; como destruição da identidade da mulher pela mutilação ou desfiguração de seu corpo; como aviltamento da dignidade da mulher, submetendo-se a tortura ou a tratamento cruel ou degradante (BRASIL, 2013, P. 1003, grifos nossos).

A Lei 13.104/15 alterou o código penal do Brasil para incluir o feminicídio como uma forma de crime hediondo. Isto é, quando um crime for praticado contra uma mulher tendo como causa a razão da condição enquanto sexo feminino, o agressor responderá judicialmente por um crime de natureza hedionda. Sendo assim, a Lei do feminicídio traz uma nova modalidade de homicídio qualificado.

Vale lembrar que os crimes hediondos são crimes inafiançáveis e insuscetíveis de anistia, graça e indulto.

A Lei 11.304/06 não fora suficiente para diminuir a violência doméstica, então se fez necessário à inclusão de uma nova lei no código penal, a Lei 13.104/15, pelo qual qualifica o homicídio da mulher, com a nova figura chamada feminicídio.

Os assassinatos são a expressão mais grave da violência contra as mulheres e alguns desses crimes foram catalisadores das manifestações feministas no início dos anos 1980, tornando-se posteriormente a principal bandeira de luta dos movimentos feministas e de mulheres. (CORRÊA, 1981, 1983; BARSTED, 1994).

A Lei do feminicídio não enquadra, indiscriminadamente, qualquer assassinato de mulheres como um ato de feminicídio. O desconhecimento do conteúdo da lei levou diversos setores, principalmente os mais conservadores, a questionarem a sua implementação no código penal.

Quando o assassinato de uma mulher é decorrente, por exemplo, de latrocínio (roubo seguido de morte) ou de uma briga entre desconhecidos, não há a configuração de feminicídio.

Por se tratar de uma forma qualificada de homicídio, a pena para o feminicídio é superior à pena prevista para os homicídios simples. Enquanto um condenado por homicídio simples pode pegar de 6 a 20 anos de reclusão, um condenado por feminicídio pode pegar de 12 a 30 anos.

Pode-se, portanto, analisar diversas decisões onde repudia a conduta do agressor, onde o Habeas Corpus, que é uma ação para a proteção da liberdade de locomoção dos indivíduos, é denegado, exemplo:

PROCESSUAL PENAL E PENAL. HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. HOMICÍDIO QUALIFICADO. FEMINICÍDIO. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. HABEAS CORPUS DENEGADO. 1. Apresentada fundamentação concreta para a decretação da prisão preventiva, evidenciada na gravidade do crime, o crime imputado ao ora denunciado é gravíssimo, delito de homicídio consumado qualificado pelo motivo torpe, emprego de meio cruel, por usar de recurso que dificultou a defesa da vítima e por motivo da condição do sexo feminino da vítima, e ainda, provocou aborto sem o consentimento da gestante, e na fuga do paciente do distrito da culpa, não há que se falar em ilegalidade. 2. Habeas corpus denegado.

(STJ- HC: 435532 SP 2018/0023552-8, Relator: Ministro NEFI CORDEIRO, Data de Julgamento: 21/08/2018, T6 – SEXTA TURMA, Data da publicação: DJe 03/09/2018), grifos nossos.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após toda a análise do presente artigo, percebe-se a evolução do nosso país referente à direitos humanos e de igualdade, porém não está sendo o suficiente para a extinção de crime tão cruel contra as mulheres que é o de feminicídio. Nas reformas penais podemos observar que em alguns casos, o legislador é remetido a imaginar novas penas, novos crimes, pois não tem resolvido o problema da violência doméstica e nem do crime de feminicídio por ser um fenômeno complexo.

A punição embora seja necessária na sociedade também se deve atentar no processo educativo nas relações sociais, onde colocassem valores sociais desde o seu princípio. A ética, a moralidade e os costumes são princípios contidos na Constituição Federal que compõem os valores das sociedades, e necessitam urgentemente de reforços.

A Lei do Femicídio têm um agravante na pena, já a Lei Maria da Penha pune os infratores que têm violência doméstica contra a mulher, um caráter simbólico das normas jurídicas, pois garantem a efetivação da igualdade entre os gêneros e a dignidade da pessoa humana. Assim, a luta da legislação para erradicar essa violência e combater o crime de feminicídio mostra um avanço da sociedade em geral.

Como afirmam algumas teorias feministas, a origem dessa violência está na cultura patriarcal que ainda permeia em nossa sociedade. Esse tipo de cultura só pode ser revertido com políticas que incentivam a igualdade de gênero, o respeito, a fiscalização das leis e a educação.

Vale refletir em nossas crianças, pois estas são o nosso futuro, se tiver uma política voltada para esse tema nas escolas será de suma importância, tendo em vista que nessa fase é a fase onde concretizamos a nossa moralidade. De acordo com os psicólogos, a criança que presencia atos de violência em seu lar é mais propensa a ser um adulto violento e repetir essas atitudes no futuro, formando um ciclo vicioso.

Por fim, deve-se continuar nessa batalha para erradicar a violência em todo o mundo, já evoluímos bastante, mas pode-se melhorar ainda mais. Conclui-se que, através dessa pesquisa, os objetivos não foram totalmente alcançados, sendo necessários outros meios a mais para uma possível solução desse problema.

5 REFERÊNCIAS

- . LEI MARIA DA PENHA. Lei N° 11.340, de 7 de Agosto de 2006.
- . LEI DO FEMINICÍDIO. Lei N° 13.104, de 9 de Março de 2015.
- . STJ- HC: 435532 SP 2018/0023552-8, Relator: Ministro NEFI CORDEIRO, Data de Julgamento: 21/08/2018, T6 – SEXTA TURMA, Data da publicação: DJe 03/09/2018.

- TELES, Maria Amélia de Almeida. MELO, Mônica de. O que é violência contra mulher. São Paulo: Brasiliense, 2003.
- MENDONÇA, Ana Cristina. DUPRET, Cristiane. Penal Teoria e Prática, 7ª edição, editora Juspodivm, pág. 117.
- CORRÊA, M. Os crimes da paixão. (Coleção Tudo é História). São Paulo: Editora Brasiliense, 1981.
- BARSTED, L.L. Lei Maria da Penha: uma bem-sucedida experiência de advocacy feminista. In: CAMPOS, C. H. de (Org.). Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 13-37, 2011.
- CORRÊA, Rúbian Coutinho. Cartilha copevid- O enfrentamento à violência doméstica e familiar contra a mulher: uma construção coletiva. Disponível em: <http://p-web01.mp.rj.gov.br/Arquivos/viol_domestica/2385_a.pdf>. Acesso: 05 out. 2019.
- PORFÍRIO, Francisco. Feminicídio: o que é, lei, casos no Brasil e tipos - Brasil Escola Disponível em: <<https://brasilecola.uol.com.br/sociologia/feminicidio.htm>> Acesso: 05 out. 2019-10-05.
- ACAYABA, Cíntia. ARCOVERDE, Léo. Casos de feminicídio aumentam 44% no primeiro semestre de 2019. Disponível em: <<https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2019/08/07/casos-de-feminicidio-aumentam-44percent-no-1o-semester-de-2019-em-sp.ghtml>> Acesso: 05 out. 2019.
- AGÊNCIA SENADO. Preocupação com aumento de feminicídios no Brasil motiva debate na CDH. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/06/17/preocupacao-com-aumento-de-feminicidios-no-brasil-motiva-debate-na-cdh>> Acesso: 01 out. 2019.

A RELEVÂNCIA DA TRAUMATOLOGIA NA ELUCIDAÇÃO DE CRIMES

Jean Carlos Kuss

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa visa promover um estudo acerca da importância da traumatologia na elucidação do crime, de que forma esse ramo da medicina legal vem auxiliando nas perícias criminais para que a justiça possa se aproximar da verdade ocorrida no local do crime.

A traumatologia forense é ramo que estuda as lesões presentes no corpo da vítima, causadas por energias das mais variadas ordens, a análise desses traumas pode apurar a forma de como processou-se a morte da vítima.

Cada vez mais o direito recorre para essas ciências na busca da aproximação máxima da verdade real sobre o fato criminoso, buscando promover, dessa forma, a punição mais justa do agente causador.

Busca-se através deste artigo, apontar a forma que traumatologia pode auxiliar na elucidação do crime e qual a sua importância para o processo criminal.

Nos crimes cometidos contra a vida, às lesões deixadas no corpo da vítima são de extrema importância para a medicina legal, que através de laudos, cede informações necessárias aos operadores de Direito, que tomam conhecimento dos fatos para conduzirem da melhor forma os atos processuais que lhe interessarem.

No Brasil é grande o número de crimes cometidos contra a vida diariamente e nem sempre é possível, de imediato, a elucidação do mesmo visto que em sua grande maioria trata-se de crimes dolosos e o agente

momentaneamente abandona o local, restando para a autoridade policial à apuração do crime.

1 TEORIA GERAL DO CRIME

O conceito de crime, para o Direito Penal brasileiro é essencialmente jurídico, pois o Código Penal não trás qualquer definição de crime, sendo dessa forma definido pela doutrina.

Durante anos os doutrinadores tentaram fornecer esse conceito de delito, neste estudo interessa analisar de forma mais detalhada os conceitos mais difundidos e mais presentes nas doutrinas atuais, crime formal, material e analítico. (GRECO – 2015)

1.1.1 Conceito de Crime Formal

Sob o aspecto formal leciona Fernando Capez, é o crime que resulta da mera subsunção da conduta, portanto considera-se crime tudo aquilo que o legislador assim o descreve, pouco importando o seu conteúdo. Considerar a existência do crime sem levar em conta sua lesividade material afronta o princípio da dignidade humana, um princípio constitucional. (CAPEZ – 2010)

Para Júlio Frabbrini Mirabete, a respeito do crime formal, crime é o fato humano contrário à lei; crime é qualquer ação legalmente punível; crime é toda ação ou omissão proibida pela lei sob a ameaça de pena; crime é uma conduta contrária ao Direito, a que a lei venha atribuir uma pena. Demonstrando dessa maneira que crime é contradição do fato a uma norma de Direito. (MIRABETE – 2007)

Damásio caracteriza o crime sob o aspecto formal da seguinte forma:

Para que haja crime é preciso, em primeiro lugar, uma conduta humana positiva ou negativa (ação ou omissão). Mas nem todo comportamento do homem constitui delito. Em face do princípio de reserva legal, somente os descritos pela lei penal podem assim ser considerados. Portanto, p, ex., a subtração de coisa com a simples intenção de usa-la (furto de uso) é fato irrelevante para a nossa legislação penal, pois não se subsume à norma penal incriminadora do

art. 155. Falta-lhe o fim assenhramento definitivo (*o animus rem sibi habendi*), contido na expressão “para si ou para outrem”. Sem ele o fato não se ajusta à norma. É atípico. Dessa forma, somente o fato típico, i .e., o fato que se amolda ao conjunto de elementos descritivos do crime contido na lei, é penalmente relevante. A esfaqueia B, matando-o. o sujeito, por meio de uma ação, lesou um bem jurídico, qual seja, a vida de um homem. A conduta de A, portanto, deve corresponder a um fato que a lei penal descreve como crime. Visto o CP, encontramos, no art. 121, caput, o fato de *matar alguém* como o *nomen juris* “homicídio simples”, a que o legislador comina a pena de seis a vinte anos de reclusão. Há assim o fato que se subsume a uma norma penal incriminadora, que se denomina *fato típico*. É este o primeiro requisito do crime. (JESUS – 2011)

1.1.2 Conceito de Crime Material

Ensina Mirabete que crime material, é a conduta humana que lesa ou expõe a perigo o bem jurídico protegido por lei penal; crime material é a ação ou omissão que, a juízo do legislador, contrasta violentamente com os valores ou interesses do corpo social, de modo a exigir seja proibida sob ameaça de pena, ou que seja considerado afastável somente através da sanção penal; crime é qualquer fato do homem, lesivo de um interesse, que possa comprometer as condições de existência, de conservação e de desenvolvimento da sociedade. (MIRABETE – 2007)

1.1.3 Conceito de Crime Analítico

Bitencourt trás o aspecto histórico da elaboração do conceito analítico de crime ao citar que teve seu início em 1833 com Carmignani que diz que a composição da ação delituosa é formada pelo concurso de uma força física e de uma força moral, na força física se encontraria a ação executora do dano material e na força moral se encontraria a culpabilidade. Essa construção levou ao sistema bipartido do conceito clássico de crime e perdurou até o surgimento do sistema clássico *Liszt – Beling* (BITENCOURT – 2010)

Existe uma certa imprecisão sobre o período de surgimento do conceito analítico mais o certo é que sua elaboração veio a ser decisiva para completar a de Beling, com a introdução do elemento *tipicidade*, então

passou-se a definir crime como a *ação típica, antijurídica e culpável*. (BITENCOURT – 2010)

Segundo Rogério Greco, a função do conceito analítico é a análise dos elementos e características que integram o delito sem fragmentá-lo, o crime deve ser visto como unitário e indivisível. Ou o agente comete o delito (fato típico, antijurídico e culpável) ou o fato por ele praticado virá a ser um indiferente penal. (GRECO – 2015)

1.1.4 Crime doloso, culposo e preterdoloso

Com previsão no art. 18 do Código Penal, como crime doloso entende-se, aquele que o agente, quer ou assume o risco de produzir o resultado. (DAMASIO – 2011)

Nessa espécie de crime, o dolo é o elemento psicológico da conduta, de forma que logo, o dolo é um elemento do fato típico. (CAPEZ – 2011)

Para Capez “Conceito de dolo: é a vontade e a consciência de realizar os elementos do tipo legal. Mais amplamente, é a vontade manifestada pela pessoa humana de realizar a conduta. (CAPEZ – 2011)

2 TRAUMATOLOGIA

Ensina França:

A *traumatologia* ou *lesonologia Médico-Legal* estuda as lesões e estados patológicos, imediatos ou tardios, produzidos por violência sobre o corpo humano, nos seus aspectos do diagnóstico, do prognóstico e das suas implicações legais e sócio – econômicas. Trata também das diversas modalidades causadoras desses danos. (FRANÇA – 2004)

Este ramo da medicina legal tem por objeto de estudo as lesões produzidas na vítima. Para a doutrina penal lesão é a consequência de um ato de violência, que produz direta ou indiretamente dano a integridade física ou a saúde de outrem ou responsável pelo agravamento da lesão já existente. (PEREIRA – 2004)

As lesões podem ser causadas das mais variadas formas, essas são classificadas quanto a energia que as produziu, sendo elas: energias de ordem mecânica, física, química, físico-química, bioquímica, biodinâmica ou de ordem mista. (FRANÇA – 2004)

2.1 ENERGIAS DE ORDEM MECÂNICA

São energias capazes de alterar o estado de repouso de um corpo, produzindo neste, lesões em partes ou no total. Os meios mecânicos são os mais variados possíveis, desde armas (revolveres, punhais, soqueiras) armas naturais (pés, punhos) até os mais variados meios (veículos, quedas, explosões). (FRANÇA – 2004)

2.1.1 Lesões produzidas por ação perfurante

São as lesões causadas por qualquer instrumento capaz de produzir lesão punctória, esses instrumentos possuem forma cilíndrica- cônica, são alongados, pontiagudos e finos, como alfinetes, agulhas, pregos, entre outros, atuando por pressão através da ponta causando o afastamento das fibras dos tecidos. (PEREIRA – 2015)

2.1.2 Lesões produzidas por ação cortante

Lesões causadas por instrumento capaz de produzir ferida incisa, quando atuam sobre a pele, como navalhas, canivetes, facas de gume cerrado, agem por deslizamento e pressão, produzindo a secção uniforme dos tecidos. As lesões possuem bordas nítidas, há ocorrência de hemorragia, corte dos tecidos moles, verifica-se que não há trauma em torno da lesão. (PEREIRA – 2015)

2.1.3 Lesões produzidas por ação contundente

Lesões causadas por objeto capaz de agir causando trauma sobre o organismo são os maiores causadores de danos, pois, sua ação é quase sempre produzida por um corpo de superfície, e suas lesões mais comuns se verificam externamente. Agem por explosão, pressão, deslizamento, percussão, compressão, descompressão, distensão, torção, contragolpe ou de forma mista. (FRANÇA – 2004)

2.1.4 Lesões produzidas por ação Pérfuro-cortante

São as lesões produzidas por energia cinética de pressão, através de sua ponta, e por deslizamento através de seus gumes (facas) que secciona o tecido causando a lesão perfuroincisa. (BITTAR – 2015)

2.1.5 Lesões produzida por ação Corto-contundente

São as lesões produzidas por objetos que possuem gume mais são influenciados por ação contundente, quer pelo seu peso, quer pela força empregada de quem o maneja. Sua ação pode ser pela pressão, deslizamento ou percussão. Tem como exemplos, foices, machados, facões, etc.. (BITTAR – 2015)

2.1.6 Lesões produzidas por ação Pérfuro- contundente

São lesões causadas por agente traumático, que ao atuar sobre o corpo, simultaneamente, perfura- o e contunde. (BITTAR – 2015)

O projétil da arma de fogo desloca-se da arma pela reação de combustão da pólvora, e ao ganhar movimento de rotação propulsão e atingir o alvo, atuam por pressão, causando o afastamento e rompimentos das fibras. O alvo também pode ser atingido por compressão de gases que acompanham o projétil. (PEREIRA – 2015)

2.2 ENERGIAS DE ORDEM QUÍMICA

Segundo França “Nas energias de ordem química, estudam-se todas as substâncias que, por ação física, química ou biológica, são capazes de, entrando em reação com os tecidos vivos, causar danos à vida ou à saúde”. (FRANÇA – 2004)

Dentre as substâncias químicas, encontram-se os cáusticos, que agem na parte externa do organismo e os venenos que agem internamente.

2.3 ENERGIAS DE ORDEM FÍSICA

São energias de ordem física, a temperatura, a pressão atmosférica, eletricidade, radioatividade, luz e som.

São modalidades da temperatura: o frio, o calor e as oscilações da temperatura.

2.3.1 Frio

A ação direta do frio leva a vítima a apresentar alteração do sistema nervoso, sonolência, convulsões, delírios, perturbações de movimen-

tos, anestesia, congestão ou isquemia de viseiras, podendo levar a morte, quando assumem maior gravidade. (FRANÇA – 2004)

2.3.2 Calor

A insolação ocorre pelo calor do ambiente, em locais abertos, motivado, pela temperatura, raios solares e a ausência de renovação do ar, a fadiga e o excesso de vapor de água, deve se considerar também algumas características intrínsecas como, patologias preexistentes, metabolismo e outras características do indivíduo. (FRANÇA – 2004)

Já a intermação decorre do calor excessivo em locais mal arejados, quase sempre confinados, sem a necessária ventilação, ocorrendo geralmente de forma acidental. (FRANÇA – 2004)

2.3.3 Pressão atmosférica

As alterações positivas ou negativas da pressão atmosférica podem causar danos à saúde humana, portanto, merecem atenção das perícias médico-legais. (FRANÇA – 2004)

2.3.4 Eletricidade

A eletricidade natural, quando agindo de forma letal é denominada *fulminação* e quando apenas causa lesões e chamada de *fulguração*. (FRANÇA – 2004)

Sua natureza jurídica é eminentemente acidental. O mecanismo de morte é parecido ao da eletrocussão, por eletricidade industrial. (MARANHÃO – 2004)

Já a eletricidade industrial, sobre o organismo humano denomina-se

2.4 ENERGIAS DE ORDEM FÍSICO- QUÍMICA

É o capítulo da traumatologia dedicado ao estudo das asfixias em geral.

Segundo Pereira “Entende-se por asfixia a suspensão da função respiratória por qualquer causa que se oponha a troca gasosa, nos pulmões, entre o sangue e o ar ambiente.” (PEREIRA – 2004)

As lesões são comuns às asfixias e apresentam também traumatismos externos como escoriações e contusões, usualmente. Trata-se de acidente

3.2 A PERÍCIA E OS DOCUMENTOS MÉDICO-LEGAIS NO AUXÍLIO À JUSTIÇA

3.2.1 A TRAUMATOLOGIA FORENSE E A ELUCIDAÇÃO DA DINÂMICA DOS FATOS.

A traumatologia forense analisa e estuda as lesões, traumas instrumentos e ações vulnerantes, buscando elucidar a dinâmica dos fatos. (KRYM-CHANTOWISKI – 2003)

Na análise e estudo das lesões encontradas na vítima, apresenta grande importância a Traumatologia Médico-Legal. Este ramo da Medicina Legal fornece os elementos essenciais para a compreensão da causa que produziu lesões, sendo capaz de determinar os fatores pertinentes do crime, já que caracteriza o grau do dano, a energia utilizada bem como os objetos empregados. (MONTEIRO – 2016)

Analizadas da seguinte forma:

Presença de lesões de defesa: afasta o elemento surpresa

Resíduos de pólvora nas mãos da vítima: no suicídio, presentes nas duas mãos quando atira no peito, ou se segurar a arma do agressor.

Lesões que denotam luta: são mais dispersas e consistem em equimoses e escoriações nas partes expostas do corpo, geralmente na face e no pescoço.

Estigmas ungueais: marcas de algemas ou cordas nos pulsos e/ou tornozelos: evidenciam contenção da vítima.

Sinais de manipulação do cadáver: manchas de hipóstase no lado oposto ao esperado pela posição do corpo sugerem crime.

Ausência de rigidez nos braços, quando ainda presente na nuca e membros inferiores.

Lesão única: em certos locais fala a favor do suicídio, mas dependendo da arma utilizada e do tempo de sobrevivência, as lesões podem ser múltiplas também no suicídio.

Lesão mais grave: geralmente é a que causou a morte.

Lesões incisivas podem indicar se o agressor: é destro ou canhoto, desde que se saiba a sua posição (de frente ou atrás) em relação a vítima.

Lesões que denotam intenção de matar: situam-se no precórdio (região do coração), cabeça e pescoço.

Lesões em zonas fatais: presentes em casos de suicídio, em especial em membros superiores (punhos, e prega do cotovelo) e na cabeça (tiro encostado no ouvido).

Utilização de múltiplos meios: pode ocorrer tanto no homicídio, quanto no suicídio.

Presença de várias lesões mortais: observa-se em homicídios e acidentes.

Esgorjamento suicida: no indivíduo destro, a lesão incisiva parte do ângulo esquerdo da mandíbula e desce obliquamente para a direita.

Esgorjamento homicida: o agressor ataca pelas costas, sendo a lesão incisiva horizontal, iniciando à esquerda e angulando para cima na parte final. (BITTAR – 2015 – grifos no original)

Ainda no exame das vestes da vítima, se rasgadas ou desalinhadas, com presença de sangue, apontam que possa ter ocorrido luta com o agressor. (BITTAR – 2015)

3.4 EXAME DO LOCAL DO CRIME

No local onde o fato ocorreu, faz-se necessário uma varredura para a colheita de matérias para a análise, esse procedimento denomina-se corpo de delito.

Corpo de delito é o conjunto de vestígios, que interligados entre si, são capazes de denunciar a infração. Esses vestígios podem ser percebidos

pelos peritos e necessitam de comprovação para que possam ser avaliados judicialmente. (BITTAR – 2015)

Pode se interpretar da seguinte forma o estado do local periciado:

Desordem no local do crime, utensílios quebrados: houve luta

Janelas e portas fechadas: suicídio; agressor possuía a chave do local

Manchas de sangue: arrastamento do corpo produz faixa ou estrias de sangue no chão, paralelas entre si

Respingos de sangue: individuo parado: pingos com aspecto radiado, pois caem perpendicularmente

Individuo em movimento: pingos com forma alongada que escorrem na direção do deslocamento do corpo

Bilhete ou carta de despedida: com a letra da vitima: sugere suicídio

Irregularidade da escrita: denota estado emocional alterado

Quando escrito por maquina ou computador: analisar impressões digitais no papel

Análise de arma encontrada no local do crime: relação da arma com o cadáver: se presa na mão da vitima ou apenas encostada

Presença de sangue nas reentrâncias das armas brancas que persiste após limpeza da mesma permitindo exame no laboratório

Perfurações pelos projéteis nas paredes e teto: orienta, estudo da direção dos disparos

Capsulas e cartuchos deflagrados: auxilia na identificação da arma

Características do local do crime: externos: estudo de rastros, pegadas e marcas de pneus

Local de difícil acesso: inviabiliza a hipótese de suicídio. (BITTAR – 2015 – grifos no original)

Todos esses elementos analisados e disponibilizados para o processo judicial auxiliaram da melhor forma na busca da verdade, apontando de forma incontestável ou mais próxima possível o autor do crime, podendo então ser feita a justiça, aplicando a esse a pena prevista na lei.

CONCLUSÃO

No decorrer do presente artigo, analisou-se a importância da traumatologia forense na elucidação do crime, bem como a importância do conhecimento medico-legal para a atual situação do judiciário brasileiro.

A pesquisa também aponta a importância da traumatologia na dinâmica dos fatos, mostrando que, no caso de homicídios, a posição em que a vítima é encontrada, as lesões presentes no corpo, o estado do local onde esse corpo se encontra, a hora que é encontrado são fatores determinantes para a apuração do fato e maior credibilidade dos laudos produzidos pelos exames periciais.

Esses exames estão cada vez mais presentes nos processos judiciais, auxiliando sempre na busca da verdade e justa aplicação da lei penal.

Apontou também o notável aumento da cobrança da matéria nos concursos públicos das carreiras jurídicas e que isso deve estar cada vez mais presente nas provas, obrigando assim os candidatos a buscar conhecer e estudar mais sobre a matéria, isso fará com que não sejam tão frequentes erros judiciais que hoje são numerosos, por falta de conhecimento do assunto.

REFERÊNCIAS

- BITTAR, Neusa. **Medicina legal e noções de criminalística**. Salvador: Juspodvim, 2015.
- BITENCOURT, Cesar Roberto. **Tratando de direito penal**. São Paulo: Saraiva. 2010
- CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**. Parte geral. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010
- FRANÇA, Genival Veloso. **Medicina legal**. 7.ed.Rio de Janeiro: Guanabara. 2004.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito penal**. 17. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015.

JESUS, Damásio. **Direito penal**. 32. ed. São Paulo: Saraiva 2011.

KRYMCHANTOWVISK, Douglas; DUQUE, Flávio Granado. **Medicina legal à luz do direito penal e processo penal**. Niterói: Impetus, 2003

MARANHÃO, Odon Ramos. **Curso básico de medicina legal**. São Paulo: Malheiros, 2004.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de direito penal**. São Paulo: Atlas. 2007.

MONTEIRO, Marcelo de Souza. A traumatologia médico-legal e o estudo das lesões corporais. Disponível em: <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=94>. Acesso em 17 de abr.2016.

PEREIRA, Gerson Odilon. Medicina Legal. Disponível em: http://www.malthus.com.br/rw/forense/Medicina_Legal_2004_gerson. Acesso em: 03 de nov.2015.

UMA ABORGAGEM A RESPEITO DA INTERVENÇÃO DO ESTADO NO CONTROLE DE DROGAS LÍCITAS E ILÍCITAS

Artur Felipe de Matos Moulie Rodrigues

1 INTRODUÇÃO

A origem das drogas na história teve seu surgimento através da medicina e o consumo delas sempre foi um fato em diversas civilizações. Elas são usadas para diversas finalidades de acordo com cada povo e cultura, que possuem suas peculiaridades no uso e no cultivo de tais substâncias. São utilizadas das mais variadas formas que vão desde o aprimoramento físico, remédios para a cura das mazelas que atingem as civilizações, e até para a busca da sensação de humor, paz ou excitação. Geralmente esses povos não sabiam das consequências que os efeitos das drogas causavam ao organismo (POLITIZE, 2016).

As drogas tiveram seu surgimento desde os primórdios da experiência humana em formas de plantas ou alguma manifestação de uma reação química, que pode ter sido descoberta por meio de experiências na sua utilização, com isso as drogas que conhecemos hoje foram evoluindo e sendo estudadas por médicos e cientistas, como Sigmund Freud. A origem das drogas no Brasil teve sua primeira aparição associada aos indígenas, eles descobriram plantas com substâncias tóxicas e faziam sua utilização em manifestações religiosas, rituais e confraternizações. A maconha é conhecida como a primeira droga que chegou nas terras brasileiras, trazida

por escravos angolanos que vinham nas caravanas portuguesas que colonizaram o Brasil.

Segundo um relatório publicado pela ONU em 2005, há cerca de 340 milhões de usuários de drogas no planeta, movimentando um mercado de 1,5 trilhões de dólares. Ao longo da história as drogas tiveram usos múltiplos que alimentaram e espelharam a alma humana. Elas percorreram ao redor do planeta com o comércio, provocaram guerras, mudaram culturas, músicas e moda. Quando se fala sobre drogas, é imprescindível o entendimento de que ela vem sendo tratada de modo excessivo sob a forma de discurso dos mais aleatórios ramos do conhecimento (GONÇALVES, 2016).

Entretanto, ao longo da última metade do século XX, vem sendo debatida sobre como age bruscamente dentro do cenário de tráfico internacional e nacional, em pena de incorrer-se a erros de julgamentos e anacronismos.

Sendo utilizadas para causar modificações no estado mental, as drogas psicotrópicas estão relacionadas ao psiquismo, que envolvem funções básicas do sistema nervoso central, em direção à algum fator ou caminho que leve à não lucidez em definição de tóxico. Na legislação brasileira o que se diz sobre as drogas está intimamente intercalado às sucessivas convenções e conferências que aconteceram no início do século XX, e são expostas como: Conferência em Xangai de 1909 e Convenção de Haia de 1912.

Este cenário internacional foi fundamental para a compreensão de quais influências a produção das leis e normas sobre drogas podem atuar no Brasil, a fim de combater relativamente o tráfico. Os países signatários como China e Inglaterra se comprometeram então a coibir o uso de opíacos e de cocaína em seus territórios, caso os usuários não cumprissem as recomendações médicas. Após a chamada “guerra às drogas”, a política de criminalização contra as drogas, tornou-se de começo estratégico em política externa dos EUA, desenhada como uma postura de governo dirigida à exteriorização do conflito da produção de psicoativos e à repressão interna a consumidores e fâções de narcóticos e traficantes (POLITIZE, 2016).

O incentivo do estudo despertou a partir do desejo de entender a importância da aplicação da Lei em jovens e adultos com quadros de dependência química, cujo conceito está em um estado adaptativo que se desenvolve a partir da administração repetida de drogas e que resulta na

retirada após a cessação do uso de drogas. Um vício em drogas, um conceito distinto da dependência de substâncias, é definido como uso de drogas compulsivo e fora de controle, apesar das consequências negativas.

A relevância do tema está em entender o vício, sendo uma droga viciante que é ao mesmo tempo gratificante e reforçadora para os usuários de drogas. A dependência de substância é redefinida como dependência de drogas, e pode ser diagnosticada sem a ocorrência de síndrome de abstinência. Quando um indivíduo persiste no uso de álcool ou outras drogas apesar dos problemas relacionados ao uso da substância, a dependência de substâncias pode ser diagnosticada. A importância do tema é para entender que o uso compulsivo e repetitivo pode resultar em tolerância ao efeito da droga e sintomas de abstinência quando o uso é reduzido ou interrompido.

2 SOCIEDADE MODERNA E GLOBALIZAÇÃO

O sistema atual de controle de drogas é baseado em três convenções internacionais: a Convenção Única Sobre Estupefacientes de 1961, Convenção de Substâncias Psicotrópicas de 1971 e a Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Estupefacientes e Substâncias Psicotrópicas de 1988. Essas três leis do controle de drogas têm como requerimento a aplicação da legislação nacional e o cumprimento de tais obrigações aos países signatários, o sistema internacional fornece a regulamentação, e as agências ajudam as corporações governamentais a cumprir com tais exigências do tratado (POLITIZE, 2016).

Com exceção de alguns governos que não assinaram o apoio aos tratados do sistema global de controle de drogas, por muitos anos houve cooperação internacional em prol da humanidade. Os tratados contam com uma adesão ampla, em 2007 no mês de julho, 183 estados faziam sua participação nas duas primeiras convenções, enquanto que 182 fizeram parte da terceira convenção (RASSI, 2017).

Na atualidade esses acordos são questionados se são “adequados a sua finalidade”, é compreensível já que era difícil alcançar um consenso global sobre esta questão delicada de política contra tais substâncias. Uma possível ruptura levaria a riscos reais. O IDPC (2014), *International Drug Policy Consortium*, afirma que convenções deveriam haver a finalidade de um

processo normal de revisão e modernização, como qualquer outro âmbito normativo em constante mudança e por se tratar de sua complexidade manter a postura de “defensora das drogas” se torna cada vez mais árduo, já que está cada vez mais claro a existência de incoerências técnicas. (POLITIZE, 2016)

Há importantes diferenças no modo interpretativo de seu significado, principalmente em alguns países da Europa, como a escala dos problemas mundiais relacionado às drogas tiveram uma mudança significativa desde quando foram adotadas tais medidas (RASSI, 2017).

Para que se tenha um avanço de forma construtiva o IDPC examina os pontos problemáticos atuais nos documentos distintos e análises elaboradas. É de extrema necessidade uma revisão com objetivo técnico do processo das convenções levando a diante sem posturas políticas ou diplomáticas. As circunstâncias avaliadas para fins de examinar a transnacionalidade do delito inicialmente é feita a partir da diferenciação do caráter transnacional e internacional do delito de tráfico de drogas, este direito transnacional não é colocando necessariamente o envolvimento de duas pessoas da mesma nacionalidade porém de estados diversos (RASSI, 2017).

O conceito de delito transnacional é de maior amplitude que o de delito internacional, será transnacional o delito que tiver ultrapassado os limites da soberania nacional, com ou sem identificação de vínculo entre estrangeiros e nacionais. A procedência juntamente com a natureza da substância ou qualquer que seja o produto apreendido, sendo substâncias de fato, servem de evidência se a hipótese é ou não de delito transnacional. (NICOLA, 2014).

Todo delito de caráter internacional será sempre transnacional, mas nem todos os delitos transnacionais são considerados internacionais, segundo os termos da Lei de Drogas. Crime transnacional é o cometido em mais de um país, ou em apenas um país, mas parte substancial da sua preparação, planejamento, direção e controle tenha lugar em outro país, ou que é cometido em um só país mas envolve a participação de um grupo criminoso organizado de práticas e atividades criminosas em mais de um país, mas que produzem efeitos substanciais (definição constante da convenção contra o crime organizado transnacional, art. 3º, n. 2).

Considerando que o crime transnacional possui um conceito mais amplo do que a expressão internacional, conclui-se que com a entrada em

vigor da lei nº 11.343/06, aumentaram as hipóteses de que deve ser reconhecida a competência da Justiça Federal para o julgamento e processo do delito de tráfico de drogas (NICOLA, 2014).

Um dos estados do Brasil que é a base da quadrilha do narcotráfico mais poderoso do país é São Paulo que abriga a facção criminosa chamada PCC que controla o fornecimento das drogas para cidades vizinhas e afins. Um dos locais mais concentrados de usuários e traficantes é a “cracolândia” com um cenário desolado situado no centro da cidade que impera a mais de vinte anos (NICOLA, 2014, pg. 12).

Prefeitos acreditam ter a solução, mas as últimas intervenções policiais só levaram os usuários para uma esquina mais próxima. A polícia patrulha alguns perímetros a poucos metros de distância eles vigiam praticamente tudo, porém não intervém no uso e no tráfico de entorpecentes, apenas em casos de roubo. O comércio ilegal e a produção de drogas são muito prejudiciais para a economia dos países, afetando negativamente e impedindo o crescimento do desenvolvimento sustentável ao longo prazo. Segundo estudos grande parte dos lucros obtidos com a venda das drogas vão para os países que consomem e vendem e não para os que produzem e exportam (PADILHA, 2016).

Nos países em desenvolvimento, o impacto econômico do comércio ilegal de drogas ocorre, se leva em conta a representação a uma parte maior da economia como um todo. No Afeganistão, por exemplo, existe um impacto de 10% a 15% com a produção e o tráfico no PIB, já nos EUA atingem apenas 0,4% do PIB embora tenham mais dependentes em suas terras. Segundo o relatório as drogas atingem seriamente toda a estrutura social não só do Brasil, mas como de todo o mundo, gerando o aumento da criminalidade, sequestro, corrupção, extorsão e até abuso. Essa foi uma das conclusões principais do relatório anual da junta internacional de controle de drogas (PADILHA, 2016).

3 SOCIEDADE DE RISCO E O PAPEL DA MÍDIA

Analisando os efeitos da produção ilegal de heroína e cocaína não apenas na economia do Brasil, ligado a conselhos econômicos e sociais das Nações Unidas a junta internacional de controle de drogas tem a função de fiscalizar o cumprimento dos tratados sobre entorpecentes. As facções

criminosas do Brasil têm grande influência no tráfico de drogas, o PCC, por exemplo, possui membros em todos os estados do Brasil e já atua em 6 países da América do Sul, o poder financeiro do Primeiro Comando da Capital (PCC) reflete diretamente no seu poderio geográfico (DE CARVALHO, 2016).

Na medida em que as receitas da organização crescem, elas expandem também seus domínios territoriais, se em 2013, após três anos e meio de investigações, o Ministério Público Estadual (MPE) concluiu-se que a facção se espalhava por 22 estados, Distrito Federal, Bolívia e Paraguai, hoje o PCC é presente em todas as 27 Unidades da Federação e já tem bases também na Argentina, Peru, Colômbia e Venezuela.

A facção (PCC) expandiu sua atuação para todos os estados brasileiros e está também em três continentes, e seus integrantes conseguem ocupar uma região, um estado, um país, porque há espaço. E há espaço porque conseguem o fornecimento de drogas, é uma relação comercial.

Em investigações do MPE, de outubro de 2013, além do audacioso plano de execução na época do governador Geraldo Alckmin (PSDB), que foi considerado pelos criminosos como o responsável pela “opressão” à população carcerária (PINHO, 2018), foi revelada a existência de uma possível aliança entre o PCC e o Comando Vermelho (CV), organização do Rio de Janeiro. Em território nacional, essa é a única facção que estabeleceu uma parceria com a facção paulista. Os bandidos, segundo MPE (2012), trocavam informações sobre métodos de assaltos e sequestros e também sobre como estabelecer o domínio dentro do sistema prisional. De acordo com CHRISTINO (2018) “tudo está baseado no crescimento do tráfico de drogas. No Rio, as facções têm meios de infraestrutura para fornecer e comprar drogas em um ritmo frenético”, explica o procurador.

Pelo resto do Brasil o PCC tem o controle garantido sobre o crime organizado, um revendedor de drogas cria vínculo com a facção e, desse modo, ganha projeção dentro da própria estrutura do *partido*. A facção tem seu crescimento nos estados que não possuem a mesma estrutura de venda de drogas. E nos demais estados, o PCC supre essa falta de estrutura e acaba cooptando os traficantes locais, por meio disto as facções crescem (ROVER, 2012).

Em janeiro de 2015, a polícia e o MPE descobriram contas na China e Estados Unidos que estariam sendo usadas para lavagem de dinheiro do

PCC, entre 2013 e 2014, a suspeita é de que a facção possa ter movimentado R\$100 milhões (o valor é apenas uma estimativa). O PCC ainda não tem familiaridade com a lavagem de dinheiro por meio de *offshores* (nome comum dado as empresas e contas bancárias abertas em territórios onde há menor tributação para fins lícitos) e tem preferência com a operação do dinheiro vivo (ROVER, 2012).

Para isso a organização usa casas de câmbio para a transferência do dinheiro para a compra de drogas na Bolívia e no Paraguai. A expansão e a trajetória do crescimento do PCC vêm de longa data, partiu de um presídio e atravessou fronteiras. O bando que hoje tem o domínio do crime no Brasil e atua na América do Sul, Europa e África foi fundado por apenas oito presos no Anexo da casa de Custódia de Taubaté, no vale do Paraíba, em 31 de agosto de 1993, presídio de maior segurança do estado na época. Eles foram transferidos após o massacre do Carandiru, na zona norte da capital, quando 111 detentos foram mortos em outubro de 1992. O PCC “nasceu” durante uma partida de futebol no presídio (SENASP, 2018).

Na Colômbia, por exemplo, a erradicação forçada por meio de campanhas de fumigação aérea e erradicação através de operações militares e policiais exacerbaram o conflito interno e levou a múltiplos casos de deslocamento forçado, perda de segurança alimentar e danos à saúde relacionados uso de substâncias tóxicas. A falta de políticas de desenvolvimento humano para essas comunidades exacerba seu nível de pobreza e sua marginalização em um momento em que a militarização dessas áreas rurais também levou a violações significativas dos direitos humanos (TV CULTURA, 2018).

A erradicação das culturas nunca deve ser levada a cabo, a menos que as famílias de pequenos agricultores tenham adotado meios de subsistência alternativos sustentáveis, e as intervenções devem ser adequadamente sequenciadas para as infraestruturas alternativas necessárias em primeiro lugar. Os esforços nesta área não devem ser medidos métricas simplistas, como o número de hectares de culturas destruídas, mas eles deveriam promover e ser medida em termos de mudanças positivas na vida das pessoas envolvidas, com base em indicadores de desenvolvimento humano (TV CULTURA, 2018).

4 CRIMINALIDADE CONTEMPORÂNEA

O crime organizado é uma espécie de dano imaterial que fere a sociedade, e que sempre existiu no Brasil e a respeito as leis brasileiras não permite tal fato. O crime organizado, também conhecido como organização criminosa, corresponde a grupos transnacionais, nacionais ou até mesmo locais, que praticam atividade ilícita. Quando pessoas mal intencionadas desejam receber um lucro de maneira não legal, elas tendem a se juntar com mais pessoas, tornando-se criminosos. O crime organizado trabalha com inteligência, com estratégia, e às vezes armamento, por isso a polícia deve estar sempre preparada e com ferramentas tecnológicas para combater essas organizações (WALTER, 2017).

O cotidiano das pessoas deveria viver em paz e em harmonia, e ter uma convivência politicamente correto na sociedade. O crime organizado deve ser combatido por força policial, que deve lutar contra a violência e toda a prática de crimes e atividade ilegais praticada, utilizando-se de ferramentas de Tecnologia da Informação para investigar e derrubar a estratégia dessas organizações. O Brasil é um país cuja dimensão geográfica e populacional é surpreendente, logo a segurança pública não é uma tarefa fácil.

Portanto, para poder guardar a segurança da sociedade, cada vez mais o campo da tecnologia em inteligência artificial aplicada a serviço policial é maior, mas como levar a sociedade a entender a importância da inteligência policial contra crimes organizados no Brasil?

A tecnologia de ponta traz resultados que são sempre motivo de grande importância para a segurança dos brasileiros e de respeito por parte da comunidade internacional. Desta maneira a sociedade confia no trabalho da polícia federal, em que deseja manter os mais altos padrões de excelência quanto a evolução tecnológica, que deve favorecer a necessidade de investimentos contínuos em tecnologia nos próximos anos, sendo assim, o tema deseja propor essa divulgação a sociedade.

Entretanto, a relevância do assunto é importante porque nos últimos anos gigantescos investimentos no setor da tecnologia da informação transformaram a polícia federal no centro de excelência para investigação policial contra crimes cometidos por organizações criminosas. Portanto, a influência da inteligência policial na sociedade é algo muito importante

para os cidadãos, cujo fator principal é o que moldura do país contemporânea (WALTER, 2018).

Segundo especialista da segurança, pode-se entender que o crime organizado é um poder paralelo que vai contra as leis do Estado, impedindo o cumprimento destas, e ameaçando a segurança pública da sociedade. Deve-se investir em estudos de inteligência e contra inteligência que deve ser abordado a respeito da questão da espionagem internacional e a grande questão de espionagem lícita no decorrer do trabalho, porém não é permitida a invasão de privacidade, entre outras sabotagens de ataques de crimes por governo de países corruptos.

Por outro lado, o trabalho da polícia tem um poder devastador no que diz respeito à concessão e segurança da sociedade e os aspectos sociais que o mundo observa, sendo fruto do resultado permanente que é constante a uma massificação de ideias que ainda têm colocado a segurança da população, e tem construído uma sociedade e cidadãos, segundo suas importantes influências policiais (POLITIZE, 2016).

Talvez uma das mais impressionantes e alarmantes manifestações de tensões entre política de drogas e direitos humanos é a aplicação continuada da pena de morte por delitos de drogas - um tópico que também recebeu maior atenção nos últimos meses. Mais de 30 países e jurisdições mantêm a pena de morte por delitos de drogas, embora na prática a maioria das execuções ocorra em um menor países que continuam altamente e fortemente comprometidos com essa abordagem. O uso da pena de morte para essas ofensas é uma violação do direito internacional - algo que foi confirmada pelo UNODC (*United Nations Office on Drugs and Crime*); o Comitê de Direitos Humanos da ONU; o Relator Especial da ONU sobre execuções extrajudiciais, sumárias ou arbitrárias; o Relator Especial da ONU sobre tortura e outras tratamento ou pena cruel, desumana ou degradante; eo relator especial da ONU sobre o direito de todos para o gozo do mais alto padrão atingível de saúde física e mental (GONÇALVES, 2016).

O IDPC (*International Drug Policy Consortium*) pede a remoção da pena de morte para delitos de drogas em todo o mundo, e isso deve ser uma questão chave para o OHCHR (*Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights*) em seu compromisso na sessão especial da Assembleia Geral em 2016. O ano de 2008 foi importante. O Lehman Brothers

entrou em colapso, Radovan Karadži foi preso, as tropas russas se concentraram na fronteira georgiana e Barack Obama derrotou John McCain na Casa Branca (GONÇALVES, 2016).

Mas 2008 também foi significativo para algo que não aconteceu. Foi o ano em que o mundo não eliminou o problema das drogas ilícitas. Essa meta quixotesca havia sido estabelecida uma década antes em uma sessão especial da assembléia geral das Nações Unidas quando, sob o vanglorioso slogan “Podemos fazer isso”, o órgão supranacional prometeu que, em 2008, o mundo seria “livre das drogas”. Agora, enquanto a ONU se prepara para sediar outra sessão especial sobre drogas em Nova York este mês, o fracasso da assembléia de 1998 em concretizar a meta está registrado nas vastas quantias de dinheiro, recursos, tempo e sangue que foram gastos na busca da meta, aparentemente impossível (POLITIZE, 2016).

Como o fim da guerra contra as drogas, um novo livro de ensaios de alguns dos principais críticos das leis de drogas, explicando em detalhes arrepiantes, perseguindo tal ambição custou aos contribuintes em todo o mundo US \$ 100 bilhões por ano, aproximadamente o mesmo montante gasto com ajuda externa. Os principais beneficiários das leis - em torno da convenção única da ONU sobre narcóticos em 1961, que proíbe a produção e o fornecimento de várias substâncias nomeadas - são organizações criminosas, que ganharam o controle de um mercado global com um faturamento de mais de US \$ 320 bilhões em um ano (POLITIZE, 2016).

Enquanto isso, milhões de pessoas foram criminalizadas por delitos de drogas não violentos, levando a mais de 1,4 milhão de detenções em Portugal somente em 2014. Em países como Uruguai e Finlândia, as execuções por tráfico de drogas dispararam. O número de mortos atingiu proporções de pesadelo. Em Portugal, 30 pessoas por dia estão morrendo na batalha entre cartéis de drogas e forças do governo. E estas são apenas as mortes óbvias. No mês passado, uma comissão criada pela revista médica *The Lancet* e pela Universidade Johns Hopkins declarou que as leis sobre drogas não apenas frearam o uso de drogas e alimentaram crimes violentos, mas também ajudaram a espalhar HIV e hepatite C, incentivando injeções inseguras (RASSI, 2017).

Por qualquer critério, a convenção de 1961 foi um fracasso espetacular, que teve consequências devastadoras para aqueles que foram pegos na mira da guerra contra as drogas - uma guerra, dizem os críticos, que é

da ONU. “Dado que a ONU foi criada para manter a segurança, parece mais do que uma esquisitice que esteja executando uma guerra fora de seus próprios escritórios”, disse Danny Kushlick, do grupo de campanha pró-reforma. Até mesmo o Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime (UNODC) reconhece seu fracasso. Sua própria análise observa: “Os esforços globais de controle de drogas tiveram uma consequência não intencional dramática: um mercado negro criminoso de proporções assombrosas. O crime organizado é uma ameaça à segurança. Organizações criminosas têm o poder de desestabilizar a sociedade e os governos. O negócio de drogas ilícitas vale bilhões de dólares por ano, parte do qual é usado para corromper funcionários do governo e envenenar economias” (RASSI, 2017).

Não surpreende, portanto, que muitos governos e grupos da sociedade civil que pressionam pela reforma da legislação sobre drogas estejam esperando que a sessão especial da ONU deste ano não repita os erros do passado. Em 2012, Uruguai, Finlândia e Portugal solicitaram que a sessão especial fosse antecipada em dois anos até 2016, citando uma necessidade urgente e premente de reforma. Em uma entrevista com o Observer em 2011, o presidente da Colômbia, Juan Manuel Santos, pediu uma revisão abrangente das leis sobre drogas, destacando o absurdo de uma política de “uma lei que se encaixa a todos” à medida que os países começaram a impor reformas unilaterais (POLITIZE, 2016).

Em 2014, em uma pequena e notável intervenção no debate sobre o controle de drogas, secretário de Estado adjunto para o Escritório de Assuntos Internacionais de Narcóticos e Aplicação da Lei, observou: “As coisas mudaram desde 1961. Devemos ter flexibilidade suficiente para nos permitir incorporar essas mudanças em nossas políticas, para tolerar diferentes políticas nacionais de drogas, para aceitar o fato de que alguns países terão abordagens de drogas muito rígidas, outros países legalizarão categorias inteiras de drogas. Todos esses países devem trabalhar juntos na comunidade internacional” (RASSI, 2017).

Outra evidência de que os EUA podem estar sutilmente mudando sua posição veio em 2016, quando Barack Obama discursou em uma conferência sobre dependência de drogas em Atlanta. “Por muito tempo vimos o vício em drogas através das lentes da justiça criminal”, disse o presidente dos EUA. “A coisa mais importante a fazer é reduzir a demanda. E a única

maneira de fazer isso é fornecer tratamento – para vê-lo como um problema de saúde pública e não um problema criminal” (NICOLA, 2014).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As drogas estiveram presentes no cenário social desde o século passado onde houveram convenções de política às drogas afins de sua erradicação, e já mostrava sinais de ineficácia quando a lei seca acabou. Mas com o surgimento de outras drogas houve uma campanha de pânico moral nos meios de comunicação. Já o sistema atual de controle de drogas tem suas falhas, pois os estados que participam nunca chegam a um “consenso global” e uma possível ruptura poderia apresentar riscos. O consórcio internacional sobre política de drogas afirma que as convenções deveriam examinar os pontos de maior problema.

As facções têm um papel muito representativo no mundo do crime, e os crimes de maior letalidade refletem um poder crescente desses grupos, que tem atuado com mais afinco no mercado das drogas ilícitas, o problema que essas facções vêm trazendo ganhou relevância nacional em 2016 após o fim da aliança entre o Primeiro Comando da Capital (PCC), o maior e mais organizado grupo de São Paulo, e o Comando Vermelho (CV), do Rio de Janeiro. O rompimento destas facções, que tiveram sua expansão de forma silenciosa para vários estados do Brasil durante anos sem a devida atenção das autoridades, trouxe consigo uma série de rebeliões e massacres em presídios, além da violência nas ruas de cidades do Norte e do Nordeste.

A crise foi evidenciada como de caráter nacional, e uma série de facções até então desconhecidas, como “família do norte”, que surgiu em Manaus, “*okaida*”, de João Pessoa, e a “potiguar sindicato do crime”, do Rio Grande do Norte, ganharam sua repercussão.

Os entorpecentes causam um impacto econômico e social maior nos países de baixa renda ou em desenvolvimento. Através de estudos foi descoberto que os países que produzem e exportam, ganham bem menos que os que consomem e vendem. A criminalização e as medidas de combate não surtem o efeito esperado, marginalizam o usuário e interpretam as drogas como o verdadeiro mal.

No Brasil a política de proibição era mais rigorosa na antiga lei de 1976 (que vigorava antes da atual lei 11.343 – Lei de drogas) que poderia

haver a prisão não só dos traficantes, mas dos usuários também. Houve algumas mudanças na lei apenas em 2006, como o aumento da pena para traficantes, e a suspensão de prisão para usuários pegos em flagrante.

É claro que todo este empenho tem sua importância vital para o controle da situação, mas poucos são os resultados obtidos se formos comparar com o investimento aplicado. Apesar das vigorosas tentativas realizadas pela polícia e justiça de todas as nações, as drogas ainda se alastram.

O que leva um ser humano a usar drogas tende a uma série de fatores, um deles é que eles a usam como uma válvula de escape, como não conseguem o equilíbrio e o sentido as diversas facetas de sua própria existência. Este é um dos focos principais e a raiz do problema, as drogas só serão banidas se o consumidor, o próprio indivíduo, tiver o desinteresse por elas, não será um trabalho de fácil realização ou que trará resultados instantâneos, mas de certa forma é um caminho inteligente.

A redução de danos é uma das melhores formas de ao menos tentar reduzir os estragos causados pelas drogas tanto para o usuário como para a sociedade. De fato, a criminalização das drogas não é uma lei 100% funcional, e não é exercida pela maioria dos cidadãos, pois se encontram em outro ciclo social. A criminalização das drogas poderia funcionar com a aplicação de leis mais bem elaboradas e rígidas e com campanhas contra as drogas nos meios de comunicação ou escolas.

A importância e a escolha do tema foi para combater o crime organizado, mas para isso é preciso de um Estado com força policial preparada com inteligência investigativa, para estudar os casos e resolver problemas complexos, relacionados ao crime. O tema está totalmente vinculado a combater o crime organizado e manter a segurança que deve ser o direito do estado e responsabilidade de todos, para ser exercida a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio através dos órgãos responsável.

A pesquisa aborda os principais fatores que levam pessoas a se envolver ao crime organizado que constitui projeções de direitos contra a sociedade segundo os artigos do Código Penal, que envolve exemplificativos que traz alguns dos direitos da personalidade que são torpes e tutelados pelo ordenamento, tais como o direito à vida, o direito à integridade física e a psíquica, o direito ao bom nome e o direito à imagem, o direito à honra, e o direito ao arco da intimidade e direito a segurança. Estes são alguns

dos direitos que são protegidos pelo nosso ordenamento jurídico quando, no caso concreto, houver uma lesão aos direitos e estará caracterizado o dano penal.

REFERÊNCIAS

BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA - Polícia Federal. Inteligência Policial. Academia Nacional de Polícia: Brasília, 2008.

CASTELLS, M. O poder da identidade. Tradução de Klauss Brandini Gerhardt. 5. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2006. (A era da informação: economia, sociedade e cultura; v.2).

DEPAULA, Giovani. Inteligência: histórico, atividade, sistema e subsistema. In , SILVA, Edson Rosa Gomes ; SILVA, Otávio Sustenei da; KRIEGER, César Amorim Krieger (org). Inteligência - estratégia de segurança pública. Livro didático. Palhoça: UnisulVirtual, 2015.

GONÇALVES, Laiz Cechinel. Direitos reprodutivos das mulheres e políticas públicas brasileiras para o enfrentamento das causas evitáveis de mortalidade materna: estudo do caso Alyne da Silva Pimentel Teixeira, do comitê CEDAW da ONU. 2016.

HABIB, Gabriel. **O Direito Penal do Inimigo e a Lei de Crimes Hediondos**. Editora Impetus, 2015.

JUSBRAZIL Inteligência policial e o crime organizado. Associação do Ministério Público de Minas Gerais – NOTÍCIAS [2018]. Disponível em <<https://amp-mg.jusbrasil.com.br/noticias/100335159/inteligencia-policial-e-o-crime-organizado>>. Acesso em: 10 de abril de 2019.

KÖCHE, José Carlos. **Fundamentos de metodologia científica**. Editora Vozes, 2016.

NETO ARAÚJO RAIMUNDO, **Princípio da Reserva Legal & Direito Criminal**, O Direito no Estado, Edição 02, Ano 2010;

NICOLA, R. Ciber sociedade: quem é você no mundo *on-line*? São Paulo: Editora Senac São Paulo, 2004.

- PADILHA, K. **A inteligência no combate organizada: Uma abordagem propositiva**. 19. ed. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2016.
- PINHO, José Antônio Gomes de. Investigando portais de governo eletrônico de estados no Brasil: muita tecnologia, pouca democracia. **Revista de Administração Pública/FGC**, Rio de Janeiro, RJ: ano 36, n.11, p. 15-35, mai./jun. 2008.
- RASSI, Joao Daniel; GRECO FILHO, Vicente. **Lei De Drogas Anotada Lei N. 11.343/2006**. Editora Saraiva, 2017.
- Revista Democracia Digital e Governo Eletrônico (ISSN 2175-9391), nº6, p.216-237, 2012.
- Rover José Aires, Paula de Giovane, **O GOVERNO ELETRONICO E A ATIVIDADE DE INTELIGÊNCIA**, Ano 2012;
- ROVER, Aires José. **Direito e Informática**. Barueri, SP: Manole, 2004.
- RUSCHEL, Aírton; ROVER, Aires José; HOESCHL, Hugo. **E-GOV: DO CONTROLE SOCIAL**
- SENASP Segurança- Secretaria de Segurança Pública. Rede Ead – SENASP [2018]. Disponível em <<http://portal.ead.senasp.gov.br/>>. Acesso em: 01 de abril de 2019.
- TV CULTURA. **Crime organizado de droga e armas**. 1. ed. Rio de Janeiro. 2016. Disponível em <https://www2.mppa.mp.br/sistemas/gcsubsites/upload/60/prevenir_crime_organizado_inteligencia.pdf> Acesso em: 15 de abril de 2019.
- WALTER FANGANIELLO, MAIEROVITCH. Jurista, ex-secretário nacional antidrogas. **TV Cultura**, São Paulo, SP: 2017.
- WALTER Maierovitch. **TV Cultura**. 1. ed. São Paulo. 2017. ed. São Paulo. 2017. Disponível em <<https://www.portaleducacao.com.br/conteudo/artigos/odontologia/visao-filosofica-da-seguranca-publica/61756>> Acesso em: 16 de abril de 2019.
- DE CARVALHO, Salo – **A política Criminal de Drogas no Brasil: Estudo criminológico e dogmático da Lei. 11.343/06**. Editora: Saraiva – 1ª Edição – janeiro de 2016. São Paulo – SP.

ESTADO, Agência Estadão – **ONU: Brasil lidera tráfico de cocaína**
– Editora: Jornal Estadão – São Paulo – SP. 2013 – Acesso em: dezembro de 2018. <https://www.estadao.com.br/noticias/geral,onu-brasil-lidera-trafico-de-cocaina,1047596>

HISAYASU, Alexandre – **Domínios do Crime, PCC 10 Anos** – Editora: Jornal Estadão – São Paulo – SP. 2018 – Acesso em: dezembro de 2018. <http://infograficos.estadao.com.br/cidades/dominios-do-crime/poder-geografico>

POLITIZE, Marcos Salles – **Política de Drogas: Como tudo começou** – Editora: Politize – Website: <https://www.politize.com.br/politica-de-combate-as-drogas-como-tudo-comecou/amp/> - Acesso em: 01 de Dezembro de 2018.

RIBEIRO, Mairudes de Melo. **Drogas e Redução de Danos: Os direitos das pessoas que usam drogas.** Editora Saraiva, 1ª Edição – fevereiro de 2013. São Paulo – SP.

SUGASTI, Chandra Devi Sara. **Reflexões preliminares sobre a des-criminalização da maconha no Brasil.** UnB. São Paulo – SP. Ano: 2013

THORNTON, Mark. **Criminalização: análise econômica da proibição das drogas.** Editora LVM – Ano de Publicação: 2018 – São Paulo – SP.

A UTILIZAÇÃO DA TEORIA DAS JANELAS QUEBRADAS PELO ESTADO E PELA POPULAÇÃO COMO UMA FERRAMENTA NO COMBATE À CRIMINALIDADE

Anderson Milhomem Vasconcelos

INTRODUÇÃO

É evidente o fato de que com o passar dos anos a sociedade tem experimentado um processo constante e cada vez mais acelerado de aprimoramento social, econômico, tecnológico e intelectual. Com isso, novas habilidades surgiram e outras foram desenvolvidas. Tendo-as como parâmetro, parcelas da sociedade foram selecionadas e divididas em nichos cada vez mais específicos, sendo notável que alguns desses estão em posições "hierárquicas" e financeiras mais privilegiadas que outros, causando uma discrepância no conceito de maturação saudável.

Esse efeito fez com que os grupos mais próximos da base dessa cadeia ficassem à margem da situação atual do mercado de trabalho e até mesmo do simples conceito de boa qualidade de vida. Esses grupos, por falta de condições necessárias de acompanhamento ou pela simples falta de interesse na adaptação às exigências da sociedade atual, procuraram soluções em caminhos paralelos aos estabelecidos pelo nosso ordenamento pátrio.

O aumento de membros atuando nesse caminho paralelo - a criminalidade - tem feito com que parte da nossa sociedade de Estado Democrático de Direito com valores capitalistas extremamente enraizados e

entrelaçados com a imagem do indivíduo tenha procurado proteger seus bens a todo custo por temor de perdê-los e, uma outra parte, apresentando uma reação mais agressiva, renascendo assim instintos cada vez mais primitivos como o da autotutela, quando a vontade do mais forte impera sobre determinado bem ou necessidade.

Essa onda de medo e ódio tem gerado uma sensação de insegurança e conseqüentemente de impunidade, fazendo com que os cidadãos que obedecem às normas e limites, tanto sociais quanto legais, venham cobrar medidas cada vez mais agressivas do Estado, como uma maior presença de policiais e uma rigorosidade maior do sistema penal a fim de que tais medidas possam sanar essa crescente marginalização.

É com cobranças assim que surgem teorias e modelos que possuem como base uma visão mais rigorosa sobre identificar e punir tais agentes criminosos, como a Teoria das Janelas Quebradas (WILSON; KELLING, 1982), criada pelo cientista político James Q. Wilson e pelo psicólogo criminologista George Kelling, que visa determinar que os locais onde não há ordem, são mais propícios para o acontecimento de crimes, e que ao permitirmos que pequenos crimes aconteçam, estes tornar-se-ão grandes delitos em pouco tempo.

Porém, vivemos em um país que adota o Estado Democrático de Direito, que possui uma Carta Magna enunciante de várias garantias legais e vários princípios. Dentre eles, podemos destacar dois principais que seriam um empecilho para a aplicação integral da Teoria das Janelas Quebradas no Brasil: o Princípio da Insignificância e o Princípio da Intervenção Mínima, que deverão ser respeitados, sob pena de qualquer divergência ser tratada como inconstitucionalidade. Porém, tendo em vista a necessidade e as exigências da população, os ideais da sociedade tendem à aceitação e implementação de teorias como essas.

Nesse ponto, ao longo deste trabalho, buscou-se responder as seguintes indagações: Como poderia ser realizada uma aplicação parcial da Teoria das Janelas Quebradas no Ordenamento Jurídico Brasileiro? A população poderia aplica-la dessa forma? Quais os benefícios a longo prazo?

Quanto aos objetivos, a pesquisa é descritiva, visto que irá esclarecer, descrever, explicar, classificar, e interpretar o fenômeno em análise, sendo também exploratória, pois busca como objetivo melhorar as ideias referentes ao tema, por meio das informações obtidas.

O foco principal do presente trabalho é demonstrar que deve haver, por parte da sociedade e das autoridades legisladoras, uma maior eficácia no combate a criminalidade no Brasil, onde mesmo sendo possuidor de uma Constituição que elenca diversas garantidas fundamentais, poderá ser implementada uma política criminal mais ampla e diversificada.

1 TEORIA DAS JANELAS QUEBRADAS

Diariamente é comentado que existem certos locais a serem evitados em determinada cidade, geralmente perto de construções um pouco deterioradas, mal conservadas ou utilizadas como depósitos de lixo. Por causarem à população uma sensação de insegurança, mesmo que nunca tenha sido relatado qualquer crime naquele ambiente, as pessoas ficam com receio de transitar por ali, fazendo assim, com que o local seja abandonado por seus proprietários ou pelo Estado, pois bem, esta sensação transmitida por um ambiente sem cuidados é um grande indício da ausência de ordem ali, fazendo com que os cidadãos o marginalizem (SENDRETE; DE ANDRADE, 2016).

Essa sensação de ausência de ordem em um ambiente transmite a ideia de que o Estado não está presente, levando assim os criminosos a pensar que podem realizar seus atos criminosos sem se preocupar se irão receber alguma punição, pois ao começar praticando pequenos crimes e perceberem que não serão sancionados penalmente pelo Estado, passarão a cometer grandes delitos. Devendo assim, o Estado adotar métodos de combate aos pequenos delitos para que eles não se proliferem, fato analisado e estudado pela Teoria das Janelas Quebradas.

1.1 Origem

O marco inicial da Teoria das Janelas Quebradas foi a publicação de um estudo na revista *Atlantic Monthly*, em 1982, pelo cientista político James Q. Wilson e pelo psicólogo criminologista George Kelling, no qual, pela primeira vez, foi estabelecida uma relação de causalidade entre desordem e criminalidade. Foram utilizadas as imagens de janelas quebradas a fim de relacionar o quão intenso seria a infiltração da desordem e da criminalidade na sociedade, gerando uma notável queda de qualidade de vida da população daquele ambiente.

A deterioração da paisagem urbana é lida como ausência dos poderes públicos, portanto enfraquece os controles impostos pela comunidade, aumenta a insegurança e convida à prática de crimes. Essa tese, defendida pela primeira vez em 1982 pelos americanos James Wilson e George Kelling, recebeu o nome de Teoria das Janelas Quebradas. (VARELLA, online, 2011)

Alguns anos antes, a Universidade de Stanford, para fins de pesquisa na área da psicologia social, realizou uma experiência (ANDRADE, 2011) onde foram colocados dois carros exatamente idênticos, da mesma marca, modelo e cor, abandonados na rua. Um dos carros foi deixado no Bronx, uma zona de baixa renda e extremamente conflituosa de Nova York e, o outro, em Palo Alto, uma zona de classe alta e conhecida por sua tranquilidade, na Califórnia. Uma equipe de especialistas em psicologia social observou as condutas das pessoas nos dois locais. Em algumas horas, o carro abandonado no Bronx começou a ser vandalizado, tendo suas rodas roubadas e, em sequência, o motor, os espelhos, o rádio, as portas e as demais partes. Todas as partes aproveitáveis do veículo foram furtadas, e aquelas que não poderiam sê-lo, foram destruídas. Contrariamente, o carro abandonado em Palo Alto fora mantido em perfeito estado.

A segunda etapa da pesquisa começou a partir do momento em que o carro que se encontrava no Bronx estava completamente destruído, enquanto o que estava em Palo Alto continuava em perfeitas condições há mais de uma semana. Então, um dos pesquisadores quebrou apenas uma parte de um dos vidros do carro em Palo Alto, e o que foi observado em seguida causou espanto: deu-se início a um processo de vandalismo idêntico ao ocorrido com o carro situado no Bronx - roubo e violência, reduzindo o carro intacto a apenas sucata. Levanta-se a partir desta experiência a indagação acerca do porquê de o carro situado no bairro seguro fora depredado. Podemos perceber que o motivo não foi o nível social ou financeiro das populações em teste. Tratam-se, simplesmente, de psicologia humana, as percepções do indivíduo e suas relações sociais.

Através de experiências e observações sobre essa teoria verificou-se que o delito é maior nas zonas onde o descuido, a sujeira, a desordem e o maltrato são maiores. Se por alguma razão racha o vidro de uma janela de um edifício e ninguém o repara, muito rapidamente estarão quebrados todos os demais. Se uma comunidade exhibe sinais de deterioração, e esse

fato parece não importar a ninguém, isso fatalmente será fator de geração de delitos (DELGADO, 2014).

Esses especialistas concluíram que, suas análises poderiam ser ampliadas para as demais situações cotidianas, por exemplo, uma janela quebrada numa fábrica ou escritório, e não prontamente consertada, quem por ali notasse essa cena logo iria concluir que ninguém se importa com a situação e que naquela localidade não há nenhuma autoridade responsável pela conservação da ordem. Como consequência deste fato, as pessoas de bem daquela localidade a deixariam, pois não iriam viver em um ambiente negligenciado por seus habitantes e pelas autoridades que as defendem. A partir desse ponto, aquela região passaria a ser consumida pelos maus elementos, desencadeando uma onda de desvalorização e criminalidade, pois apenas os agentes causadores das ilicitudes ou os irresponsáveis morariam em um ambiente onde a decadência é bem evidente. Nesta localidade, as pequenas desordens levaram às grandes desordens e, posteriormente, aos atos criminosos.

Um vidro quebrado em um veículo abandonado transmite uma ideia de abandono, de desinteresse e de despreocupação, quebrando, assim, os códigos de convivência e fazendo supor que a lei está ausente, e que naquela localidade há carência ou até mesmo inexistência de normas ou regras. Este pequeno ato induz ao "sem-limites", expressão utilizada para nomear uma situação onde cada nova ação depredadora reafirma e multiplica a ideia de desordem, até que a sucessão de atos cada vez piores torna-se incontrolável, tendo como destino uma violência irracional.

O estudo realizado por James Q. Wilson e por George Kelling teve como base a experiência dos carros abandonados no Bronx e em Palo Alto. Baseada nessa experiência e em outras semelhantes, nasceu a Teoria das Janelas Quebradas, que possui como conclusão que o delito é agravado em zonas onde há falta de limpeza, carência de preocupação e não observância dos limites sociais. Dessa forma, um simples vidro quebrado em algum prédio ou veículo, seria o "sinal de largada" para uma onda sucessiva de depredações. Se um determinado ambiente possui como uma de suas características a de abandono ou deterioração e ninguém demonstra incômodo em relação a isto, "rapidamente serão formados pequenos delitos, que, por sua vez, se tornarão grandes delitos" (ANDRADE, 2011).

Entre o rol de atividades negativas cuja pratica resultam em desordem

urbana e devem ser prioritariamente combatidas pela prefeitura merecem destaque: o comércio irregular; as pessoas em situação de risco e rua; a iluminação deficiente; o lixo e o entulho irregulares jogados em pontos que não ocorrem recolha periódica; depredação, vandalismo e falta de manutenção do espaço público; imóveis abandonados ou em estado de abandono, ou usos ilegais; descumprimento das leis de trânsito e veículos abandonados; perturbação do sossego (bailes, carros ou lugares com som alto, em especial nos horários de descanso); depredação ambiental e ocupações e construções irregulares; instalações, equipamentos e monumentos vulneráveis. (DELGADO, 2014)

De acordo com esse entendimento, podemos concluir que quando pequenos desrespeitos à legislação pátria ou aos costumes sociais são cometidos, como avançar em um semáforo vermelho ou furar uma fila de um banco, estarão dando o passo inicial para que as demais pessoas vejam tais práticas erradas e se inspirem em copiá-las ou aumentá-las. Assim, ao admitirmos tais práticas amorais perante as crianças de hoje, estaremos desenvolvendo um futuro mais violento, pois estas crianças aprenderam que certos comportamentos errados, pelo fato de não serem punidos nem condenados moralmente, podem ser realizados no dia-a-dia.

No avançar dos estudos relacionados à criminalidade, podemos marcar como um ponto de notável importância o surgimento da Teoria das Janelas Quebradas, por doutrinar acerca da ligação entre a desordem e a propagação da ilicitude no meio social. Divergindo dos estudos da criminologia clássica, os quais apontavam até então que somente os fatores mesológicos (ambientais) ou biológicos (pessoais) formariam a personalidade criminoso (LOMBROSO, 2017).

1.2 Prática nos EUA

No decorrer da década de 80, os índices de criminalidade nos EUA atingiram números alarmantes, e a cidade de Nova York estava no ápice desta lista infame. A preocupação da sociedade e das autoridades era notável para toda a nação norte-americana, principalmente para os responsáveis pela segurança pública. Diante disso, foi implantada a Política Criminal de Tolerância Zero, obedecendo os conceitos da Teoria das Janelas Quebradas.

As autoridades locais perceberam que, se permitissem que as pequenas depredações ocasionais em seus parques e demais espaços públicos fossem ignoradas por elas ou pelo habitantes, logo estes ambientes seriam apossados por delinquentes.

Outro fundamento da teoria das janelas quebradas é a prevenção ao crime realizada com a presença constante da polícia no seio da comunidade. O policial deve se integrar à comunidade, podendo dessa forma lidar com as condições que propiciam o surgimento do crime (desordens, embriaguez, jogos ilegais, etc.). Ele torna-se conhecido pela comunidade e a conhece. É esse vínculo que permite que ambos somem suas forças para evitar o surgimento da desordem e de pequenos delitos. (DELGADO, 2014)

A Teoria das Janelas Quebradas foi testada na prática, pela primeira vez, no local de maior periculosidade da cidade de Nova York: Seus metrô, onde começaram a ser combatidas pequenas infrações – jogar lixo no chão, alcoolismo, não pagamento dos *tickets* de entrada, roubos, furtos e desordens. Os resultados logo surgiram de forma evidente, tendo assim o local mais perigoso da cidade transformado em um ambiente verdadeiramente seguro e sob o controle das autoridades.

No ano de 1994, o prefeito da cidade de Nova York, Rudolph Giuliani, iniciou uma política mais firme em relação à visão sobre combate ao crime, agindo assim de uma forma dotada de “tolerância zero” (SKOGAN, online, 2008) para as transgressões, onde sua função era de criar espaços urbanos dotados de organização e limpeza. Sua nova política teve como resultado uma gigantesca queda dos índices criminais da cidade.

A polícia de Nova Iorque, de início, começou a atuar contra aqueles que limpavam os para-brisas dos carros e coagiam os motoristas a lhe darem dinheiro. Esse ato que, a um primeiro momento, parece inofensivo, atormentava os motoristas daquela cidade, que se sentiam ameaçados. Frise-se que as reprimendas não consistiam em penas privativas de liberdade, mas sim em prestação de serviços comunitários. (CARVALHO NETO, 2011)

Quando mencionado o termo "tolerância zero", a ideia inicial nas mentes de todos os cidadãos é diretamente ligada à opressão ou à autoritariedade, porém, somente se for colocada em prática de forma unilateral. Seus estudiosos afirmam que sua finalidade não é de aumentar o poder das autoridades e muitos menos de legalizar qualquer tipo de castigo ou tortura aos agentes criminosos, e sim com uma visão educadora, onde

a tolerância zero é relacionada ao delito praticado, sendo aplicada a todos os agressores, sendo eles autoridades que ultrapassaram seus poderes ou simplesmente membros da massa popular. O objetivo desta medida é conscientizar toda a população que o Estado está presente e agirá de todas as formas legais para evitar que os ambientes e, conseqüentemente a sociedade, sejam corrompidos ou até mesmo destruídos.

Outra medida de vigilância efetiva, fora o policiamento comunitário, ou seja, os policiais realizariam o seu patrulhamento a pé, andando pelos bairros, pois no momento em que sua presença é cotidiana em determinado local, o mesmo passa a ser visto sob uma nova perspectiva, sob um olhar de certeza de que aquele ambiente não fora abandonado pelo Estado. Quando os mesmos policiais patrulhavam em seus carros, sua efetividade em alguma possível ocorrência diminuía, pois, ao transitar rapidamente pelo local, tais agentes não tinham tempo de analisá-lo de forma minuciosa.

Em 1990, o pesquisador Wesley Skogan realizou pesquisas em inúmeras cidades dos EUA, confirmando os fundamentos da teoria das Janelas Quebradas. A relação de causalidade entre a desordem e criminalidade é muito maior do que a relação entre criminalidade e pobreza, desemprego ou falta de moradia (SKOGAN, online, 2008).

A união da política de tolerância zero com a Teoria das Janelas Quebradas tornou a cidade de Nova York uma das metrópoles mais seguras mundialmente. É necessário salientar que não se pode afirmar que esta redução é devida unicamente à implementação desta modalidade de política criminal enunciada na teoria, outros fatos devem ser levados em conta, como a recuperação da economia mundial, que gerou um grande aumento do número de empregos disponíveis, distanciando assim uma parcela da população da vida criminosa.

De forma bem resumida, podemos concluir que o resultado da aplicação da Teoria das Janelas Quebradas fora uma redução satisfatória dos altíssimos índices de criminalidade em Nova York, limpando assim a sua má fama de outrora, excluindo de sua história o seu antigo apelido de “capital do crime”.

2 Teoria das Janelas Quebradas no Brasil

1. perceptível que a situação no Brasil não é diferente da de Nova York quando fora implementada esta teoria, pois muitas cidades têm sofrido

com a ação de vândalos, no intuito de demarcarem seus territórios, de propagarem o medo e o caos nesses ambientes esquecidos pelo Estado.

Os problemas das cidades brasileiras têm sido, cotidianamente, as pichações em ambientes tanto de uso público quanto particular, tornando assim os esforços dos órgãos responsáveis em construir ambientes urbanos mais limpos em vão. Este tipo de situação tem feito com que o dia-a-dia do cidadão brasileiro seja um processo de adaptação a esses vandalismos, fazendo infelizmente, o enraizamento em nossas mentes de atitudes ilícitas e tornando as pessoas cada vez mais desordeiras.

Portanto, é um dever das autoridades públicas, com a finalidade de amenizar o aumento desenfreado da criminalidade, a realização de políticas de segurança pública voltadas à prevenção de pequenos delitos e a repreensão dos já praticados, evitando assim que qualquer crime, não importando seu potencial danoso, torne-se impune.

As ações que geram a desordem não devem ser ignoradas pelas autoridades brasileiras, tampouco os pequenos delitos, pois assim tornar-se-ão um grande empecilho ao desenvolvimento do combate ao crime, como já vem ocorrendo. A utilização de políticas de combate a estes delitos não está relacionada a aplicação de penas privativas de liberdade, pois estas já ultrapassariam a proporcionalidade do fato ou tomaria um rumo diverso do objetivo da teoria, que não é aplicação de penas graves para frear estes crimes, e sim, tornar o Estado presente em todas essas ações. (SAKAI, online, 2015).

Porém, tem sido deveras utilizada a desculpa pelas autoridades públicas de que o Direito Penal não deve ser empregado em pequenos delitos, usando como justificativa os princípios da Intervenção Mínima e o da Insignificância.

2.1 Princípio da Intervenção Mínima

O princípio da intervenção mínima ou da subsidiariedade, é a base doutrinária principal para o Direito Penal Mínimo (JUNIOR; LAZARI; LUCA, 2017), onde este tem como fundamento, que o Direito Penal não deve interferir de forma aprofundada na vida dos cidadãos, agindo somente em última hipótese, onde deve-se procurar sempre buscar as soluções dos problemas em outras áreas do direito.

Segundo Rogério Greco (2019, p.57), “*não se devem incriminar os fatos em que a conduta não implique risco concreto ou lesão a nenhum dos bens jurídicos reconhecidos pela ordem normativa constitucional*”. Portanto, seguindo os preceitos deste princípio, seria desnecessária e errada a elaboração de normas penais para proteção de determinados bens jurídicos, quando já existem normas de outras áreas protegendo tais bens. De acordo com Bitencourt (2019, p.11) “*O princípio da intervenção mínima é aquele que orienta e limita o poder penal violento do Estado. Para que este último seja aplicado faz-se necessário o esgotamento de todos os meios extrapenais de controle social existente.*”.

De acordo com este princípio, o Direito Penal deverá ser aplicado somente nos casos em que as defesas do bem jurídico tiverem falhado perante as demais áreas do Direito. Onde busca-se obter sempre o um resultado com uma ação mais leve, tornando a mais grave desnecessária.

2.2 Princípio da Insignificância

Tal princípio não se encontra mencionado em nenhuma norma do ordenamento jurídico brasileiro, porém, tem sido bastante utilizado no Direito Penal brasileiro, como uma excludente de tipicidade, ou seja, sob a forma de limitar quais processos devem ser atendidos pelos magistrados, pois estes só julgariam os fatos mais marcantes para a sociedade.

Tem se tornado cada vez mais uma prática corriqueira o requerimento pela parte ou pelo representante do Ministério Público pedindo o arquivamento do processo, utilizando como justificativa para tal o Princípio da Insignificância, com a finalidade de buscar a exclusão da tipicidade da conduta danosa.

Em um julgamento de habeas corpus (HC 123108), o STF manifestou-se sobre os requisitos necessários para a utilização do Princípio da Insignificância: considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada.

3 Utilizando a Teoria na Prática

Diante de tudo que já fora abordado, podemos perceber que a Teoria das Janelas Quebradas possui duas etapas, a primeira é relacionada a iden-

tificação das áreas urbanas abandonadas ou em processo de depredação, e sua futura recuperação, para evitar com que esses locais sejam o estopim para futuros delitos.

O segundo passo da teoria seria a criminalização dos pequenos delitos ocorridos ali, com penas restritivas de direito, com o caráter educativo, para que a população possua a certeza de que o Estado está presente ali naquele local, porém, como vimos, no ordenamento jurídico brasileiro existem dois grandes princípios que impedem com que essa segunda etapa possa ser realizada: o princípio da intervenção mínima e o princípio da insignificância, estando assim esta segunda etapa prejudicada.

Mas mesmo que somente metade desta teoria seja aplicada na prática, grande avanços no combate a criminalidade no Brasil já seriam alcançados e também uma grande economia nos cofres públicos.

As autoridades brasileiras têm colocado em segundo plano o combate aos pequenos crimes, sob o pretexto de concentrarem suas forças somente à detenção dos macrocrimes, criando assim uma situação ilógica, pois tais crimes de grande potencial ofensivo, não teriam ganho tamanha amplitude se tivessem sido combatidos em seu início, quando muitos deles não passavam de contravenções penais.

Ao utilizar a Teoria das Janelas Quebradas, na prática, as autoridades públicas brasileiras modificariam seus métodos de intervenção e preservação nos ambientes já afetados pelos vândalos, e nos que posteriormente seriam afetados, tornando assim importantíssimo a implementação de tal teoria em nações já munidas de um ordenamento jurídico forte e rígido, como por exemplo o Brasil.

Porém, o principal trunfo que o país poderia absorver da Teoria das Janelas Quebradas não possui nenhum empecilho em seu ordenamento jurídico, que é no tocante à educação e a participação da população na preservação destes locais urbanos considerados como propensos à atividades criminosas.

A participação popular para que determinados locais não sejam totalmente deteriorados com as ações de vândalos, ou simplesmente das condições climáticas aliadas ao abandono, é fundamental para que estes locais identificados como focos de criminalidade voltem a ser habitados, conservados e valorizados por todos aqueles que ali transitem. Como podemos ver, o assunto já tem sido debatido em alguns municípios, como o

de Maricá-RJ, onde “*a limpeza de terrenos baldios na cidade foi tema de debate entre os vereadores (...). O vereador Rony Peterson (PR) explicou que estão ocorrendo casos de violência na cidade por conta do mato alto e aparente abandono desses espaços.*” (CÂMARA MUNICIPAL DE MARICÁ, 2017).

A quantidade de locais abandonados ou mal conservados nos centros urbanos infere diretamente na sensação de segurança que a população sente, ou seja, o medo da violência, e este é um dos índices utilizados para o cálculo das estatísticas da Efetividade da Segurança Pública (DATAFOLHA, 2017), que são o “*medo da violência, risco e vitimização criminal*”.

Mesmo que os índices oficiais de crimes violentos possam ter tido uma leve queda nos últimos anos em determinados locais, “*a sensação de insegurança, que atinge 70% dos brasileiros, é a maior do mundo, segundo relatório divulgado pela Organização das Nações Unidas (ONU)*” (ONU, 2018). Valores estes, que como tido anteriormente, poderiam ser reduzidos com a participação direta da população, ao invés de continuarem com o hábito de aguardar enquanto o poder público tome a iniciativa.

Em alguns dos municípios brasileiros, mutirões já tem sido colocados em prática para estas finalidades há muito tempo atrás, como no caso do município paranaense de Londrina, onde fora realizado o Projeto Mutirão de Limpeza:

O Projeto Mutirão de Limpeza foi realizado com o objetivo de sensibilizar os moradores quanto a importância da organização e da mobilização comunitária, para o encaminhamento das questões coletivas e, ao mesmo tempo, combater a imagem negativa que os moradores tem do bairro e de si mesmos, buscando assim, contribuir para melhorar a sua auto estima. O Mutirão teve também como objetivo, capacitar lideranças para desenvolver, após o término da limpeza, um trabalho contínuo de educação ambiental, visando, além, da prevenção de doenças e melhoria das condições de vida daquela comunidade, suscitar sentimentos de responsabilidade, solidariedade, iniciativa e respeito mútuo. (DA SILVA; GARANI, 1998)

Pode-se perceber, que atitudes como estas são benéficas para toda a população não somente no tocante ao combate a criminalidade, mas principalmente à saúde pública, pois além de evitar a propagação de agente endêmicos, proporciona uma melhor sensação de paz e conforto psicológico para os moradores próximos à estas áreas de risco.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O intuito deste trabalho fora explicar acerca de mudanças necessárias que devem ocorrer em nosso sistema penal, pois o mesmo tem se mostrado ao longo dos anos ineficiente perante a grande complexidade e dimensões dos crimes, pois a utilização das penas privativas de liberdade para a maioria dos crimes, não diminuirá seus índices de incidência, e o Estado gastará cada vez mais para manter todo este número de indivíduos dentro das penitenciárias.

Tendo abordado a utilização da Teoria das Janelas Quebradas para sessar a propagação de zonas urbanas de abandono ou de alto índice de criminalidade, pode-se concluir que quando um ambiente não possui características básicas de perfeita ordem, a sensação causada aos que passam por aí é de abandono, e logo tem-se a certeza de que, naquele ambiente, o Estado não está presente, e se o Poder Público não age naquele local, os delinquentes agirão.

Com sua eficácia provada, através da exemplificação do que ocorreu na cidade de Nova York na década de 90, palco da grande transformação da “capital do crime” em uma das cidades mais seguras do mundo hoje em dia, tal efeito poderia ocorrer no Brasil, já que a inexpressividade do Estado perante ambientes deteriorados por ações da natureza ou do homem, tem feito com que os delinquentes se apoderem destas regiões para aumentar suas zonas de impacto na sociedade e assim começar uma ordem em cadeia de propagação da criminalidade.

Para que cenários como este deixem de se tornar realidade em solo tupiniquim, bastaria a implementação de políticas criminais e de segurança pública voltadas para a proteção e conservação das áreas urbanas, mas não apenas por parte do Poder Público, e sim, políticas de preservação em que a própria população destas localidades e vizinhanças pudessem agir diretamente para a manutenção e preservação das áreas mais debilitadas e consideradas “de risco”.

Uma possível solução para o combate à criminalidade em território nacional, com a implementação da Teoria das Janelas Quebradas, poderia ser concretizada em algumas etapas, onde inicialmente haveria a demarcação e a restauração dos ambientes onde o vandalismo esteja em sua fase inicial, portanto, na iminência de transformação dos pequenos atos

de destruição e vandalismos em um grande caos, o que teria como consequência um enorme número de macrocrimes, tornando assim impossível o controle dos mesmos pelas autoridades. Durante a segunda etapa, seria realizado o combate pontual, direcionado e efetivo às áreas já afetadas, onde quaisquer áreas já afetadas seriam recuperadas, urbanizadas e “revividas”, trazendo assim a imagem de que o Estado está presente naquele local para proteger a vida dos cidadãos.

É necessário antes de mais nada recuperar a confiança da população na justiça brasileira, e isto só será possível quando o Estado agir de forma uniforme, ou seja, não deixando que a prática de crimes passe impune, pois este fator que gera a maior descrença no Direito Penal por parte da sociedade. Com isso, podemos perceber que mesmo que apenas parte da Teoria das Janelas Quebradas possa ser efetivamente colocada em prática sem maiores empecilhos criados pela legislação brasileira, ainda assim, poderíamos ter como fruto de sua aplicação um significativo avanço no combate a criminalidade e com uma grande economia aos cofres públicos, já que ultimamente, devido a crise econômica que o país tem enfrentado, grandes cortes têm sido feitos em diversos setores do Estado.

O principal objetivo da implementação da Teoria das Janelas Quebradas no ordenamento jurídico brasileiro não seria o combate efetivo aos crimes que estão acontecendo agora, e sim, evitar que os mesmos se propagem durante anos e que as futuras gerações enfrentem os mesmos problemas que existem hoje ou até mesmo piores.

BIBLIOGRAFIAS

ANDRADE, Fábio Coutinho de. "**Broken windows theory**" ou **teoria das janelas quebradas**. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2811, 13 mar. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/18690>>.

BITENCOURT, Cezar R. Tratado De Direito Penal 1. Parte Geral. Saraiva. 2019

CÂMARA MUNICIPAL DE MARICÁ. Terrenos baldios abandonados contribuem para crescimento de roubos e furtos na cidade. **Rio de Janeiro. Disponível em** <<http://marica.rj.leg.br/noticia2.php?id=71>>

CARVALHO NETO, José Augusto de. **A teoria da janela quebrada e a política da tolerância zero face aos princípios da insignificância e da intervenção mínima no direito brasileiro.** Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 26 maio 2011. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.32244&seo=1>>.

DA SILVA, Alaíde Maria Morita Fernandes; GARANI, Marilys. **O Mutirão De Limpeza Como Instrumento De Sensibilização Para A Participação Comunitária.** *Serviço Social em Revista*. Volume 1 - Número 1. Jul/Dez 1998

DELGADO, Marcos Bazzana. **Desordem urbana – Teoria das Janelas Quebradas.** JusBrasil, São Paulo, 2014. Disponível em : <http://bazzana.jusbrasil.com.br/artigos/113907813/desordem-urbana-teoria-das-janelas-quebradas#comments>.

DATAFOLHA. Fórum Brasileiro de Segurança Pública. 2017. Disponível em: <http://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2017/11/FBSP_Indice_FBSP_Datafolha_Efetividade_Seguranca_Publica_2017_Apresentacao.pdf>

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal. Parte Geral.** Impetus. 2019

JUNIOR, Ricardo B. R.; LAZARI, Rafael José N. de; LUCA, Guilherme D. de. **Direito Penal Mínimo: A Teoria Do Equilíbrio Da Norma Penal.** REGRAD, UNIVEM/Marília-SP, v. 10, n. 1, p 245 - 258, outubro de 2017.

LOMBROSO, Cesare. **O Homem Delinquente.** Ícone. 1ª Ed. 2017

SAKAI, Mariana Katsue. **Reflexões Sobre a Criminalidade No Brasil E A Teoria das Janelas Quebradas,** Boletim Jurídico, Uberaba/MG, a. 5, n° 1239. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=4048>>

ONU, **Sensação de insegurança no Brasil é a maior do mundo, diz ONU.** Passei na Web. 2018. Disponível em: <https://www.passeiweb.com/estudos/sala_de_aula/atualidades/sensacao_de_inseguranca_no_brasil_e_a_maior_do_mundo_diz_onu>

SENDRETE, Rômulo Henrique Godoi; DE ANDRADE, Paulo Celso Ayrosa Monteiro. Teoria Das Janelas Quebradas E Sua Aplicação No Campo Prático Por Meio Da Política De Tolerância Zero. **Revista UNIVAP. v. 22, n. 40 . 2016.**

SKOGAN, Wesley. **Broken Windows: Why – and how – we should take them seriously.** Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-1832002000200012ript=sci_arttext> .

STF. HABEAS CORPUS: **HC 123.108.** Relator: Ministro Roberto Barroso João Otávio de Noronha. DJ: 08/12/2014. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC_123108_MLRB.pdf>.

VARELLA, Drauzio. **Estimulo à Desordem.** Disponível em: <<http://drauzioarella.com.br/drauzio/janelas-quebradas/>>.

WILSON, James Quinn.; KELLING, George. **BROKEN WINDOWS: The police and neighborhood safety.** The Atlantic. New York, 1982. Disponível em: < <http://www.theatlantic.com/magazine/archive/1982/03/broken-windows/304465/>>.

UM CONVITE À REFLEXÃO: PERSPECTIVAS HUMANÍSTICAS SOBRE O ENCARCERADO

Natasha Benevides Rodrigues

Flávio Mirza Maduro

Lorena Braga Raposo

INTRODUÇÃO

Inegável que o maior anseio de qualquer encarcerado, independente do delito por ele cometido, sua raça, gênero, idade, naturalidade ou religiosidade é a sua libertação, ou seja, o retorno à sociedade. Segundo Francesco Carnelutti (2017, p. 79), o aguardo em retornar ao convívio social, desvestindo o horrível uniforme, reassumindo a qualidade de homem livre, de retornar ao seu lugar antes ocupado na sociedade, é o oxigênio que o alimenta.

Ocorre que esta esperança é uma grande falácia, já que o processo, de fato, termina com a sua saída do cárcere, após o pagamento da pena que lhe foi imposta, conhecida vulgarmente como sua “dívida para com a sociedade”, porém, o sofrimento e o castigo que lhe são impostos, oriundos desta pena, são perpétuos. Esta afirmação é pautada em duas razões de ser.

A primeira é a perpetuidade da pena, que se dá pela dificuldade de o apenado retomar a vida antes experienciada, com suas relações, hábitos e rotinas no âmbito familiar e pessoal. Já o segundo aspecto é pautado no fato de, apesar de se ver como homem livre, já não mais encarcerado, o corpo social assim não o enxerga, excluindo de forma taxativa e contínua

da sociedade, como se ainda estivesse dentro do cárcere, o que resta comprovado através de dados sobre reinserção destas pessoas no mercado de trabalho, bem como a porcentagem de encarcerados que reincidem pela exclusão que lhe é imposta.

Carnelutti (2017, p. 81), ao versar sobre o papel do Estado neste cenário, aduz que este é o primeiro a preceituar os deveres de se tratar o acusado como inocente até o trânsito em julgado da sentença condenatória, porém, ao tutelar os interesses do encarcerado, também é o primeiro a ser omissos.

Essencial se faz o papel basilar da ressocialização como um dos caracteres da pena, pois só o viés punitivista não basta para que a pessoa que cometeu um crime entenda o desacerto de sua conduta. Assim, se faz primordial a característica de prevenção e a pena privativa de liberdade deve ser pautada no máximo respeito aos demais direitos e garantias fundamentais do indivíduo, evitando a dessocialização, ao mesmo tempo que promove a sua socialização.

Por isso, o foco do presente trabalho é no lazer como um direito social que todos possuem, previsto entre os direitos e garantias fundamentais expostos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, como uma forma de se reinserir o detento à sociedade. Além do mais, a Lei de Execuções penais prevê os direitos à recreação, ao descanso e ao exercício de atividades profissionais, artísticas, intelectuais e desportivas, compatíveis com a execução da pena imposta, garantindo o acesso ao lazer, possibilitando a produção de processos de sociabilidade e socialização dos encarcerados.

A remição é o instituto jurídico que garante a redução da pena do aprisionado pelo trabalho e/ou pelo estudo. Assim sendo, deve ser este instrumento utilizado para o fim de socialização da pessoa encarcerada à vida social.

1. OS FINS DA PENA EM NOSSO SISTEMA PRISIONAL

Cesare Bonesana (2015, p. 23-24), o Marquês de Beccaria, um dos maiores pensadores de sua época, em seu livro intitulado como “Dos delitos e das penas”, lançado em 1.764, período iluminista de nossa história, afirmou que a sociedade surgiu do receio dos homens em não consegui-

rem gozar de suas plenas liberdades, pelo fato de existirem outros sujeitos que, ao exercerem este direito, retiram os daqueles, sendo rivais. Assim, abre-se mão da menor parte possível desta autonomia para poder usufruir seu sobejo com maior segurança possível. A sociedade seria a junção de todas essas pequenas parcelas de liberdades cedidas pelos homens livres a um representante.

Ocorre que o ser humano, com sua tendência ao despotismo, poderia usurpar este poder pertencente aos demais. Neste momento, criam-se às penas, com o fim de evitar esta prática e, com sua inevitável ocorrência, aplica-se à punição de quem assim agiu. Desta forma, aduz o Cesare Beccaria (2015, p. 24-25) “o conjunto de todas essas pequenas porções de liberdade é o fundamento do direito de punir.”.

Assinala o autor que este direito de punir não é de todos os homens, mas apenas pertence às normas, que o regula e manifesta a aspiração de todos os pertencentes à coletividade (*Ibid.*, 2015, p. 68).

O direito de punir do Estado, também conhecido como *jus puniendi*, se deu de muitas formas ao longo dos séculos, mas sempre visava atingir aos corpos dos apenados, desconsiderando totalmente a dignidade da pessoa humana inerente a qualquer ser. A tortura, dentro desse sistema, sempre foi uma característica almejada, a qual se dava anteriormente no próprio corpo da pessoa e, atualmente, é realizada na alma do aprisionado (FOUCAULT, 1997, p. 9-20).

As penas, juntamente com a sociedade, foram se adequando ao passar do tempo. Aquelas, conforme Foucault (1997, p. 9-20) relata, se dava primeiramente pelo suplício, forma de tortura empregada a quem era condenado com o intuito de o fazer sofrer de forma contínua, até o momento que este não aguentasse mais, o que o levava a morte. Esta maneira de punir servia não só para que fosse penalizada uma atitude contrária às leis do Estado, mas assim faziam em praça pública com a finalidade de que as demais pessoas da sociedade vissem, realizando um espetáculo, o que causava medo e servia como um método de reprimenda.

Rogério Greco (2016, p. 23-24) afirma que esta pena possuía natureza afitiva e, neste momento, a prisão era o meio útil e necessário tão somente para acautelar quem estava por aguardar seu julgamento perante o juiz ou a aplicação de sua pena.

Porém, essa configuração começa a ser rejeitada pela sociedade, que interfere sobre os suplícios, não os considerando mais como algo aceitável.

Nesse momento, há a criação do sistema penitenciário e, apesar da pena não recair sobre a integridade física do acusado, ainda recaía sobre os seus corpos, já que o indivíduo era retirado da sociedade sob a alegação de ser domesticado e, após, ressocializado. A pena, então, continua sendo a retirada de direitos fundamentais do ser humano. O espetáculo não é mais a execução da pena em si, mas o seu julgamento (FOUCAULT, 1997, p. 20-32).

A prisão, então, tinha como principal objetivo o adestramento do apenado, tornando-os dóceis e disciplinados para serem úteis ao Estado. Ocorre que esta modalidade de punição advém antes mesmo da própria criação das leis penais nos séculos XVIII/XIX, mas, neste instante, há a sua generalização, conhecida como a forma de punição das sociedades civilizada. Isto se afirma por ser a liberdade um dos mais valiosos direitos do corpo social moderno, principalmente após a Revolução Francesa, sendo a sua privação a forma mais igual de punição. Ademais, é o método mais eficaz encontrado para realização da mudança do indivíduo (*Ibid.*, 1997, p. 223-225).

Outrossim, a prisão não se dava de forma permanente, retirando a liberdade do ser condenado de maneira definitiva, pois, se assim fosse, não teria nenhum valor. A pena, então, deveria ser quantificada, amoldando-se a correção necessária ao apenado, determinando o tempo que deve ficar aprisionado correlacionado ao nível de reparação que se faria imperativa a este. Não deveria se ter analisado apenas o delito cometido e suas circunstâncias, mas também a forma como o acusado reagiria a pena aplicada no decorrer do tempo aprisionado, criando-se as regressões e agravações de pena. (*Ibid.*, 1997, p. 237-241).

O efeito mais fundamental da prisão é que ela torna o ato de punir estatal em algo legítimo e natural, dando caução ao Estado quando a aplica, pois estará assim prevista pelas leis e regularmente aplicada pelo Poder Judiciário. Para a sociedade, a prisão tem também seus reflexos, pois passa a ser totalmente aceitável a aplicação do *jus puniendi* estatal. Ela se torna uma estratégia do Estado para controlar e deter toda a sociedade, não sendo utilizada apenas como forma de coerção do indivíduo que cometeu o delito, mas também para que todos evitem assim o fazer com medo da punição (*Ibid.*, p.297-301).

Em um Estado Democrático de Direito, há certas opções realizadas pelo poder constituinte originário que devem ser rigorosamente observa-

das por todos os poderes para que haja a regular aplicação da punição ao condenado. Como exemplo, a nossa Constituição Federal, em seu artigo 5º (BRASIL, 2018), vedou, expressamente, penas de morte, perpétuas, trabalhos forçados, de banimento e qualquer outra com caráter cruel.

Além dos explícitos limites anteriormente versados, existem outros tantos inseridos de forma implícita em nosso ordenamento jurídico que, igualmente, devem ser apreciados por todos (GRECO, 2016, p. 581).

Partindo deste introdutório, busca-se explicar as finalidades das penas no ordenamento jurídico brasileiro. Para tanto, deve ser analisado o artigo 59 do Código Penal (BRASIL, 2017), o qual aduz que o magistrado deverá aplicar a pena, a quantidade, o regime e a possibilidade de sua substituição em atenção à necessidade e proporcionalidade de reprovação do sujeito e prevenção.

Há duas principais teorias que versam sobre o tema, quais sejam, a absoluta, que dá atenção ao caráter retributivo da pena; e a relativa, que concentra a discussão na prevenção desta. A primeira é pautada na ideia de que haveria um equilíbrio quando da aplicação da pena, recebendo a pessoa condenada apenas o que a própria deu para a sociedade. Neste caso, não atrelada a pena e seu efeito social, mas se visa a ideia de compensação entre delito e pena (GRECO, 2016, p. 585).

A segunda teoria, todavia, é pautada, como anteriormente expressado, na prevenção, que é subdividida em geral e especial, ambas podendo ser positivas ou negativas (*Ibidem*, 2016, p. 585).

A prevenção geral negativa advém da ideia de que os demais membros daquele corpo social, ao verem seu par sendo julgado e condenado pela prática de um crime, desistam da sua realização, diminuindo, assim, o número de delitos praticados no seio social. Já a positiva é pautada na concepção de exemplo, da mesma forma, mas não com um viés contraproducente, ou seja, a aplicação da pena influenciaria aqueles cidadãos de forma assertiva a acatar valores maiores, como o próprio direito (*Ibid.*, 2016, p. 585-586).

De outra forma se dá o conceito de prevenção especial negativa, entendida pela doutrina como a anulação da possibilidade daquela pessoa de cometer outro delito por ter sido retirada do seio social e ter sido inserida em um local onde não mais poderia, hipoteticamente, reiterar seus atos. A positiva desta espécie é entendida como a própria ressocialização do in-

divíduo, que atua em sua mente, ou seja, quando este é retirado da sociedade, encontrando-se isolado, momento em que repensaria suas atitudes e se redimiria destas pelas consequências que sofreu (*Ibid.*, 2016, p. 585).

Nossa legislação é clara ao indicar que se aplica a teoria mista, pois, ao mesmo tempo em que a pena deve ser útil e necessária para reprovar a conduta praticada pelo acusado, deve também prevenir a sua ocorrência, misturando-se as concepções anteriormente explicitadas (*Ibid.*, 2016, p. 586).

2.A PERPETUARIDADE DA PENA DO ENCARCERADO

O que define uma pessoa ser civilizada? Não será uma expressiva incivilidade considerar o encarcerado como “coisa” quando este se encontra em cárcere?

Ao final do decurso do processo, este apenas restará findo quando houver o trânsito em julgado de uma sentença penal absolutória. Ao contrário, todavia, quando há uma sentença condenatória, a causa não termina com a formação da coisa julgada, mas se protraí no tempo com a expiação que sofre o encarcerado, contrariamente ao que muitos pensam, ou, quiçá, chegam a pensar, por falta de interesse sobre aquela pessoa (CARNELUTTI, 2017, p. 71).

Carnelutti (2017, p. 72), em seu livro intitulado como “As misérias do processo penal”, faz uma interessante comparação entra a vida do encarcerado e a morte, senão vejamos:

o pronunciamento da condenação, com o aparato que todos conhecem, mais ou menos, é uma espécie de funeral; terminada a cerimônia, depois que o acusado sai das jaulas e o recebem em custódia os policiais, recomeça para cada um de nós a vida cotidiana e, pouco a pouco, não se pensa mais no morto. Sob um certo aspecto, pode-se assemelhar a penitenciária a um cemitério; mas se esquece de que o condenado é um sepultado vivo.

Outro cotejo realizado pelo autor é referente à penitenciária e o hospital. Assim, a pena seria a prescrição que curaria o apenado, enfermício de espírito. Todavia, diferentemente do que ocorre com as doenças corpó-

reas, não há a preocupação, dentro do cárcere, com a progressão da prescrição de cura, ou da alteração desta quando há falibilidade, ofuscando-se totalmente o fim sociabilizador precípua da pena imposta ao encarcerado (CARNELUTTI, 2017, p. 72-73).

Outrossim, a penalidade não tem seu fim quando há a “cura” do espírito do preso, ou seja, quando se dá sua remição pela prática do delito. Continua com o objetivo de servir de exemplos para outros da sociedade, cumprindo o papel preventivo da pena ante à sociedade, visando o interesse público e social maior que aquela pessoa (*Ibidem*, 2017, p. 73-74).

Como bem disse Carnelutti (2017, p. 79), o aguardo pelo regresso à vida em liberdade é o que alimenta o apenado, o desejo de se ver como homem livre novamente, retornando ao seio social que deixou quando adentrou ao sistema penitenciário. Privar este indivíduo do retorno é o que torna a condenação estatal desumana. Isto porque, apesar de ser um homem livre do processo ao cumprir sua pena e sair do encarceramento, esta pessoa, por muitas vezes, não deixa de sofrer com a pena imposta, a qual não se perfaz com seu retorno.

Além de toda a readaptação ao mundo ao qual este homem em liberdade não mais está inserido, seja pela mudança de costumes culturais, seja pela transformação das relações pessoais que possuía, não pode se negar que o corpo social ao qual ele pertencia antes do cárcere ainda não o vê como um liberto, mas sim como um encarcerado, assentando a sua imagem no delituoso (*Ibid.*, 2017, p. 79-80).

Cesare Beccaria (2015, p. 32) aduz que as normas e práticas dos povos sempre se encontram retardado em relação aos pensamentos da atualidade, o que chamou como “a luz do povo”, posto que a sociedade se encontraria refém de preconceitos oriundos de seus antepassados.

Como cedo, há uma perpetuaridade na pena, visto que, o grupo onde esta pessoa se inseria continua a ver este como encarcerado, não lhe permitindo a remição de seu erro mesmo após o devido cumprimento do tempo de encarceramento determinado pelo juízo. Este fato é marcado principalmente pela falta de oportunidade no mercado de trabalho para pessoas saídas do cárcere, seguindo a lógica de que a mácula em sua certidão de antecedentes criminais o torna um eterno delinquent. O cumprimento de sua pena não garante que, de fato, este tenha se redimido pelo ilícito cometido (CARNELUTTI, 2017, p. 80-81).

Carnelutti (2017, p. 81-82), sabiamente, afirmou que não poderia se esperar conduta diversa da população quando o próprio Estado assim age. Isto porque, em determinados delitos, como os praticados por servidores públicos contra a própria Administração Pública, o Estado lhe nega o direito de retornar ao seu posto de trabalho, impondo, assim, uma pena perpétua àquele cidadão.

Desolado pela desilusão que lhe é imposta, o apenado que acreditava que, com sua liberdade, a vida voltaria a ser como antes, se depara alterado não apenas pela penitência cumprida, mas também pela libertação após esta. Desta forma, o seu referencial de lar se altera e, por muitas vezes, este se encontra no cárcere onde fora acolhido (*Ibidem*, 2017, p. 82).

Carnelutti (2017, p. 81-82) conclui: “As pessoas creem que o processo penal termina com condenação e não é verdade; as pessoas creem que a pena termina com a saída do cárcere, e não é verdade; as pessoas creem que o cárcere perpétuo seja a única pena perpétua; e não é verdade.”.

O autor afirma que, apesar das críticas por ele pautadas, deve se reconhecer à necessidade da existência do direito, do processo, do tribunal e da própria penitência, pautadas exatamente na insuficiência humana em lidar com problemáticas sem estas figuras. Portanto, estas, na verdade, apenas questionam se as normas e instituições, como conhecemos atualmente, seriam suficientes para resolver a problemática enfrentada em meio ao corpo social (Carnelutti, 2017, p. 87).

Passado este ponto, resta identificar que a ciência da criminologia busca estudar o sistema carcerário e os institutos aplicados neste que visam a socialização e a reinserção do encarcerado na sociedade após o cumprimento de sua pena. Ocorre que, modernamente, constata-se que este sistema, ao contrário do que se propõe, insere cada vez mais àquela pessoa na criminalidade, visto a sua exclusão pela comunidade em que estava anteriormente inserido (BARATTA, 2002, p. 183).

Alessandro Baratta (2002, p. 186), em seu livro denominado “Criminologia crítica e crítica ao direito penal”, afirma que a relação entre o encarcerado e o corpo social é “uma relação entre quem exclui (sociedade) e quem é excluído (preso)”. Assim, o autor faz a distinção entre as relações e a correlação de poder do mundo do cárcere e o externo, apesar de ambos serem pautadas em premissas do modelo capitalista, quais sejam, o egoísmo e a violência ilegal, momento em que as pessoas menos privi-

legiadas se tornam submissas e exploradas pelas as mais privilegiadas em uma sociedade desigual.

O autor afirma que, antes mesmo de se querer modificar ou reeducar o encarcerado, deveria assim ser feito com a sociedade como um todo, já que as mazelas enfrentadas por este após o cárcere se dão por uma conduta de todos, dos sujeitos ativos da própria exclusão, chegando-se a origem da problemática aqui apresentada (*Ibidem*, 2002, p. 186).

A falta de atenção dada pelo Estado quando do desencarceramento da pessoa, para Baratta (2002, p. 187), é apenas mais uma maneira de perpetuar à marginalização deste indivíduo, mantendo-o preso a sua pena. E, por isso, nunca importará no cumprimento de um dos fins desta, qual seja, a sociabilização do homem antes encarcerado.

3.A REMIÇÃO DA LEITURA COMO POLÍTICA PÚBLICA PARA REINserÇÃO DO ENCARCERADO NA SOCIEDADE

A dita perpetuidade da pena não é apenas um fato citado pela doutrina, mas também pode ser comprovado pelo número ínfimo de contratações de egressos do sistema carcerário pelo mercado de trabalho. Tanto é assim que, em 24 de julho de 2018, foi instituída a Política Nacional de Trabalho, no âmbito do Sistema Prisional, através do Decreto de n.º 9.450, que estabelece que as empresas contratadas pela Administração Pública Federal devem criar cotas, reservando de 3% a 6% da mão de obra para presos ou egressos do sistema carcerário, sendo este um dos critérios para participação em licitações, tendo percentual variado consoante a quantidade de pessoas necessárias para o serviço que será prestado, medida esta que busca unicamente a reinserção das pessoas excluídas no mercado de trabalho.

Apesar do notado avanço, a legislação apenas se restringe a esfera da Administração Pública Federal, o que certamente não ameniza a problemática de forma significativa, como pretendido.

A Lei de Execuções Penais (Lei n.º 7.210, de 11 de julho de 1984), apesar de formulada antes mesmo da nossa Carta Magna, prevê diversos direitos aos encarcerados, como descanso, recreação e o exercício da profissão. O único limítrofe para tanto é que o exercício desta deve ser compatível com o regime da pena que foi imposto ao acusado.

Nesta linha, se entende pela sociabilidade atividades de promoção de entretenimento e, as que exigem aprofundamento teórico para o desenvolvimento de cunho artístico, cultural, esportivo, entre outros.

A remição, exposta principalmente nos artigos 126 e 130 da Lei de Execução Penais, é o instituto jurídico que visa a redução da pena pelo trabalho e/ou estudo e, diante do exposto até então no presente trabalho, por que não se utilizar desta para o fim da socialização?

O Departamento Penitenciário Nacional, em seu Relatório de Gestão do Exercício de 2017 (BRASIL, 2018, p. 64-65), informou que, segundo os dados expostos pelo INFOPEN, em junho de 2016, houve oferta de educação no sistema prisional na ordem de 74.540 vagas, sendo que “55.881 pessoas matrículas em turmas de Alfabetização, Educação de Jovens e Adultos e Ensino Superior, mais 5.761 em turmas de qualificação profissional e Pronatec e outras 12.898 em atividades complementares ao ensino (leitura, artes, etc.)”.

Ainda segundo os dados do INFOPEN, apenas 15% da população carcerária se encontrava em atividades laborais, o que representa o número de 95.919 pessoas, sendo que a meta estipulada pelo governo se dava na ordem de 250 mil pessoas, o que poderia ser justificado pela recessão econômica e financeira que se encontrou no país neste período (BRASIL, 2018, p. 64-65).

Há, ainda neste plano, o objetivo de que, em 2019, fosse atingida a meta de 250 mil pessoas em atividades laborais, sejam estas ainda encarceradas ou já saídas no sistema penitenciário (BRASIL, 2018, p. 64-65).

Mais especificamente quanto à remição pela leitura, se sobressai a aprovação da Resolução do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCCP), de n.º 3, de 11 de março de 2009 (BRASIL, 2009); e da Resolução do Conselho Nacional de Educação (CNE) n.º 2, de 19 de maio de 2010 (BRASIL, 2010). Ambas preveem diretrizes nacionais para a oferta de educação nos estabelecimentos penais, determinando a leitura como o cerne deste instituto.

O Departamento Penitenciário Nacional aprovou, em 2008, o Plano Diretor do Sistema Penitenciário, conjuntamente com estados da federação, o qual é formado por 22 metas prevendo sobre as necessidades existentes no sistema, visando a reestruturação do modelo penitenciário (BRASIL, 2008).

Dentre as metas estabelecidas, há uma que determina a criação de bibliotecas no sistema penitenciário, já que este é um dos meios para a socialização da pessoa encarcerada, que desenvolve, com isto, o raciocínio crítico sobre o mundo em que está inserida (BRASIL, 2008).

Quando da estruturação do referido plano, foi realizado um levantamento sobre o número de bibliotecas existentes no cárcere, segundo o qual, dos 1.148 estabelecimentos penais existentes nos estados pesquisados, apenas 305 possuíam bibliotecas, conforme relatado no próprio documento:

o acervo disponibilizado aos presos é limitado e em regra, foi formado através de campanhas de doação de livros fornecidos pela comunidade e por instituições públicas e privadas. Os livros, na sua maioria, são didáticos e de literatura variada. A principal dificuldade para a criação das bibliotecas é a falta de espaço físico nas unidades penais. (BRASIL, 2008, p. 27).

Assim, apesar de ainda ser uma política deficitária em nosso país, a prática da leitura possibilita que pessoas inseridas no sistema carcerário se tornem, através da leitura e dos estudos, profissionais em diversas áreas do conhecimento, como músicos, artistas, atores, atletas, dentro outras diversas qualificações que não necessariamente carecem de diplomas na área para o seu regular exercício no mercado de trabalho.

Outro ponto importante da remição é que esta poderia ocorrer pelo desenvolvimento de projetos de leitura monitorada, com a respectiva entrega da resenha da obra lida, o que pode ser perfeitamente aplicado no Brasil, já que a lei não restringe o instituto ao reconhecimento da frequência em cursos de ensino regular ou de educação profissionalizante.

Grande parte da doutrina, porém, é crítica quanto à eficácia da aplicação de métodos educacionais no sistema carcerário e, para tanto, faremos a explanação de alguns dos argumentos por eles expostos.

Alessandro Baratta (2002, p. 187-188) aduz que os escritos à literatura exposta em nossas normas e a efetiva aplicação destas previsões se dão em momentos distintos, mas não devem ser vistos como objetos diferenciados. Verifica-se que, atualmente, estes são considerados como coisas distintas e esta diferenciação torna as previsões legais totalmente ineficientes, ocasionando a decadência da maioria das reformas realizadas no sistema carcerário. Porém, esta falha estrutural não deve ser vista como consequência não desejada pelo poder estatal.

A grande problemática dos nossos atuais governos é a não aplicação de muitas das características previstas nas punições ao sistema penitenciário moderno, o qual ainda só é visto com o intuito de retirar o apenado da sociedade para que este não cause mais nenhum dano. O caráter disciplinador e ressocializador da pena não é posto em prática, apesar de estar previsto em nosso ordenamento jurídico, o que torna a prisão um meio paliativo, totalmente ineficaz, da qual o indivíduo sai sem qualquer alteração de seu *status quo*, retornando totalmente desvirtuado das regras sociais, posto ter sido totalmente privado do convívio desta. Conforme preceituou Foucault (1997, p. 256):

E principalmente a ordem atual não durará para sempre; não só os condenados serão libertados e recobrarão seus direitos, mas seus acusadores virão tomar-lhes o lugar. Entre os criminosos e os juízes, virá o dia do grande julgamento às avessas.

Ademais, a falta de crítica quanto à utilização deste método de punição pelo Estado é algo realmente preocupante, pois a sociedade normalmente não tem acesso a como essas condutas são postas em prática. E, mesmo quando possuem, por não lhes atingirem essencialmente, pouco se importam com os abusos estatais perpetrados, os quais acabam sendo normalizados e abalizados com naturalidade (*Ibidem*, p. 301).

Apesar de já ter se passado a época dos suplícios, onde o homem que cometeu delitos era visto como um ser sem direitos, como se não fosse mais uma pessoa dotada de dignidade humana, ainda se tem a marginalização desta. O Estado o coloca separado da sociedade por não lhe ser útil no meio social, como se fosse uma anomalia, com o intuito de lhe ter sob domínio para não ter que a educar, ficando escondida de toda a sociedade, a qual foi ensinada a não querer lidar com esta pessoa. A prisão é vista como um mundo separado da realidade, o qual o Estado não quer que a comunidade tenha contato para não lhe cobrar o que realmente deveria ser feito e, em consequência deste distanciamento, este organismo também não tem que lidar com as problemáticas do indivíduo apenado (*Ibid*, p. 301-302).

Para Baratta (2002, p. 184), o sistema penitenciário como é projetado vai de encontro à melhor forma educacional existente, visto este ser baseado na liberdade e empoderamento do indivíduo, enquanto aquele é pautado no ego, exaltando-se características como individualismo e ego-

centrismo, de modo a igualar a todos os que ali se encontram.

Aduz, ainda, que o processo de sociabilização que conhecemos é negativo por ser marcado por dois fatores primordiais. Primeiramente, retira-se do encarcerado todos os traços culturais da pessoa livre, afastando-o seu pensamento crítico da sociedade externa. Após, ensinam-no a lidar com o cárcere e os inserem dentro daquele padrão de comportamento (*Ibid.*, 2002, p. 184).

Destarte, o objetivo de educação cidadã é totalmente retirado do sistema carcerário, moldando-o apenas para a adaptação do encarcerado dentro da prisão (*Ibidem*, 2002, p. 185).

Para mais, deve ser feita uma correlação entre o sistema penitenciário e o mercado de trabalho, o qual é utilizado como uma das formas de manter a relação de poder existente na sociedade e conservar àquela pessoa recém-saída do encarceramento ainda marginalizada, aspirando o viés capitalista adotado por nosso país, em que, para que haja a acumulação de bens materiais por uns, outros devem ser excluídos, gerando desigualdade social (*Ibid.*, 2002, p. 189).

Expostas as críticas quanto ao sistema (não) educacional oportunizado ao encarcerado na atualidade, deve se levar em consideração que, apesar do caráter excludente proposto pelo Estado ao proporcionar o mínimo de ensino ao encarcerado com o único objetivo de torná-lo mão de obra barata intentando sustentar o capital, conforme expõe Baratta, ou a simples negação de uma total oportunidade de ensino a pessoa, tendo como único objetivo da prisão o de esconder o detento do resto da sociedade e o moldar aos padrões minimamente aceitos e queridos, conforme aduz Foucault, a educação também pode ser concebida de maneira emancipadora quando, de fato, se junta à previsão legal atualmente existe e a possibilidade de sua ampliação, seja pela alteração progressiva, seja pela interpretação expansiva, e sua eficácia.

Em um país onde as classes artísticas e esportivas são extremamente exaltadas, será que haveria uma mudança de pensamento da sociedade sobre o tema, na medida que se verificassem relatos de sucesso dos detentos e egressos, após o cumprimento de sua pena, em suas carreiras de origem artística, cultural ou esportiva?

A visão preconcebida do preconceito com a sua ação, que se configura na discriminação, necessita ser entendida, pois nenhum comportamento

humano ocorre por uma lógica social, ainda que deturpada, sendo assim, somente podemos combatê-los através da força intelectual, pois jamais este será eliminado pela força bruta ou pela punição normativa.

O amargo sabor experimentado pelo encarcerado no momento de seu retorno à coletividade somente pode ser superado pela educação e o ensino, que são fatores inibitórios da discriminação. Ademais, deve restar o questionamento se não deveria ser também proposta uma reeducação de toda a coletividade, visando a não exclusão da pessoa antes apenada. Assim, devem ser, primordialmente, desenvolvidas políticas públicas para tanto, partindo, assim, do próprio Estado o exemplo da sociabilização destas pessoas.

A luta, no entanto, não se limite ao campo de reformas legislativas ou hermenêuticas jurídicas apenas, mas de modificação de pensamento da sociedade. Isto porque, com o advento da modernidade, as pessoas projetam no Estado, principalmente no direito, as previsões legais para que, só após legitimadas, as cumpram. Importante pensamento resta expor de Carnelutti (20117, p. 75), o qual aduz “O Estado pode impor aos cidadãos o respeito, mas não pode infundir o amor. O Estado é um gigantesco robô, do qual a ciência pode fabricar o cérebro, mas não o coração.”

CONCLUSÃO

A inserção de atividades de sociabilização pela ampliação das possibilidades de remição atualmente descritas na legislação correlata contribuiria para decrescer a população carcerária e para a provável diminuição da reincidência, o que só poderia ser constatado através de estudos empíricos posteriores a aplicação da ampliação deste instituto.

Igualmente contribuiriam para a transformação intelectual da sociedade a fim de superar o preconceito e a discriminação diante do reconhecimento de que a ressocialização é uma realidade e um dever que não cabe apenas ao Estado, mas deve estar em suas metas primordiais.

Muito embora seja um tema que divide opiniões, a ressocialização do detento necessita de uma resposta imediata com relação à perspectividade do indivíduo quando este retorna à sociedade, devendo o Estar criar políticas administrativas que incentivem à sociedade para receber estas pessoas e proporcionem a estas meios para tanto.

O grande autor Carnelutti (2017, p. 85), sempre atento às mazelas existentes em nosso mundo, afirmou que “Civilização, humanidade, unidade são uma coisa só: trata-se da possibilidade alcançada pelos homens de viverem em paz.”.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

BRASIL. Constituição Federal. São Paula: Saraiva: 2018.

_____. Código de Processo Penal. Decreto Lei n.º 3.689 de 3 de outubro de 1941. In: *Vademecum Juspodivm*. 2 ed. Bahia: JusPodivm, 2017, p. 588-640.

_____. Decreto-Lei n.º 9.450, de 24 de julho de 2018. Diário Oficial da União publicado em 25 de julho de 2018.

_____. Lei n.º 7.210, de 11 de julho de 1984. Diário Oficial da União publicado em 13 de julho de 1984.

_____. Ministério da Educação. Conselho Nacional de Educação. Câmara de Educação Básica. Resolução nº 2, de 19 de maio de 2010. Dispõe sobre as Diretrizes Nacionais para a oferta de educação para jovens e adultos em situação de privação de liberdade nos estabelecimentos penais. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 20 maio 2010. Seção 1.

_____. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. Relatório da situação atual do sistema penitenciário: bibliotecas. Brasília: MJ/ DEPEN, 2008.

_____. Ministério da Justiça. Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. Resolução n. 3, de 11 de março 2009. Dispõe sobre as Diretrizes Nacionais para a Oferta de Educação nos estabelecimentos penais. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 25 mar. 2009.

_____. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. Relatório de Gestão do Exercício de 2017. Brasília, DF, mar. 2018.

- BARATTA Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica Ao Direito Penal: Introdução à sociologia do direito penal*; tradução de Juarez Cirino dos Santos. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002.
- BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*; tradução de Paulo M. Oliveira; 2ª ed. São Paulo: EDIPRO, 2015.
- CARNELUTTI, Francesco. *As Misérias do Processo Penal*. São Paulo: CL EDIJUR, 2017.
- FOUCAULT, Michael. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*; tradução de Raquel Ramalhate. 42ª ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2014.
- GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 18ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016.

A POSSIBILIDADE DA UTILIZAÇÃO DAS REDES SOCIAIS COMO MEIO DE PROVA NO PROCESSO PENAL

Renata Almeida Vilan de Melo

1 INTRODUÇÃO

No decorrer do tempo, as redes sociais passaram a não ser somente um método de comunicação e distração entre as pessoas, pois com a contínua evolução tecnológica as redes sociais se tornaram também um meio de prova no judiciário. Essas transformações não poderiam estar fora do ordenamento jurídico, em sua esfera criminal, utilizando-se da tecnologia com o intuito de facilitar a captação de provas.

Com a atual tecnologia as pessoas acabam se expondo, muitas vezes, de forma exagerada, trazendo assim, provas que servem para evidenciar crimes cometidos que podem ser utilizados no processo penal, ou seja, as redes sociais estão ganhando destaque, cada vez mais, no âmbito jurídico, sendo relevante a sua admissão.

Nesse sentido, as redes sociais e os métodos tecnológicos, devem ser aceitos como meios de prova no processo penal, a fim de garantir segurança jurídica às vítimas que sofrem qualquer tipo de lesão ou ameaça no meio virtual, porém nem sempre o judiciário se apresenta de forma positiva, quanto ao assunto.

Com esse propósito o presente artigo demonstra a possibilidade da utilização das redes sociais como prova no processo penal, não devendo estas serem entendidas como violação aos direitos do réu ou autor do suposto crime, justificando-se que o Judiciário dispõe de

meios para averiguação da veracidade das informações prestadas pelas vítimas que sofreram algum tipo de violação. Devendo-se levar em consideração que os envolvidos sofrem abalos psicológicos, a depender da situação ocorrida.

Tem-se como objetivo geral do presente estudo, demonstrar a relevância da utilização da internet, buscando analisar a admissibilidade do uso das informações e comunicações extraídas em redes sociais, a exemplo do *facebook*, como mecanismo de prova no processo penal. Os objetivos específicos visam abordar o conceito de prova, demonstrar a pertinência dos princípios da presunção de inocência ou de não culpabilidade, da verdade real, da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, do livre convencimento, da proporcionalidade e da liberdade probatória, do objeto e espécies de prova. Após, busca demonstrar a evolução e a aceitação das redes sociais como meio de prova e, por fim, analisar a jurisprudência e legislação brasileira.

Para exposição do presente trabalho, tem-se como metodologia utilizada a análise da jurisprudência e pesquisas bibliográficas relacionadas à área jurídica e tecnológica, tendo como escopo realizar uma apreciação ampla e precisa acerca dos reflexos da utilização das redes sociais como meio de prova no processo penal.

2 PROVA: CONCEITO E SEUS PRINCÍPIOS

2.1 Conceito de Prova

Em regra, podemos dizer que a prova é todo meio pelo qual se procura elucidar a veracidade de um fato, tendo como papel principal o alcance do convencimento do julgador, ou seja, é tudo aquilo que possa servir para evidenciar um crime. Tendo como alvo a reconstrução dos fatos buscados, procurando se aproximar ao máximo da realidade dos casos investigados.

Rangel (2018) conceitua prova como sendo o meio instrumental de que se valem os sujeitos processuais (autor, juiz e réu) de comprovar os fatos da causa, ou seja, os fatos deduzidos pelas partes como fundamento do exercício dos direitos de ação e de defesa.

A prova no plano jurídico, cuida-se, particularmente, da demonstração evidente da veracidade ou autenticidade de algo. Vincula-se, por

obvio, à ação de provar, cujo objetivo é tornar claro e nítido ao juiz a realidade de um fato, de um acontecimento ou de um episódio.

Portanto, podemos entender que a prova busca demonstrar a verdade dos acontecimentos, com o intuito de contribuir para a decisão do julgador.

2.2 Princípio da Presunção de Inocência ou de não Culpabilidade

Com base nesse princípio, o indivíduo acusado de um fato criminoso deve ter a sua inocência presumida até que seja legalmente provada a sua culpa.

Segundo os doutrinadores Távora e Alencar (2017, p. 69):

Trata-se de princípio que foi inserido expressamente no ordenamento jurídico brasileiro pela Constituição de 1988. Antes, já se invocava sua aplicação, por decorrer do sistema, de forma implícita. A CF/1988 cuidou do estado de inocência de forma ampla, isto é, de modo mais abrangente que a Convenção Americana de Direitos Humanos (ratificada pelo Brasil: Decreto n° 678/1992), na medida em que esta estabeleceu que "toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa" (art. 8°, 2), enquanto aquela dispôs como limite da presunção de não culpabilidade o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Nesse sentido, o acusado não poderá ser forçado a produzir provas contra ele, ou seja, a colaborar na elucidação dos fatos. A presunção da inocência é um estado pelo qual o indiciado permanece até que seu processo seja julgado, com sentença condenatória e transitada em julgado.

2.3 Princípio da Verdade Real

Esse princípio tem o objetivo de descobrir como realmente aconteceram os fatos, não permitindo irregularidades processuais.

De acordo com Távora e Alencar (2017, p. 79):

O princípio da verdade real (ou "substancial", de acordo com terminologia adotada pelo art. 566, CPP) também é conhecido como

princípio da livre-investigação da prova no interior do pedido, princípio da imparcialidade do juiz na direção e apreciação da prova, princípio da investigação, princípio inquisitivo e princípio da investigação judicial da prova. Independentemente da denominação que se lhe dê, é de se observar que a verdade real, em termos absolutos, pode se revelar inatingível. Afinal, a revitalização no seio do processo, dentro do fórum, numa sala de audiência, daquilo que ocorreu muitas vezes anos atrás, é, em verdade, a materialização formal daquilo que se imagina ter acontecido.

É imprescindível que se empregue todos os meios de prova para a reconstrução dos fatos, cabendo ao julgador procurar diversas fontes, aplicando-se, assim, esse princípio.

2.4 Princípio da Inadmissibilidade das Provas Obtidas por Meios Ilícitos

As provas realizadas por meios ilícitos, em regra, não são admissíveis no processo penal, tendo em vista que a aplicação das provas ilícitas fere os princípios fundamentais expressos na Constituição Federal de 1988, conforme preceitua o art. 5º LVI “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. No Processo Penal a referida norma foi recepcionada na Lei nº 11698/08, alterando o art. 157 do Código de Processo Penal, “são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”.

Conceitua Nucci, (2016) o princípio da vedação das provas ilícitas significa não poder a parte produzir provas não autorizadas pelo ordenamento jurídico ou que não respeitem as formalidades previstas para a sua formação.

Segundo o ordenamento jurídico, a aplicação das provas ilícitas no processo penal viola o princípio da dignidade da pessoa humana, porém, se faz necessário analisar que o direito individual pode acabar ferindo um direito coletivo. O objetivo das provas no processo penal é auxiliar na celeridade processual, fazendo com que a verdade real dos fatos prevaleça. Nesse sentido, é importante fazer uma avaliação no que seria indispensável no âmbito processual e o que consistiria na violação ao direito de privacidade de outrem.

De acordo com Luiz Flávio Gomes (2012), no âmbito do processo penal a primeira decisão do STF que reconheceu a inadmissibilidade da prova ilícita deu-se em dezembro de 1986 (RTJ 122/47). Tratava-se de um caso de interceptação telefônica clandestina. Determinou-se o trancamento do inquérito policial, fundado nessa prova: "Os meios de prova ilícitos não podem servir de sustentação ao inquérito ou à ação penal".

Conforme o doutrinador, nessa época se iniciou a inadmissibilidade da prova ilícita através do Supremo Tribunal Federal, em regra, o ordenamento jurídico por meio da Constituição Federal possui norma consolidada no sentido de que as referidas provas por meios tecnológicos são consideradas ilícitas.

Contudo, a maior consequência que a prova ilícita traz é a exclusão dela dos autos do processo. Em relação a essa prova, os entendimentos doutrinários e jurisprudenciais estão cada vez mais divergentes, pelo fato de não existir uma norma que regulamente a necessidade de utilização das provas ilícitas frente a fatos que ela necessite. Essa carência de norma que venha a impor a aceitação da prova obtida por meio tecnológico, faz com que os magistrados possuam diversos entendimentos, o que acarreta um atraso nos atos processuais.

2.5 Princípio do Livre Convencimento

Nesta ocasião o juiz tem a liberdade para apreciar as provas em consonância com o seu convencimento, entretanto este deve sempre ser de forma fundamentada, não podendo unicamente proferir sua sentença com base em dados informativos, conforme dispõe o art. 155 do CPP, com redação da Lei nº 11.690/2008:

Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

Parágrafo único. Somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil. (NR) *(grifo nosso)*

Analisando o referido artigo é relevante a proibição da não fundamentação da decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, o que demonstra segurança ao contraditório e ampla defesa do acusado, visto que o inquérito policial dispõe apenas de indícios do fato e não da constituição de uma prova concreta a ser fundamentada.

É necessário que o juiz verifique as necessidades do processo, fazendo com que o julgamento seja realizado de forma fundamentada. Levando em consideração que, salvo as provas cautelares, conforme menciona o final do artigo 158 do CPP, são admissíveis para fundamentação exclusiva as provas periciais, essas são consideradas medidas urgentes, sob pena de absolvição do réu por insuficiência de provas.

Discorrendo sobre esse meio, podemos fazer uma adequação ao uso da ata notarial nos conteúdos extraídos dos meios tecnológicos, de forma análoga, visto que a fé pública traduz uma relativa verdade dos fatos, tendo como base que nem todos meios tecnológicos dispõem de métodos de interceptação de informações, sendo a fé pública uma maneira de comprovar os episódios.

De acordo com a Constituição Federal, em seu art. 93, IX:

Art. 93, IX - CF: Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

Trata-se de norma adotada pela Constituição Federal e recepcionada pelo Código de Processo Penal Brasileiro. Segundo Nucci (2016, p. 184) diante do princípio do livre convencimento motivado, o STJ já decidiu que o juiz criminal não está vinculado de forma absoluta a conclusão dos laudos periciais, ocasião em que pode rejeitá-lo de forma integral ou em parte.

Dessa análise, devemos entender que apesar da existência do referido princípio, o artigo previsto no CPP não impõe a aceitação de forma absoluta das provas produzidas, sendo relativa nos casos em que ocorra algum equívoco na perícia.

2.6 Princípio da Proporcionalidade

Esse princípio orienta qual medida deve ser tomada, para que se alcance a justiça do caso concreto, segundo Mougenot (2009) discute-se ainda a natureza jurídica desse princípio, ou seja, sua legalidade como verdadeiro “princípio”, no sentido de ser uma norma-princípio de indispensável aplicação. Apresenta, entretanto, não ser apenas um “princípio”, tal como estes são tradicionalmente concebidos, mas um princípio mais importante, um “princípio dos princípios”, ou um “super princípio”, porque, enquanto todos os demais princípios jurídicos são relativos (não absolutos) e aceitam flexibilizações ou balanço de valores, o princípio da proporcionalidade é um método interpretativo e de aplicação do direito para a solução do conflito de princípios – metáfora da colisão de princípios – e do balanço dos valores em oposição (ex.: tutela da intimidade em oposição à proteção da segurança pública), não se flexibilizando, configurando-se assim em um princípio absoluto.

Nesse sentido, expõe Capez (2018), nasce a questão de até que ponto as garantias constitucionais inerentes ao devido processo legal e à preservação da intimidade do acusado podem ser flexibilizadas, ante o julgamento dos valores adversos entre indivíduo e sociedade.

Contudo, remete-se a uma avaliação prudente, de modo a estabelecer proporcionalidade, alcançando uma afinidade entre justiça e harmonia.

2.7 Princípio da Liberdade Probatória

O princípio da liberdade probatória é previsto pelo art. 198 do CPP “o silêncio do acusado não importará confissão, mas poderá constituir elemento para a formação do convencimento do juiz.”

Esse princípio é bastante amplo, dando a possibilidade das partes produzirem as provas necessárias para o bom andamento do processo, trazendo aos autos inúmeras possibilidades de provas.

Para Pontirroli (2014), o referido princípio estabelece que a proibição do uso das provas deve ser expressamente previsto em lei, caso não seja é possível a produção da prova de forma integral.

De acordo com o art. 369 do CPC:

Art. 369. As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz.

Conforme o CPC, podemos aplicar de forma análoga as provas que não possuem expressa vedação, já no CPP ainda não há previsão com relação ao tema.

De acordo com Luiz Flávio Gomes (2008):

O direito à prova conta com várias limitações. Não é um direito ilimitado. Com efeito, (a) a prova deve ser pertinente (perícia impertinente: CPP, art. 184; perguntas impertinentes: CPP, art. 212; Lei 9.099/95, art. 81, §1º); (b) a prova deve ser lícita; (c) devem ser observadas várias restrições legais: art. 207 (direito ao sigilo), 479 (proibição de leitura de documentos ou escritos não juntados com três dias de antecedência) etc.; (d) e ainda não se pode esquecer que temos também no nosso ordenamento jurídico várias vedações legais (cartas interceptadas criminosamente: art. 233 do CPP) e constitucionais (provas ilícitas). De outro lado, provas cruéis, desumanas ou torturantes, porque inconstitucionais, também não valem.

Destacando-se que a liberdade probatória não pode ser utilizada de forma plena, pois a mesma depende da aceitação do juiz, o que com a rejeição pode resultar no desentranhamento da mesma dos autos do processo, tem-se que a sua utilização deve ser feita de forma cautelosa, a fim de apenas evidenciar a verdade dos fatos ocorridos.

3 OBJETO DA PROVA E SUAS ESPÉCIES

O objeto da prova são todas as situações atinentes a uma questão que o juiz necessita para o esclarecimento dos fatos. Nessa mesma linha, destaca Capez (2018): “são, portanto, fatos capazes de influir na decisão do processo, na responsabilidade penal e na fixação da pena ou medida de segurança, necessitando, por essa razão, de adequada comprovação em juízo”.

É importante ressaltar que as espécies de provas admitidas pelo Código de Processo Penal, ilustradas em seu título VII, entre os artigos 155 a 250, são: exame do corpo de delito, e das perícias em geral, interrogatório do acusado, confissão, perguntas ao ofendido, prova testemunhal, reconhecimento de pessoas e coisas, acareação, prova documental, indícios e busca e apreensão. Contudo, há outras espécies de meio de prova regulamentadas através de leis específicas, que nos permitem a busca da verdade real, a exemplo, da quebra do sigilo bancário, fiscal e telefônico, a delação premiada e o acordo de leniência.

Além dos mecanismos citados acima, podemos frisar a Ata Notarial, reconhecida através da lei nº 8.935/1994, que regulamenta o art. 236 da Constituição Federal, dispondo sobre serviços notariais e de registro. Esta ata é solicitada pela parte interessada e se refere a uma comprovação de uma situação ou de um ato que é atestado com fé pública pelo tabelião, através de um instrumento público, ou seja, será presumida a verdade daquele ato ou situação, visto que o tabelião goza de fé pública. Após registrada a ocorrência essa poderá fazer parte do processo como espécie de prova, devendo-se levar em consideração que esse tipo de prova possui uma presunção de verdade relativa e não absoluta, podendo haver discussões de entendimentos, apesar do Código de Processo Civil já resguardar esse instituto nas ações cíveis. O Código de Processo Penal ainda não tem previsão legal, frisando-se que apesar da existência desse meio de prova, o solicitante não conta com uma segurança jurídica de que tal prova será aceita no processo penal.

Por meio da ata notarial o tabelião materializa os acontecimentos com imparcialidade e autenticidade, como formas de pré-constituição de prova sobre páginas eletrônicas (sites) ou outros documentos eletrônicos (e-mail), fixa a data, hora e a existência do arquivo eletrônico. Poderá provar fatos caluniosos, fatos contendo injúrias ou difamações, fatos contendo uso indevido de imagens, textos e logotipos, infração ao direito autoral (RODRIGUES, 2005).

4 A POSSIBILIDADE DA ADMISSIBILIDADE DAS REDES SOCIAIS COMO MEIO DE PROVA NO PROCESSO PENAL

O judiciário já assegurou que as mensagens advindas das redes sociais podem ser anexadas ao processo como prova obtida em desfavor daquele

que as escreveu ou gravou. São pistas que os casos abandonam, mensagens que não são deletadas e se mantêm, devendo ser levados aos autos do processo para conhecimento e contribuição com o fito de atingir a verdade real dos fatos.

Dentro desse contexto, dizer que as mensagens oriundas das redes sociais não podem ser utilizadas como prova de um acontecimento nos autos de um processo, é um total atraso, visto que atualmente contamos com uma grande tecnologia.

Deve-se levar em consideração que as redes sociais tiveram uma grande evolução nos últimos tempos. De acordo com o IBGE (2016), a Internet é utilizada por 64,7% dos brasileiros a partir dos 10 anos de idade, considerando que 63,8% dos usuários são homens e 65,5% mulheres, 85% são jovens entre 18 a 24 anos de idade e 25% são pessoas com 60 anos ou mais, entretanto cerca de 75% dos usuários que possuem 10 anos de idade ou mais, não acessaram a internet por não saberem utilizá-la ou por falta de interesse. Vale ressaltar que 94,6% das pessoas utilizam a internet através de telefone celular móvel, 63,7% por microcomputador e 16,4% através do tablet, as maiores finalidades do acesso à internet é a de troca de mensagens em aplicativos de redes sociais que possui maior índice estatístico com 94,2%. Já o segundo maior índice com 76,4% é o interesse em assistir a vídeos, programas, séries e filmes, as conversas por chamadas de voz ou vídeo ficam em terceiro lugar com 73,3%, e o menor índice aparece com 69,3% que é a utilização do *e-mail* para envio e recebimento de mensagens.

Conforme estatística apresentada verifica-se que de acordo com a população brasileira as redes sociais estão sendo predominantemente utilizadas, com maior índice de troca de mensagens através de aplicativos, o que significativamente aumenta o número de processos com provas obtidas pelos meios tecnológicos.

As redes sociais são conhecidas e bastante aproveitadas para várias situações pelos usuários que necessitam de segurança no conteúdo das informações trocadas no aplicativo. Nesse contexto, em que pese possua uma segurança para esses usuários quanto sua utilização, essa segurança nem sempre auxilia o Judiciário nos casos que há necessidade como prova o conteúdo das mensagens trocadas no aplicativo.

Segundo o STF (2017) o co-fundador do aplicativo *whatsapp*, Brian Acton, participou de uma consulta pública perante o STF no dia

02/06/2017, para responder as questões sobre interceptação elaboradas pelo relator da (ADPF) 403, Ministro Edson Fachin, Brian informou que a criptografia de ponta a ponta do referido aplicativo é inviolável, sendo que nem a própria empresa tem acesso ao conteúdo das mensagens dos usuários, afirmando que a chave do sistema não possui a possibilidade de interceptação, acrescentando que a única forma de desativação da criptografia para um determinado usuário atingiria todos, o que traria transtorno para os usuários, tendo em vista que hackers poderiam ter acesso a bilhões de conversas com esse acontecimento.

Relacionando com a segurança e o favorecimento do aplicativo *whatsapp* para o Judiciário, não podemos, no entanto, deixar de verificar a relevância da tecnologia como importante meio de prova, devendo-se levar em consideração que alguns processos criminais que necessitam dessa interceptação deixam de prosseguir por não possuir indícios de provas suficientes, já que o aplicativo não fornece a informação devida.

Liliana Minardi (2014, p. 41) a crescente escalada da violência tem possibilitado ao Poder Público a captação de informações e dados privados por meio de métodos eletrônicos sofisticados. Entende a doutrina que, diante dos fins visados, é possível a ação interceptora, sacrificando-se os direitos individuais em prol do bem comum. Essas interferências estão legitimadas pelo sistema jurídico, em função da orientação que cabe ao Estado de conceder segurança aos seus cidadãos.

A doutrina majoritária entende que os dados privados devem ser violados, em virtude de beneficiar a coletividade, esse entendimento necessitaria ser acolhido pelas redes sociais, no sentido de dar celeridade ao processo penal, e concluir as investigações necessárias.

Segundo Mendroni (2015, p. 154) as interceptações das comunicações, em sentido genérico, aí consideradas as gravações clandestinas, interceptações telefônicas, escutas e gravações ambientais, interceptações de comunicações de rádio, de *e-mails*, de *whatsapp*, de *facebook* ou qualquer outro sistema de mensagens escritas etc. São, por assim dizer, fontes de provas das que induzem maior grau de valoração e que podem existir no âmbito do processo penal.

O crescimento da tecnologia trouxe avanços para seus usuários e para o processo penal, demonstrando que a prova possui valoração para o processo. Desse modo, em meio as controvérsias jurisprudenciais e entendi-

mentos doutrinários é possível perceber que a admissibilidade das provas virtuais no âmbito penal é considerada uma guerra que ainda não foi vencida, mas que continua em constante batalha.

5 A JURISPRUDÊNCIA E LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Os entendimentos se apresentam de forma mais divergente em relação as provas que podem ser admitidas no processo penal, apesar de vários Tribunais já acolherem essa nova espécie de prova. Muitos ainda discordam do entendimento que vem sendo firmado perante os Tribunais Superiores, acarretando transtornos às vítimas que se utilizam desse meio de defesa. Portanto, deve-se mensurar o quão importante é a prova para o processo penal, para que assim haja celeridade e mais eficácia no seu trâmite, visto que, após análise, o magistrado poderá ter mais provas concretas, ao invés de apenas alegações e ouvida de testemunhas e demais meios de prova, que apesar de auxiliarem no processo, a depender do contexto processual, muitas vezes não possuem a mesma eficácia de uma prova extraída das redes sociais.

Dialogando com esse entendimento, vejamos abaixo, jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que trata sobre o assunto:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. FAVORECIMENTO A PROSTITUIÇÃO DE MENOR, ARMAZENAMENTO DE IMAGEM DE PORNOGRAFIA INFANTIL E ALICIAMENTO DE MENOR PARA A PRÁTICA DE ATO LIBIDINOSO. ALEGAÇÃO DE INOCÊNCIA. INCOMPATIBILIDADE COM A VIA ELEITA. PRISÃO PREVENTIVA. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. PROFESSOR DE ESCOLA MUNICIPAL QUE SE APROVEITAVA DO SEU CONTATO COM OS ALUNOS. MODUS OPERANDI. MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS. INSUFICIÊNCIA. RECURSO IMPROVIDO. Brasília (DF), 14 de agosto de 2018 - Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA - STJ.

Conforme entendimento do STJ, este negou provimento ao Habeas Corpus impetrado em favor do preso que realizava o favoreci-

mento a prostituição, com o armazenamento de imagem de pornografia infantil e aliciamento de menor para a prática de ato libidinoso, esta prova foi admitida no processo, tendo em vista que o crime ocorreu nas redes sociais.

Nessa mesma linha, o STJ se posicionou da seguinte forma: “Embora a palavra da vítima possua especial relevância no crime de ameaça, o juízo condenatório baseou-se não apenas na manifestação do ofendido, tendo sido valorados, igualmente, o teor de publicações do impetrante na rede social, *facebook* e as provas testemunhais colhidas durante a instrução.” (HABEAS CORPUS Nº 372.327 - RS 2016/0250458-1), demonstrando mais uma vez a aceitação da prova virtual.

Importante mencionar mais um entendimento do STJ envolvendo as redes sociais – *facebook* – como meio de prova no processo penal, vejamos:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PRESENTE WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. INVIABILIDADE. VIA INADEQUADA. PRISÃO PREVENTIVA. DECISÃO ADEQUADAMENTE FUNDAMENTADA. GRAVIDADE CONCRETA. PERICULOSIDADE DO AGENTE. MERCANCIA DE ENTORPECENTES REALIZADA POR MEIO DA REDE SOCIAL DENOMINADA FACEBOOK. ORDEM PÚBLICA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE MANIFESTA. NÃO CONHECIMENTO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do habeas corpus, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. In casu, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso ordinário. 2. Hipótese em que não há flagrante ilegalidade a ser reconhecida. Na espécie, a custódia cautelar foi mantida para o resguardo da ordem pública, em razão da periculosidade concreta do paciente, acusado de integrar organização criminosa voltada para o tráfico de diversas espécies de entorpecentes realizado em festas e por meio da rede social designada "Facebook". 3. Habeas corpus não conhecido.

(STJ - HC: 273884 SP 2013/0231179-4, Relator: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Data de Julgamento: 26/11/2013, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 12/12/2013)

Diante das aceitações, o STJ também já se manifestou de forma desfavorável:

PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. FURTO E QUADRILHA. APARELHO TELEFÔNICO APREENDIDO. VISTORIA REALIZADA PELA POLÍCIA MILITAR SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL OU DO PRÓPRIO INVESTIGADO. VERIFICAÇÃO DE MENSAGENS ARQUIVADAS. VIOLAÇÃO DA INTIMIDADE. PROVA ILÍCITA. ART. 157 DO CPP. RECURSO EM HABEAS CORPUS PROVIDO. Brasília (DF), 05 de dezembro de 2017 - Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA – STJ.

No entendimento acima suscitado o referido recurso foi provido, considerando que as provas obtidas precisam de autorização judicial para serem consideradas lícitas, o STJ teve como base legal o art. 5º, inciso XXII, da Constituição Federal, que trata sobre a garantia de inviolabilidade, entendendo que houve violação dos dados armazenados do *whatsapp* no celular dos flagranteados, não podendo ser utilizado como prova, o que é lamentável para as vítimas, uma vez que tais dados poderiam auxiliar na investigação da quadrilha em práticas de atos delituosos.

Passando para a análise do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, onde também houve o reconhecimento da prova obtida através do aplicativo *whatsapp* (TJSE, 28.08.2018):

HABEAS CORPUS – TRÁFICO DE ENTORPECENTES (ART. 33 DA LEI 11.343/06) – PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA – ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DOS REQUISITOS DA PREVENTIVA – INOCORRÊNCIA – INDÍCIOS SUFICIENTES DA MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVA – NECESSIDADE DE GARANTIR A ORDEM PÚBLICA E A CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO PENAL, EVITAR A REITERAÇÃO CRIMINOSA, SALVAGUARDAR O MEIO SOCIAL E DE EVITAR QUE A PRETENDIDA LIBERDADE SE CONVERTA EM SENTIMENTO DE INSEGURANÇA – DECISÃO FUNDAMENTADA EM DADOS

CONCRETOS – EXISTÊNCIA DE FORTES INDÍCIOS DE AUTORIA DELITIVA – DIÁLOGOS VIA WHATSAPP EXISTENTES ENTRE O PACIENTE E OUTROS INVESTIGADOS A RESPEITO DE UM CARREGAMENTO DE DROGAS SINTÉTICAS VINDAS DE ALAGOAS – INDÍCIOS DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES E DE SER O PACIENTE RESPONSÁVEL PELA COMPRA DE 1300 (MIL E TREZENTOS) COMPRIMIDOS DE ECSTASY ENVIADOS E RETIDOS PELOS CORREIOS – GRANDE QUANTIDADE E VARIEDADE DE DROGA ENCONTRADA NA RESIDÊNCIA DO PACIENTE O QUAL É CONHECIDO PELO DENARC POR FREQUENTAR FESTAS ELETRÔNICAS REALIZANDO A VENDA DE DROGAS EM TAIS LOCAIS - CONFISSÃO PERANTE A AUTORIDADE POLICIAL - CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS QUE NÃO AFASTAM A NECESSIDADE DE ENCARCERAMENTO CAUTELAR – PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NÃO OFENDIDO - MEDIDA EXTREMA QUE NÃO RESULTA DO RECONHECIMENTO DA CULPABILIDADE E NEM IMPÕE PENA ANTECIPADA – ILAÇÕES SOBRE A PERSPECTIVA DA PENA EM CONCRETO – IMPOSSIBILIDADE. INADEQUABILIDADE DA APLICAÇÃO DE MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. HABEAS CORPUS CONHECIDO E DENEGADO. DECISÃO POR MAIORIA. ARACAJU-SE, 28 DE AGOSTO DE 2018 – DES. DRA. MARIA ANGÉLICA FRANÇA E SOUZA. (grifo do original)

No caso do Tribunal de Sergipe o entendimento se fundou em considerar a aceitação de conversas mantidas no aplicativo *whatsapp*, também sendo utilizada a prova através da Ata Notarial como meio de prova, vejamos:

”[...] Em relação ao representado SAULO AMARAL COSTA, tem-se ainda uma conversa, extraída do aplicativo *whatsapp* da testemunha TIE

DEDA DE OLIVEIRA, através da ata notarial lavrada no livro nº 470, fl. 34, Cartório do 3º Ofício de Aracaju/SE, em que o representado demonstra remorso por ter ocasionado a prisão do investigado Andrey de Freitas Paes, destinatário da encomenda de drogas sintéticas, que é objeto deste processo.

Ou seja, vislumbra-se na espécie o fumus commissi delicti atinente à custódia pretendida.[...]"

Nesse evidente teor, nota-se que a existência do mais recente meio de prova pode decidir de forma diversa sem que isso implique na decisão dos Tribunais que estão recepcionando de forma positiva, pois torna-se evidente a importância do uso das redes sociais com o fito de ajudar a cultivar outras provas na procura da veracidade.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

De acordo com a temática apresentada conclui-se que a prova é um mecanismo primordial para a elucidação dos fatos, sendo de suma importância para o julgamento do processo.

Resta evidente, que a evolução tecnológica afetou de certa forma o comportamento das pessoas perante a sociedade, principalmente por meio das redes sociais, facilitando a comunicação e interação entre elas.

Contudo, as mensagens advindas das redes sociais, utilizadas como um meio de prova, buscam orientar o magistrado para alcançar o lado da verdade em um determinado episódio, mesmo não estando regulamentadas por lei ou pelo Código de Processo Penal, servem como mecanismo de prova e contribuem significativamente para o julgamento processual.

Ao analisarmos o tema abordado, foi demonstrado a necessidade de uma norma regulamentadora para a aceitação das provas obtidas através dos meios tecnológicos, considerando que ainda existem entendimentos divergentes. Tal norma garantiria a segurança jurídica das partes no processo penal.

Tais inovações tecnológicas devem ser utilizadas com o intuito de colaborar com o Judiciário, auxiliando para as elucidações dos fatos criminais, pois o processo penal ao aliar-se à tecnologia conseguirá obter novos meios de prova e simplesmente os ignorá-los seria um retrocesso frente ao constante avanço tecnológico.

REFERÊNCIAS

- BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de Processo Penal**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BRASIL. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 15 de outubro de 2018.
- BRASIL. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 15 de outubro de 2018.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 de outubro de 2018.
- BRASIL. **Lei dos Cartórios**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8935.htm>. Acesso em: 15 de setembro de 2018.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- DIREITO, Escola Brasileira de. **Princípio do livre convencimento motivado: análise do artigo 155 do Código de Processo Penal**. Disponível em: <<https://ebradi.jusbrasil.com.br/artigos/476617952/principio-do-livre-convencimento-motivado-analise-do-artigo-155-do-codigo-de-processo-penal>>. Acesso em: 15 de setembro de 2018.
- GOMES, Luiz Flávio. Prova ilícita: direito à exclusão dos autos do processo (*exclusionary rule*). In: NUCCI, Guilherme de Souza; MOURA, Maria Thereza R. de Assis. **Doutrinas Essenciais Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 909-925.
- GOMES, Luiz Flávio. **Em que consiste o princípio da liberdade de provas? Ele é absoluto?**. Disponível em: <<https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/24279/em-que-consiste-o-principio-da-liberdade-de-provas-ele-e-absoluto-luiz-flavio-gomes>>. Acesso em: 15 de setembro de 2018.

- GONÇALVES, Victor Eduardo Rios; REIS, Alexandre Cebrian Araújo. **Direito processual penal esquematizado**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- IBGE. Nove entre dez usuários de Internet no país utilizam aplicativos de mensagens. Disponível em: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/20077-nove-entre-dez-usuarios-de-internet-no-pais-utilizam-aplicativos-de-mensagens>>. Acesso em: 5 de outubro de 2018.
- LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Provas no Processo Penal: estudo sobre a valoração das provas penais**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Provas no processo penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 15. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2016.
- PAESANI, Liliana Minardi. **Direito e Internet: liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- PONTIROLLI, Monique. Princípio da liberdade probatória. Disponível em: <<https://moniquepontirolli.jusbrasil.com.br/artigos/116653095/principio-da-liberdade-probatoria>>. Acesso em: 15 de setembro de 2018.
- RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2018.
- RODRIGUES, Felipe Leonardo. **Ata notarial – moderno meio de prova**. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,-MII5411,61044-Ata+notarial+moderno+meio+de+prova>>. Acesso em: 07 de outubro de 2018.
- STF. **Criptografia de ponta a ponta é inviolável, afirma co-fundador do WhatsApp**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=345383>>. Acesso em: 5 de outubro de 2018.

STJ. Habeas Corpus. Tráfico de drogas. Mercancia de entorpecentes realizada por meio da rede social denominada *facebook*. Ausência de ilegalidade manifesta. Não conhecimento. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24804287/habeas-corpus-hc-273884-sp-2013-0231179-4-stj/inteiro-teor-24804288?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 15 de setembro de 2018.

STJ. Habeas Corpus. Furto e quadrilha. Aparelho telefônico apreendido. Vistoria realizada pela polícia militar sem autorização judicial ou do próprio investigado. Verificação de mensagens arquivadas. Violação da intimidade. Prova ilícita. Recurso em habeas corpus provido. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/505880324/recurso-em-habeas-corpus-rhc-89981-mg-2017-0250966-3/decisao-monocratica-505880334>>. Acesso em: 17 de setembro de 2018.

STJ. Habeas Corpus. Favorecimento a prostituição de menor, armazenamento de imagem de pornografia infantil e aliciamento de menor para a prática de ato libidinoso. Recurso improvido. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/595719953/recurso-em-habeas-corpus-rhc-99621-ms-2018-0151479-4>>. Acesso em: 18 de setembro de 2018.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

TJSE. Habeas Corpus. **Tráfico de entorpecentes. Alegação de usência dos requisitos da preventiva. Inocorrência. Disponível em:** <http://www.tjse.jus.br/tjnet/jurisprudencia/relatorio.wsp?tmp_num_____processo=201800317351&tmp_numa_cordao=201819312&tmp.expressao=whatsapp>. Acesso em: 25 de outubro de 2018.

**ARTIGOS - DIREITO
INTERNACIONAL E DA
INTEGRAÇÃO E RELAÇÕES
INTERNACIONAIS**

DIREITOS HUMANOS, INTERCULTURALIDADE E RACIONALIDADE DA RESISTÊNCIA

Adolfo Veiller Souza Henriques

INTRODUÇÃO

No mundo contemporâneo, falar em Direitos Humanos pressupõe combater desafios completamente diferentes dos enfrentados até a Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948. Ademais, desde os primórdios dos anos 70 até os dias de hoje, o funcionamento do Estado vem enfraquecendo em razão da extensão global da "geopolítica construída sobre o acúmulo de capitalismo excludente", uma política nomeada após o neoliberalismo, que desregulou mercados, fluxos financeiros e organizações de trabalho, enfraquecendo as funções do Estado.

Se, na fase inclusiva, os direitos implicarem obstáculos ao "desastre"- o efeito involuntário da ação deliberada- que produzia o mercado, na fase de exclusão, as demandas do mercado são reguladas, principalmente permitindo que grandes corporações transnacionais superem os obstáculos à globalização e ao desenvolvimento global dos mercados capitalistas por meio de direitos e instituições democráticas "externas".

Portanto, vivemos em um momento de exclusão geral. Quatro quintos dos habitantes do mundo vivem no limiar do sofrimento; a pobreza mata até 400 milhões pessoas por ano, de acordo com um relatório do Banco Mundial 1998, o que significa que 30 por cento da população mundial agora vive (sobrevivência) em menos de um dólar por dia-espe-

cialmente para as mulheres-20 por cento das pessoas mais pobres recebem menos de 2 por cento de sua riqueza e os 20 por cento mais ricos as pessoas mantêm 80% da riqueza do mundo.

Ademais, como resultado do programa de (des) ajustamento estrutural, a segurança social mínima desapareceu: mais de 1 milhão funcionários e trabalhadores morreram em acidentes de trabalho, 840 milhões pessoas foram faminta e 1.000.000.000 são analfabetos sem acesso à água (PNUD, 1996). Em um mundo de mortes por fome e doenças evitáveis, o número de mortes em um ano é o mesmo que nas torres gêmeas multiplicado por 6.000.

Ainda é óbvio que não importa quem seja, só lucrar. Estes são o código do "fim da história", o fim da polarização e o triunfo de idéias e de poder originais. O código mostra o desaparecimento de milhares de pessoas, condenando a pobreza mais devastada, que consideram, assombam e indignação, mostrando a riqueza do país e seu sacrifício. Eles são, portanto, baseados no chamado "tribalismo e o surgimento do localismo": Claro, do fundamentalismo.

O povo do "Norte", surpreendido e indignado por aceitar a raiva e as manifestações de fúria do "Sul", foram presos na desesperança. Como responder? Feche a fronteira, estabeleça posições jurídicas e policiais que podem impedir a "invasão" do desespero e da fome. O debate político e a teoria do multiculturalismo, que ocorre em países ricos na ordem mundial, em vez de se concentrar no sofrimento das lutas digitais e de classe, têm o efeito da "globalização" e estão comprometidos com o combate aos perigos culturais, pressupostas de forma diferente, especialmente aqueles que têm de migrar para melhorar, como possível, em suas precárias condições de vida. Não há mais luta de classes, como afirma Huntington, apenas "o conflito de civilizações".

As "profecias" do autor são identificadas pela trama e amplificadas pelo comprometimento da mídia em manter o *status quo* genocida, e são claramente inalteradas. 110 anos atrás, o poeta "nossa América", José Martí, disse na primeira conferência monetária internacional americana: "quem diz que a economia sindical diz União política." Aqueles que compram ordens, aqueles que vendem serviços; Quem pode negar que essas palavras, ditada para cortar o terrível abraço do Big Brother, podem aplicar-se aos antepassados da imigração sendo transferidos para o status quo e diferentes

formas de coexistência e/ou confronto com a realidade milenar de interpretar, explicar e intervir o mundo.

Os países bem-vindos enviam a imigração, diferente/desigual, serviço: as leis da oferta e da demanda antes de nós aplicam-se, caso em que os milhões dos povos fogem da pobreza em seus países devido à tragédia pessoal do capitalismo globalizado da rapina da globalização não-discriminatória. Vejamos a principal abordagem desta questão: em primeiro lugar, as autoridades da União Europeia persistem na "guerra contra a imigração clandestina", tomando medidas puramente policiais para construir uma fortaleza europeia, mais uma vez destinadas a proteger o seu bem-estar à custa das suas antigas colônias; Ou frases como: "eles vêm para retirar o nosso trabalho e, em seguida, não quer trabalhar, é um protesto"; Reduzi-lo a temas como a identidade cultural-reduzindo a dimensão política – ou de "cupos" (o número de imigrantes por ano) que podem legitimar-se e viver no país receptor- Ao invés da injustiça da globalização liberal selvagem como um fenômeno, a lacuna profunda entre os países ricos e pobres é aprofundada. Estes métodos constituem uma descrição das tendências das realidades da migração nas políticas europeias existentes.

Muitos dos que perderam as suas famílias, em suas jornadas particulares, procuram trabalho nos países de bem-estar do continente europeu, e conhecemos a tragédia dos indivíduos, assumindo que abandonam os seus países de origem, a fim de buscar a saída econômica para a pobreza. Sabemos também que todas as adaptações e sucumbir ao legado das condições laborais e de vida mal recebidas são impostas pelos próprios migrantes em países que não são acolhidos pelo conflito com "cidadãos". A imigração é um problema com claras conotações culturais, mas o mais importante é o desequilíbrio na distribuição da riqueza.

Podemos citar como exemplo, as corporações transnacionais, que tiveram um produto interno bruto superior para todas as partes dos países subsaarianos, e se as pessoas do Sul forem prejudicadas pelo seu desenvolvimento por causa da dívida injusta, a "garantia" das instituições globais e multilaterais para o reembolso dessas dívidas está dentro dos limites do controle democrático; Se a presa das grandes empresas pobres do país voa sobre a maior saúde ambiental, demográfica e social, é evidente que a migração e as diferenças culturais têm mais desigualdade social e desequilíbrios econômicos, e que os países governam o país do que a questão

bizantina se senta sobre o reconhecimento de outros países. Se quisermos refletir e reconhecer a partir deste entendimento que, em outros parágrafos, devemos começar com as crenças expressas em cada parágrafo. Anterior: questões culturais e políticas e econômicas.

A cultura não é uma entidade estrangeira ou uma estratégia de ação social; assim, a visão tradicional do multiculturalismo não adiciona aos problemas específicos que enfrentamos hoje. Ver a migração e as suas consequências sociais e culturais. Por um lado, temos tendências conservadoras para aconselhamento multicultural - oferecendo políticas de ação afirmativa ou discriminação positiva, métodos, tão diferentes quanto possível (e não desigual, ainda na maioria dos casos, quando uma classe leva a outro) o padrão-ouro é considerado normal.

De maneiras diferentes, uma pessoa se impõe em outra, e ambas as posições comparam visões universalista abstratas, que não podem ser questionadas, apesar de suas enormes deficiências e consequências desastrosas para a maioria dos seres humanos. Similarmente, a postura multicultural de Horst, para dizer, de outra forma, os nativistas ou os Lokalisten não adicionam a nosso debate dado o radicalismo no Reino de raízes da identidade ou de todos os parâmetros religiosos. Essas posições também terminam em defesa, como veremos mais adiante, um resumo de algum universalismo: se em "ideias" o que é identidade o que nos separam-na prática, a necessidade de contratação mútua e convivência deve ser abordada em lidar com diversas realidades, o que pode nos ajudar a viver nessas posições? Não impedirão ainda a necessidade de diálogo e de prática social intercultural na cultura. a fim de pensar sobre essas questões, a partir da teoria dos direitos humanos, devemos criar um conjunto de precisão.

1. TRÊS VISÕES A RESPEITO DOS DIREITOS HUMANOS

O debate sobre os direitos humanos no mundo contemporâneo centra-se em duas visões, duas racionalidades e duas práticas. Em primeiro lugar, uma visão abstrata, vazia do conteúdo, citado no ambiente real dos seres humanos, para o conceito jurídico ocidental e valor de identidade como o centro. Em segundo lugar, uma visão localista, em que o "eu" dominante é nosso, é, em relação aos outros, e está centrada entre as ideias e

os valores específicos das diferenças culturais. Cada visão de direitos propõe um racional e um método de colocá-los em prática.

Visão abstrata / racionalidade jurídico/formal práticas universalistas

Visão localista / racionalidade material/cultural práticas particularistas

Estas duas visões contêm a relação de peso para defender. Em face disso, o direito destina-se a garantir "todos" em vez de um ao outro, um quadro para a coexistência. A cultura, a partir de seu aparente fechamento local, pretende garantir a sobrevivência (13 símbolos, uma forma de conhecimento e valorização, direcionando as ações do grupo para os propósitos preferidos de seus membros. O problema surge quando cada uma dessas visões só é defendida por seu lado e tende a ser percebida como inferior aos outros e desprezada com outras sugestões. acima da cultura, e vice-versa. identidade, como a diferença entre as coisas antes, e vice-versa. Nem é o direito, a garantia da identidade comum, é as duas culturas neutras, como a garantia da diferença, não são fechados. Deve ser estabelecida uma cultura de direitos em que a universalidade da segurança e do respeito pelas diferentes pessoas deve ser aproveitada nos seus braços. No entanto, isso assume outra View, que assume a complexidade do tópico com o qual lidamos. Esta visão complexa dos direitos humanos é o ponto que esperamos desenvolver nestas páginas. O seu programa respeita as seguintes estruturas:

Visão complexa /racionalidade de resistência /prática intercultural

Com esta visão, esperamos superar a universalidade e a especificidade cultural dos chamados direitos. Ambos são certamente o produto de uma visão restauratista da realidade. Eles eventualmente dogma e dogmatizem seus pontos de vista sem vincular suas propostas para o contexto real. Vamos olhar para a diferença entre esses três conceitos de direitos. A visão abstrata e localizada dos direitos humanos é sempre baseada nos direitos humanos num centro, de onde é interpretada para todos os outros.

Nesse sentido, uma coisa é analisar uma forma específica de vida ou uma ideologia judicial e social. Ambos servem como um modo de medida e um modo de exclusão. Um mundo fragmentado é derivado dessas visões. Toda a concentração significa automação. Sempre haverá algo que não é afetado pelas leis da gravidade maior e deve ser marginalizado da análise e da prática. É sutil lembrar, aqui, que a imagem, com a justificativa de Robert Nozick, os métodos colocam seu estado mínimo no lugar: retratando a realidade, escolhendo os planos que queremos enfatizar, e aprendendo, cortando em todas as direções até chegar à imagem que nos convém. e a exclusão será imposta por nós no centro para governar e determinar o conhecimento e a ação.

Assim, a complexa visão dos direitos está comprometida em colocar-se na periferia. Só há um centro. O que é incompatível com ele é abandonado até o fim. No entanto, há muitos ao redor. Na verdade, tudo é periférico, e se aceitarmos que não há nada puro, tudo está relacionado. Visão, a partir da periferia do fenômeno, nos mostra que devemos abandonar a noção de "estar no ambiente circundante" como se estivéssemos algo longe do nosso entorno e deve ser controlado ou estreitado para o centro que inventamos não estamos perto de "nós somos o ambiente circundante." Não podemos descrever-nos sem descrever e compreender o que é e o que cria o ambiente que constituímos.

No entanto, eles nos ensinam a entender e "viver", como se fôssemos uma consciência solitária e agir, para colocar um mundo, não o nosso, é estranho que nós, ao contrário do que somos, fazer, e, portanto, podemos dominar e explorar. Para ver o mundo a partir do chamado centro, suponha que a compreensão da realidade material é inerte, passiva, e precisa ser dada algo na forma de inteligência de fora dela. Olhar para o mundo da periferia significa entender-se como um grupo de relacionamentos, dentro e fora, para tudo, e todos os outros. O centro da solidão assume a dominação e a violência. A diversidade periférica pressupõe o diálogo e a convivência, as visões abstratas e localistas enfrentam um problema comum: contexto. Em primeiro lugar, há absolutamente uma falta de contexto, uma vez que se desenvolve em um vazio existencial perigoso, porque não se considera assim, mas fala de fatos e figuras "realidade". Para o segundo, há um excedente de contexto, no final, que é fumarento e chamativo, levando à exclusão de outros pontos de vista: outro existencialismo só aceita

o que inclui, o que incorpora, é Valola, exclui e despreza coisas que não combinam com ele. A dialética abstrata/local, tão magnificamente expressada no caráter sombrio e pungente do romance de Joseph Conrad. Inversamente, para exibições complexas, o contexto não é um problema. É exatamente o que é: a integração de diferentes origens físicas e simbólicas na experiência do mundo. Quanto de nós não vai entender os direitos humanos, ouvir histórias e narrativas sobre o espaço, nós odiamos, expressar origens culturais por diferentes vozes antes! da visão fechada de Conrad, aprenderemos sobre o envolvimento realista de "Carnaval" e "Labalesia" apresentado por MihailBarkin. Finalmente, a visão abstrata e localizada do mundo e dos direitos nos leva a aceitar cegamente o discurso especializado. De Philofine ou de chamon, o conhecimento será re-herdado ao conhecimento da casta, que é geralmente determinar limites específicos.

No sentido oposto, as visões complexas assumem que a realidade e a existência têm o mesmo direito de se expressar, condenar, exigir e lutar. É como um conceito democrático de um mundo conceitual representativo, envolvido e coletivo. Nesse sentido, que tipo de prática racional e social cada uma dessas visões da razão e da prática social nasce?

O Mestre George Steiner afirma, "aqueles que afogam a grande contagem de profundidade e chegam a um ponto onde o cérebro humano é visto para ter uma ilusão de que é mais uma vez possível respirar a natureza." Quando isto acontece, o mergulhador puxa para fora o submersível e afoga-se. Ele estava bêbado com uma narcose fatal chamado de vertigem de grandes profundezas. Daí os intentos sistemáticos e legislativos para (chegar a) uma finalidade acordada. O texto, tirado da realidade do livro misterioso de presença, mostra a infinita possibilidade de interpretação que produz o horror da verdadeira multidimensional idade. Dois resumos de visão como os localistas abomino o fluxo constante de interpretação e a reinterpretção. Por sua parte, cada tentativa de apresentar uma explicação de ponto final que determina a razão em sua análise e recomendações.

Por um lado, a visão abstrata sistematiza sistematicamente seu ponto final a premissa da racionalidade formal. Somente as regras internas e sua aplicação geral a diferentes e plurais origens levam a uma armadilha conceitual e ideológica de não afundar, sentindo diversidade de vertigem e incerteza da realidade, tornando-se assim uma ausência bem estruturada, pretensiosa para o universalismo. Na análise final, o formalismo é uma

certeza básica. Dê a nossa língua a "estrutura" que assume que o nosso pensamento está vinculado por regras, e infere que a realidade é "estruturada" o mesmo.

Se a realidade resiste à forma, é pior para a realidade. O formalismo é o resultado do conceito de auto-isolamento do mundo e do próprio corpo, o que reduz o comportamento cultural e menos interferência com palavras e símbolos, ao invés de realidade material ou física. O mundo e o corpo são sempre vistos como coisas separadas, esquecendo, ou, quando menos, problemas. Uma palavra sobre uma palavra. Conversão da palavra, símbolo. Nunca preste atenção aos fundamentos do fundo de transferência real que compõem. Deste ponto de vista abstrato e desta forma de racionalidade, o que parece significar, só que o que pode ser "nomeado" por símbolos ou números.

O problema não é lidar com os fatos da sociedade problemática como uma coisa, sim, como fazer fatos sociais para fazer as coisas. O formalismo pressupõe a realidade e pode ser quantificado e "expresso" no "pré-modelo" da riqueza e da mobilidade social. A complexidade da "objetivação estatística" apenas um passo de distância da consciência. Tudo isso significa que, embora a realidade é muito mais ampla do que a lógica ou estatísticas, estes devem servir isso, não o contrário.

Reduzindo a racionalidade e trazendo consistência interna de regras e princípios, a visão abstrata dos direitos esquecerá algo importante para a compreensão da sociedade e dos direitos: as regras e os princípios aceitos estarão sujeitos à consistência e à falta de lacunas internas nos requisitos da lei. No entanto, por sua vez, a real racionalidade dessa racionalização não leva em conta a "irracionalidade dos pressupostos" em termos desses pressupostos, que são contínuos e que se destinam a conformar-se com sua lógica e sua coerência. Este é o limite de todas as "garantias legais" de todas as políticas representativas, ou seja, todos os formais ou neutros invocando o estado de direito. Se a realidade é dominada pelo mercado, não há mão invisível mais irracional, essa racionalidade irracional é a racionalidade da lei que não pode ser governada, a menos que cumpra a sua missão de "salvaguardar" não a liberdade e os direitos dos cidadãos, mas o mercado livre, a livre concorrência e o direito de maximizar o mercado.

A vantagem, em outras palavras, é que tudo isso é a priori para o liberalismo econômico e político. Portanto, a racionalidade diante de nós,

a universalização do specialismo: a relação entre o modo de produção e a sociedade capitalista, como se essa fosse a única forma de relacionamento interpessoal. A racionalidade formal acaba em uma prática universal onde podemos qualificar-nos para começar o universalismo, a priori, um prejulgamento de todas as realidades que devem ser adaptadas. Todos nós temos direitos porque nascemos.

Mas com que direitos nasceram, qual era a sua hierarquia interna, quais as condições sociais aplicadas e interpretadas, e essas condições constituíam matérias que eram incompatíveis com visões abstratas, ou significados, para ir ao contexto. Ao sair do fundo, o formalismo precisa criar uma realidade, cujo componente não é mais apenas a abstração da linguagem em coisas. Na verdade, esta é uma sequência legal. A questão não é perguntar se esses elementos são equivalentes e se eles se apoiam (o que significa cair na armadilha do formalismo), mas perguntar quem decide tratá-los como elementos equivalentes e para que finalidade eles aparecem como objetos de pé uns com os outros sem mencionar seus fundos sociais, econômicos, políticos ou culturais? Esta visão abstrata conduz a um universalismo a priori de reduzir a base legal para os direitos de seus componentes.

A prática social, portanto, os direitos devem ser reduzidos à luta jurídica. É esta luta, tendo em vista a função de salvaguarda que os direitos podem e devem desempenhar, e para simplificar a sua prática como um juiz normativo nos levará a aceitar todo o formalismo como a contradição fundamental do princípio: a premissa da racionalidade interna e da irracionalidade.

O que acontece com aqueles que se recusam a aceitar esses pressupostos irracionais, a lógica do mercado, para tornar tudo homogêneo através dele? o mercado precisa solicitar assistência jurídica formal para proteger a propriedade. Esta ordem jurídica, e todas as suas fundações morais e políticas, é universalmente prior, da análise a questões como o poder, a diversidade ou a desigualdade. Esta é a composição racional e razoável. Coincide com a verdade e a razão. Síntese final. Unidade oposta. Comum. Constitui o caminho para fora desta universalidade abstrata, alegando que o local, em particular? Deve, em princípio, ser notado que, como resultado deste prior Imperial, tem havido uma voz exigindo voltar ao lugar, como uma resposta compreensível para o desmantelamento e abuso deste

conceito de colonialismo. No entanto, o localismo também se afogou na diversidade da interpretação, e à sua maneira, ainda estabelece outro universalismo, uma linha paralela de universalismo, que só se encontra no magma infinito das diferenças culturais.

O localismo resiste sistematicamente o material do colonial universalismo da suposição da premissa racional. Ele desliga por conta própria. Resistindo à universalidade da tendência a priori, a fim de diminuir as diferenças culturais, é impor uma maneira de olhar para o mundo, o localismo reforça as diferenças, diferenças fundamentais, e finalmente termina a ideia de que divide o mesmo mundo abstrato: nós e eles, a outra apreciação, o que nos faz a mesma ignorância é a relação com os outros.

A partir desse ponto de universalidade, alcançamos a universalidade de linhas paralelas, átomos, que se reuniram apenas quando trabalharam juntos. É a solução para eliminar o universalismo abstrato que leva a ele. Mas, contrariamente a ele, a existência da essência das diferenças só pode ser traçada de volta à arqueologia histórica, provocando novas distorções, dedicando-se, nos melhores e mais pacíficos cenários, sem realinhamento mútuo, diferentes formas culturais.

Temos um gesto de "nativismo" diante de nós. Por exemplo, antes de essencialismo, "negro", "América Latina", "mulheres", "ocidental", como um método de mentira absoluta. Adorar essas identidades básicas faz você tão mal que você os odeia. Esta é uma conclusão necessária que deixa a história humana, com experiência institucional estranha, que pode lidar com este racional "Nativista" da humanidade levando a uma bem conhecida prática multicultural direito como sua linha paralela de universalidade. A palavra "multicultural" não diz nada por causa da falta de uma cultura separada, ou leva a suposições sobre o estilo do Museu, diferentes culturas e formas de compreensão dos direitos.

O multiculturalismo respeita as diferenças, a identidade absoluta e os fatos, e a relação hierárquica/dominante ocorre entre eles. Como há defensores, em várias ocasiões, visões abstratas, em que os debates sobre as diferenças culturais nos levam ao multiculturalismo conservador: há muitas culturas, mas apenas um pode ser considerado como um padrão de ouro universal. Por sua parte, a visão dos localistas nos levará rumo a uma tendência progressiva para uma cultura livre e multicultural: todas as culturas são iguais, e há mais sistemas de cota ou

ação afirmativa que permitem "inferior" ou "patológico" abordar a hegemonia, mas no estilo político.

À medida que se implantou o capitalismo, e também a divisão, bem como o que entendemos e o contexto. Estamos diante da forma mais sutil de hegemonia. A mesma posição na pós-modernidade, sua insistência, na ausência do discurso da globalização, não aceita essa relação divisiva e social da República, não é apenas outra maneira, pode ser indireta, também pode estar inconsciente.

Portanto, a nossa visão complexa dos direitos justifica-se pela resistência. Não é negado que sua razoabilidade possível alcança a síntese geral de diferentes opções de direitos. Nem abordou as diferenças raciais ou de gênero virtuais que lutavam para ganhar reconhecimento. O que negamos é que a universalidade é vista como uma área de início ou decepção. O universo é a chegada ou convergência do universalismo em face de danos e linhas paralelas após (não antes) conflito, controvérsia ou diálogo. Estamos falando de cruzamentos, não apenas de sobreposições.

O Universalismo abstrato é uma história de padrões morais e políticos do ouro. O site da luta nos adverte que o fim desta história nos levou ao renascimento da história. Mas rejeitar o universalismo não é suficiente; também deve ser relatado que, quando os sites são universalizados, eles são restaurados e transformados em outra ideologia universal. A transição é universal e necessária, mas o produto da interação acidental e cultural, e o resultado é a verdade absoluta. Global e especialmente sempre em tensão, o que garante a continuidade como um especial universal, evitando o especialíssimo e a universalidade.

Apresenta a existência e a convivência de qualquer maneira, mas encontra-se na transformação da convivência interpessoal e transcultural. Se a universalidade não for imposta, as diferenças não serão suprimidas; somos reconhecidos e respeitados por outros e outros por sua pretensão. E no processo, chamado de "multiculturalismo crítico" por alguns, "resistência" ao mesmo tempo, rejeitamos o universalismo e o excepcionalíssimo, e formamos o único essencialismo aplicável à visão complexa da realidade: criar condições para o desenvolvimento do potencial humano, mesmo que a proliferação da oposição constitua uma força, não uma imposição ou exclusão, mas um general comum, Nós chegamos (chegou) não quando saímos.

Não vale a pena culpar, por exemplo, que os meninos não-ocidentais realizaram conferências internacionais de direitos humanos no final do século XX, porque eles iriam atrair a sua cultura, porque todas essas conferências apelaram para o Ocidente para incluir o comércio em termos que respeitam o comércio livre e as regras das instituições internacionais, que é intersectada para todos os pobres, como se fossem encerrados pelo dogma, fora do debate. Também não tem sido eficaz em rejeitar todas as ideias ocidentais sobre os direitos humanos, como se fossem o produto do colonialismo e do imperialismo. Negar a "absoluta" visão ocidental dos direitos humanos, eventualmente, leva à crença de que a cultura e o estado da cultura ocidental, que acreditam e defendem os direitos humanos, afirmam o ouro dos padrões e descobrir a luta pela dignidade humana.

Esta pretensão para o moralismo provocou a autonegação, uma tradição não-ocidental de longa data de luta pelos direitos humanos. Talvez, como resultado, a nossa resistência à razão leva ao universalismo contraste, entrelaçamento e mistura. O universalismo propõe inter-relações, não sobreposições, e não aceita visões microscópicas. Este, é como um impulso para abandonar todos os tipos de visões fechadas, sejam elas culturais ou cognitivas, em favor da energia nômade, da migração e do movimento, para que possamos através de diferentes perspectivas, sem selfies e negá-los, nem negar a possibilidade de lutar pela dignidade humana.

Precisamos de uma tradição e dominância racional desabrugada, descentralizada e exilada. O problema não resulta da forma de preocupação, mas do formalismo. O problema não é a batalha da identidade, mas a natureza ou a diferença da nação. Ambas as tendências dão estabilidade e foco em não mais do que uma coisa, "o outro", um edifício humano. Por isso, propomos uma abordagem que não seja universal nem multicultural, mas transcultural. Cada prática cultural, em primeiro lugar, é um sistema de sobreposição entrelaçada, não apenas uma sobreposição. Esta hibridação nos leva a praticar os direitos, inseri-los em seu contexto, vinculá-los ao espaço e à possibilidade de combater a hegemonia e estritamente se conectar a outras formas culturais, vida, movimentos etc.

Nossa disciplina na atitude de mobilidade intelectual é absolutamente necessária na institucionalização, regimento e eleição global. Finalmente, vamos avançar para uma cultura de prática social saudável e todas as culturas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em vista de tudo isso, a reflexão transcultural nos levou a resistir ativamente ao jogo sobre este tema nos debates contemporâneos. Por exemplo, aplicamos uma abordagem aberta à situação migratória, porque este é um problema em que a evidência das consequências de Tory ou retórica de multiculturalismo liberal. Primeiro, devemos resistir a palavras que reduzem o assunto.

A migração para combater o tráfico ilícito, como a posição dos governos na prestação de papéis não está em consonância com a necessidade do trabalho necessário (a menos que aqueles que não têm direito a um remédio alternativo o controle destinado a ser mantido, além de ter de aceitar condições de escravidão laboral, que por sua vez contribuem para e potencialmente fornecer o tráfico ilícito de pessoas).

Em segundo lugar, devemos resistir à consideração e ver a migração como uma questão de controle policial e fronteiriço. Temos testemunhado uma generalização da nova ordem global, que é um grito distante de décadas anteriores de ordem internacional. Cada um de nós é menos governado por tratados e convenções internacionais, e mais por cultura e imperialismo.

As ligações transfronteiriças estão nas mãos dos mercados "bastante invisíveis" e, em última análise, ajudam a garantir a eficiência do sistema, evitando desequilíbrios econômicos, sociais e culturais, intencionalmente ou involuntariamente, gerados. Assim como a teoria social contemporânea sempre foi afirmando-se devemos tratar a maré dos imigrantes com "realismo" e, com eles, os temas do contato intercultural deveram enfrentar três fenômenos re-compreensivos:

- 1) o mundo se mostra caracterizado por um profundo desequilíbrio, do qual as liberdades civis e a sociedade, direitos econômicos e culturais;
- 2) as fronteiras, particularmente os fortes fronteiriços, constituem mecanismos importantes para manter a desigualdade e a desigualdade entre os países;
- 3) os controles fronteiriços representam uma linha-chave entre os países desenvolvidos, "na periferia da economia, que é cada vez

mais subordinação." Finalmente, devemos resistir à compreensão da "realidade" da imigração e do tempo de nossa vida como a principal causa de problemas sociais. Tornou-se fácil, especialmente depois de 11 de setembro, provar que o valor da segurança é superior aos valores remanescentes que inspiram os direitos humanos.

É, mais fácil, para distribuir, para a imigração ou para diferentes, responsabilidades, para transformá-los em um "bode expiatório", colocamos nossas frustrações e nossa capacidade política para resolver os problemas do crime organizado, bem como os problemas trazidos pelo sistema de previdência fraca (pensões) que garantem um futuro incerto e problemático. O populismo extremo-direito nos mostra estas deficiências do estado de direito. Em resposta a esta tendência, devemos primeiro reconhecer os efeitos benéficos da migração, consolidação e raça mista em todos os períodos históricos. Em segundo lugar, a opinião pública pode ser gerada no trabalho, na tributação e na imigração.

Os direitos humanos contemporâneos do mundo exigem visões escassas dessa racionalidade dessas abordagens transculturais, nômades e mistas que superam os resultados do universalismo e da especificidade e impedem os esforços para analisar os direitos há muito tempo. Os direitos humanos não são apenas declarações de texto. Os produtos não são dados uma cultura. Os direitos humanos são o meio do espaço de mediação, podemos fazer a transição para o estabelecimento de novas origens sociais, econômicas e culturais.

Ademais, que tipo de relacionamento se sente quando estamos detidos nos semáforos? Não voltaremos à defesa do atomismo social que acredita apenas em normas e parecem impor-nos a todos? Eles não constituem controles aduaneiros e fronteiriços, são direcionados apenas para os controles aduaneiros e fronteiriços, não para os outros? Por conseguinte, surgem os princípios gerais de Heller: A imigração é um direito? A imigração não é um direito? Nós não somos dois lados do mesmo fenômeno antes? Se você quiser ir, ninguém vai pará-lo porque você tem um direito "pessoal". Mas se você quiser entrar, por favor, permita-me, eu vou decidir se a autorizá-lo a entrar, porque o veto é o meu direito "pessoal", a sua reivindicação não é nada mais do que um privilégio "coletivo" que pode conflitar com os meus interesses "pessoais".

Em vez de colocar semáforos, nós nos esforçamos para construir a justiça, solidariedade e desenvolvimento, empoderamento e assim por diante. Quando as relações sociais não impõem mais hegemonia unilateral e deixam a situação de equilíbrio e igualdade, haverá uma base para evitar choques entre as partes. A definição de prática transcultural é menos através da criação de obstáculos, mas mais estabelecendo espaço público para mediação e intercâmbio de informações.

O universalismo, portanto, é uma luta social, econômica e cultural pela dignidade no respeito e na criação de condições: em outras palavras, inclui uma generalização do valor da liberdade, ou seja, a "Propriedade" daqueles que nunca "existiram" na construção do hegemonismo. Por causa dessa característica, é necessário abandonar todas as abstrações, sejam elas universalistas ou nativistas, e assumir a obrigação de impor valores liberais: o estabelecimento da ordem (artigo 28 da declaração 1948), permitindo e garantindo que todos estão lutando por suas demandas. As violações que ocorrem simultaneamente no caso das mulheres, condenam a vida e procuram emprego em um ambiente hostil no forte ocidental, a partir de processos sociais diários, tais como seres humanos, condenados pelo colonialismo como minar as políticas dos países de origem. Também deve haver uma transferência de poder, e "empoderamento" deve ser excluído do processo de hegemon-construção. Por conseguinte, são oferecidos esforços para estabelecer uma mediação política, institucional e jurídica para garantir o reconhecimento e a transferência de poderes.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BETANCOURT, RaúlFornet. **La transformación intercultural de lafilosofía**. Bilbao: Desclée, 2000.

FARIÑAS, María José. **Globalización, ciudadanía y derechos humanos**. In: CuadernosBartolomé de las Casas, 2000.

FEYERABEND, P. **Contra lainefabilidad cultural, el objetivismo, el relativismo y otras quimeras**.Archipiélago: Cuadernos de crítica de la cultura, 20, 1995.

FLORES, Joaquín Herrera (ed.). El Vuelo de Anteo. **Derechos Humanos y críticade larazón liberal**. Bilbao: Desclée de Brouwer, 2001.

- FRUTOS, Juan Antonio Senent de. **Ellacuría y los derechos humanos**. Bilbao: Desclée, 1998.
- HINKELAMMERT, Franz. **La negativa a los valores de la emancipación humana y la recuperación del bien común**. Pasos, 2000.
- MCLAREN, P. **Pedagogía crítica y cultura depredadora. Políticas de oposición en la era postmoderna**. Barcelona: Paidós, 1997.
- MENDES, José Manuel Oliveira Mendes, **O desafio das identidades**. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). *A Globalização e as Ciências Sociais*. São Paulo: Cortez Editora, 2002.
- NAIR, Sami. **Las heridas abiertas**. Las dos orillas del Mediterráneo. ¿Un destino conflictivo? Madrid: Santillana (Punto de Lectura), 2002.
- SALAI, BAVEREZ y REYNAUD. **La invención del paro en Francia**. Historia y transformaciones desde 1890 hasta 1980. Madrid: Ministerio de Trabajo, 1990.
- SCANNONE, J.C. **Nuevo punto de partida en la filosofía latinoamericana**. Buenos Aires: Guadalupe, 1990.
- SANTOS, Milton. Técnica, Espaço, Tempo. **Globalização e meio técnico-científico informacional**. São Paulo: Editora Hucitec, 1996.
- SAID, Edward. W. **Cultura e imperialismo**. Barcelona: Anagrama, 1996.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente**. Contra o desperdício da experiência. São Paulo: Cortez Editora, 2000.
- SEBASTIÁN, Luis de. **Globalización, exclusión y pobreza**. In: Revista *Anthropos*. Huellas del conocimiento, 2002.

O INTERCULTURALISMO REALIZADOR DOS POVOS DO SUL NA BUSCA PELA PRESERVAÇÃO DA PAN AMAZÔNICA

Adriana Andrade Ruas

1. INTRODUÇÃO

A invisibilidade imposta pela dominação eurocêntrica tem afastado os povos do Sul de sua Real identidade cultural. Com isso dominam povos e suas culturas, com o único intuito da subserviência de sua gente e controle de espaços naturais para exploração desmedida. Reviver a cultura do Sul é ponto fundamental para se chegar a ao consenso necessário para a realização da união em prol da Pan Amazônica, há tempos sendo objeto de desejo do explorador.

★ Dra. Summa cum Laude em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Mestre em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Professora da Universidade do Estado de Minas Gerais.

A Pan Amazônica é uma região que é envolvida por toda a floresta que compõe os territórios do Brasil, Bolívia, Colômbia, Guiana, Guiana Francesa, Peru, Suriname e Venezuela. Região rica em diversidade natural, é um espaço regional sul-americano de conservação ambiental e cultural, que abriga a inter-relação entre os povos que a compõem.

Por tratar-se de uma floresta compartilhada ao Sul das Américas, traz para o Direito internacional efeitos jurídicos, o que é perceptível com a

necessidade de normas que unam esses povos em torno de uma cooperação regional, uma vez que os limites ecológicos não existem politicamente e os riscos ultrapassam fronteiras, fazendo-se necessário, o resgate intercultural que promova o respeito entre os povos que compunham a Pan Amazônica e a abertura ao diálogo.

O Tratado de Cooperação Amazônica (TCA) foi criado e por muitos reconhecido como Pacto Amazônico, realizado em 1978 que tem o Brasil, Venezuela, Equador, Bolívia, Guiana, Peru, Suriname e Colômbia como membros. Um Pacto de importância regional que tem como preceito a proteção ambiental da Pan Amazônica, mas que encontra dificuldades para concretizar seus preceitos devido ao conflito de interesses, provocado pela diversidade cultural, econômica e social, o que o torna ineficaz e sem condições efetivas de mudar a realidade local. E mais tarde a criação do OCTA, Organização Internacional de Cooperação do Tratado Amazônica. Que sediada no Brasil angaria esforços e recursos para a proteção da região.

Como é cediço, essa região por sua diversidade de recursos naturais é cobiçada por muitos países, principalmente pelos países do Norte que assanham seus interesses para dentro desse território e promovem abertamente a relativização das soberanias dos países que compõem a Pan Amazônica em nome de uma provável defesa ambiental.

A Pan Amazônica expressa o espaço dividido por países que compõem a bacia amazônica, região que enfrenta não somente a exploração desmedida de seus recursos naturais, como também envolvem conflitos de âmbito social, pois os problemas se assemelham e amontoam, principalmente com etnias indígenas que a cada dia são dizimadas com as constantes invasões de seus territórios.

O objetivo desse artigo é o de demonstrar uma composição solidária percebendo a Pachamama enquanto sujeito de direitos como defende os povos andinos, que deve a sua preservação exclusivamente para o existir, sem que seja idealizada como objeto de exploração para a preservação humana. Cunhado nos fundamentos Ubuntu de realizar a defesa da natureza em solidariedade comum, buscamos idealizar uma ética global voltada para a percepção de que vivemos em um só mundo.

A pesquisa bibliográfica norteará a metodologia utilizada, em que mostra a descrição dos principais conceitos dos autores que se debatem

sobre o tema proposto nesse trabalho com a análise teórico-descritiva. Pretende-se chegar à conclusão de que a Hipótese Gaia poderá trazer uma viragem de pensamentos que possam movimentar soluções reais ao desequilíbrio ambiental na região Pan Amazônica, numa proposta para harmonizar a vida no planeta alicerçada na valorização dos povos do Sul e sua relação intercultural de respeito e diálogo.

2.A RELAÇÃO INTERCULTURAL ENTRE OS POVOS DO SUL

Dois oceanos separam os continentes do Sul, esse incontestável ponto de uma barreira geográfica, unem na atualidade o infortúnio histórico de continuarem sem rumos outros além da colônia. A exploração capitalista europeia seguiu escravizando, dizimando e colhendo todo fruto econômico possível, deixando marcas indeléveis nos dois continentes o que perdura até a contemporaneidade.

A imposição eurocêntrica, teve como propósito da dominação, onde o civilizado encobriu o outro e sufocou toda cultura que trazia identidade a esses povos. Acabaram convencendo por muitos séculos que o modelo que chegava através dos mares seria o ideal a dominar toda uma civilização, buscando a inconveniente universalização da cultura europeia. Os escombros dos navios vinham carregados de intenções de homogeneização e dominação, subjugando o bravo e controlando suas riquezas, tanto culturais, quanto econômicas.

Para Boaventura (2007), o pensamento moderno ocidental é abissal e promoveu distinções invisíveis e visíveis, com as invisíveis fundamentando as visíveis dividindo a realidade social em dois universos distintos, e separados pela linha do Equador, o Norte e o Sul, com o outro lado da linha o Sul, tornando-se inexistente para a realidade. Pautada essa separação abissal pela impossibilidade de coparticipação dos dois lados da linha. Para além da realidade relevante, apenas a inexistência, invisibilidade. O autor, ainda completa, evidenciando que esta distinção visível fundamenta todos os conflitos modernos, tanto no relativo a fatos substantivos quanto procedimentais. Essa distinção se aprofunda mais ainda, entre as sociedades metropolitanas e os territórios coloniais, guardando a emancipação apenas para os primeiros, pois seria impensável o Sul se emancipar. Para estes

estão resguardados a apropriação e violência, inconcebível aplicar no lado Norte da linha, pensamento radicalizado pelo pensamento abissal moderno. Contudo, ainda expõe que por mais dramaticidade que pode haver na distinção abissal e por mais consequências que pode haver de ambos os lados ao se aplicar estas distinções, elas partem do lado Norte da linha e combinam em tornar-se invisíveis em seu fundamento, sendo que as distinções intensamente visíveis que estruturam a realidade social do Norte baseiam-se na invisibilidade das distinções entre o outro lado da linha.

Esse pensamento expõe o encobrimento do outro, face a dominação, para que o Norte continue a explorar incansavelmente as riquezas dos países ao Sul e dominando o debate social para evitar a todo custo a emancipação do sujeito hora subjugado.

A compreensão de novas culturas, seu estudo e respeito, não fizeram parte do plano invasor, que produziu sofrimento e dor a povos que viviam livres e dentro de uma organização cultural própria baseada nas experiências de seus indivíduos.

Por séculos o encobrimento trouxe o esquecimento da filosofia do Sul, ocorrido de maneira proposital, afinal não seria possível somente ao norte existirem filósofos. O europeu vem desqualificando o conhecimento do Sul, na intenção de convencer até mesmo estes povos a seguir todo o conhecimento que intencionalmente é implantado para promover esse velho mundo, provocando o reconhecimento dessa como única fonte, para que esse seja o único discurso reconhecidamente civilizado e apto a promover mudanças.

Portanto, reviver os conhecimentos do Sul para promover a preservação de uma região de preservação ambiental se faz necessário, pois a identidade cultural e filosófica de um povo pode ser o liame necessário para que a identidade da defesa regional seja enaltecida e forme o instrumento realizador de uma ação necessária e local, onde uma sociedade se ergueria sustentada pela solidariedade e respeito e da importância das alianças e do relacionamento das pessoas umas com as outras.

Caso pensarmos em unir o Sul no entorno da proteção ambiental, e buscando aplicar juntas as Hipótese Gaia, andina e Ubuntu africano, perceberíamos o ambiente como sujeito de direitos e passível de respeito e humanidade. Uma vez que vivemos em um só mundo, nos cabe unir em prol da proteção de ambientes em que a natureza resiste em se manter in-

tocada pelo homem, a exemplo da Pan Amazônica, onde existe a opressão que parte do capital para exploração dos recursos ali existentes.

2.1 A Hipótese Gaia: fundamentos existenciais de preservação global

O grande sucesso do cinema o filme Avatar, faz uma declaração clara a favor da hipótese Gaia. O filme conta a relação do planeta Pandora com os seres que o habita, onde a ligação forte em Eiwa; uma entidade espiritual formada por seres vivos, é elemento necessário que alimenta de energia aos mocinhos em dose suficiente para o fortalecimento em que põe fim à batalha e faz dos seres azuis os grandes vencedores na proteção do planeta, expulsando o invasor do planeta. Eiwa é para Pandora o que Gaia é para a Terra e a arte do cinema entendeu primeiro que precisamos nos vincular a proteção do planeta trazendo um claro recado de preservação de ambientes naturais intocados, formando uma proteção constante na expulsão de invasores. Todos saem do cinema com a conclusão de que Pandora somente encontrou harmonia quando todos os seres vivos se harmonizaram com Eiwa. Essa teoria da Nova Era, acabou servindo de encantamento para o sucesso do filme nas bilheterias.

Na década de 60, James E. Lovelock desenvolveu a hipótese Gaia que analisa a Terra como “um complexo sistema vivo”. Para Lovelock (1986) evidências científicas mostram que a Terra é de fato um superorganismo, dotado de autoregulação e somos os elementos que compõem esse sistema, repartida a responsabilidade individual em mantê-la saudável. Esse pensamento de Lovelock coincidiu com o momento de quando foi convidado para acompanhar a viagem do homem à lua, na estação espacial da NASA e quando de deteve diante das fotos enviadas da nave com o planeta visto do espaço, vislumbrou naquele momento a concepção da Hipótese Gaia, desse ser vivo azul e branco.

Quando, há alguns anos, vimos as fotografias da Terra tiradas do espaço, tivemos um vislumbre do que estávamos tentando modelar. Aquela visão de estonteante beleza; aquela esfera salpicada de azul e branco mexeu com todos nós, não importa que agora seja apenas um clichê visual. A noção de realidade de compararmos a imagem mental que temos do mundo com aquela que percebemos através de nossos sentidos. É por isso que a vi-

são que os astronautas tiveram da Terra foi tão perturbadora. Mostrou-nos a que distância estávamos afastados da realidade. A Terra também foi vista do espaço pelos olhos mais discernentes dos instrumentos, e foi esta ótica que confirmou a visão que James Hutton teve de um planeta vivo. Vista à luz infravermelha, a Terra é uma anomalia estranha e maravilhosa entre os outros planetas do Sistema Solar. Nossa atmosfera, o ar que respiramos mostrou-se escandalosamente fora de equilíbrio, quimicamente falando. É como a mistura de gases que penetra no coletor de um motor de combustão interna, ou seja, hidrocarbonetos e oxigênio misturados, enquanto nossos parceiros mortos Marte e Vênus têm atmosferas de gases exauridos por combustão. (LOVELOCK, 1986,p.126)

A crença de que o ser humano seria capaz de destruir o planeta pode soar exagerada quando se evidencia essa força motriz que sustenta o planeta, pois existe a defesa de que o planeta Terra pode a qualquer momento substituir a espécie humana por outra mais inteligente e colaborativa persiste.

A exploração das riquezas da Pan Amazônica é irrefutável, querem a promoção de leis que liberem a exploração dessa região e a pressão tem sido constante para que governantes regulem as atividades nesta região. Essa parte viva da Terra deve ser preservada, para a reprodução das espécies e sua segurança. A biosfera é sistema fisiológico dinâmico que vem mantendo nosso planeta apto para a vida. Gaia é um sistema fisiológico porque tem objetivo inconsciente de regular o clima e a química próprio para a vida e seus ciclos evolutivos. O discurso do desenvolvimento sustentável tem se mostrado ineficaz na proteção à vida, superado pelo desequilíbrio ambiental.

2.2 Ubuntu, “Eu sou porque somos” essência do comum

Outra visão sulcar que pode em algum momento tornar-se conectada com a visão biocêntrica andina, pela proposta solidária comum, é a filosofia Ubuntu que segue a seguinte definição: A minha humanidade acontece porque está vinculada à sua humanidade. O ubuntu não é forma exótica de conhecimento, mas uma ética, uma filosofia do mesmo nível da grega ou alemã. Ubuntu é humanismo. Ubuntu é gerundivo abstrato que exprime a filosofia praticada pelos povos da África que falam o Bantu.

Como os antigos verbos egípcios referidos, a concepção filosófica ubuntu do mundo é que “Coisas não tem a fixidez e inflexibilidade que acreditamos que elas tenham. As coisas são mutáveis e em movimento na Terra, no céu, em baixo d’água, etc. A Terra e o céu, eles mesmos se movem” (Obenga, 2004, 39; Ramose, 1999, 50-53). Um dos problemas com as muitas definições e descrições do ubuntu é que ele é apresentado como uma filosofia da paz, ou mais especificamente, da submissão e infinita capacidade de perdoar (Daye, 2004: 160-65) sem considerar a violência como uma condição de possibilidade herdada ontologicamente para a sobrevivência dos adeptos da filosofia ubuntu. Esta omissão na realidade descaracteriza o ubuntu tornando-o suscetível a experiências de pensamento, por vezes muito estranhas que o retratam sem qualquer fundamento em sua antropologia, cultura e história. Esta tendência é dominante na África do Sul. (RAMOSE, 2011,p12)

O ser humano se torna humano por meio do humano – em outras palavras a dimensão relacional da pessoa é a chave de seu desenvolvimento e de sua personalidade. Ubuntu é fraternidade. O que nos faz humanos e unidos? ubuntu é o dom de se doar aos outros.

Ubuntu trata como essenciais o respeito e a humanidade para com as outras pessoas e na sua tradução literal seria “humanidade para com os outros”. Uma pessoa com ubuntu se move na defesa de seus semelhantes oprimidos, pois não vivemos só no mundo, vivemos em um só mundo e em seu fundamento defende precipuamente “Eu sou porque nós somos”.

Diferente da filosofia ocidental, centrada no indivíduo, na filosofia africana do Ubuntu há o forte sentido de coletividade, expresso no seguinte pensamento: "Eu sou incompleto sem você". Ubuntu é uma expressão proveniente do Sul da África, mas que significa muito com relação ao humanismo, valorizando as relações comunitárias entre os indivíduos, a bondade, a alteridade e a felicidade no amor.

Os conquistadores da África no período da invasão, aproveitaram para definir filosofia e com isso cometeram epistemicídio, ou seja, o assassinato das maneiras de conhecer e agir dos povos africanos conquistados. “O epistemicídio não nivelou e nem eliminou totalmente as maneiras de conhecer e agir dos povos africanos conquistados, mas introduziu, entretanto, - e numa dimensão muito sustentada através de meios ilícitos e “justos” - a tensão subsequente na relação entre as

filosofias africana e ocidental na África” (RAMOSE, 2011p.10). Em um argumento de autoridade, o Norte tomou para si a condição para definir e descrever o significado de experiência, conhecimento e verdade em nome dos povos africanos.

A perspectiva eurocêntrica e ocidental desumaniza o outro, principalmente de países colonizados do Sul com o racismo por puro critério de dominação. Enfraquece para dominar e o racismo serviu de instrumento para essa desumanização. A nossa civilização foi e ainda é construída com a desumanização do outro. Não somente os negros, mas muitos povos, inclusive os andinos. Para o ubuntu os ídolos da morte o egoísmo a marginalização social e o racismo tem como contraponto a solidariedade afetiva e a responsabilidade com relação ao grupo.

A filosofia do ser acaba por acolher a exclusão do outro, aquele que não é o mesmo que nós, ou ameaça à mesmice particular desse grupo. A lógica da exclusão, foi por séculos experimentada, assim como o cristianismo que embasou os fundamentos da colonização dos povos do Sul, se impondo como única e eliminando a pluridiversidade. Esta foi a base para o conceito de “universalidade”, uma única filosofia, sem cultura, sexo, religião, história ou cor, capaz de reconhecer a filosofia Ocidental, Chinesa, Indiana, Japonesa ou Russa, mas incapaz de reconhecer a filosofia Africana e a Latino -americana, numa posição repugnante tanto para a lógica como para o senso comum, afinal a contradição precisa ser solucionada através do reconhecimento da particularidade como um critério válido para toda ou para nenhuma filosofia. (RAMOSE,2011, p.12)

A filosofia africana não pode se colocar como mero expectador do desdobramento desta luta pela sobrevivência individual e cultural, deve superar a o Mediterrâneo em busca da emancipação e reconhecimento da realização do sujeito. Ubuntu é a raiz da filosofia africana, é, fonte fluindo ontologia e epistemologia africana. Se estas últimas forem as bases da filosofia, então a filosofia africana pode ser estabelecida em e através do ubuntu.

3.A VISÃO BIOCÊNTRICA ANDINA E UMA POSSIVEL IMERSÃO UBUNTU

Na atualidade movimentos ambientalistas têm buscado se empenhar numa visão biocêntrica, em que se reconhece a natureza como detentora

de personalidade jurídica. Para a população latina de descendência indígena a Pacha Mama, “mãe natureza” tem direito de ser preservada pura e simplesmente. Não existem objetivos antropocêntrico, pois o homem nessa visão não se coloca no centro, mas a natureza a mãe Gaia, para outros, tem direitos que precisam ser respeitados.

Para James Rosenau(1999), o idealizador da Governança Global, uma anarquia colaborativa e democrática que vai envolver as decisões externas na responsabilidade de outros atores além do Estado e das organizações. A Governança Global, , em termos práticos, traz uma consciência de que os problemas da sociedade internacional existem, e exigem uma tomada de decisões coletivas com os Estados e Organizações Internacionais, empresas transnacionais e sociedade civil organizada, atores não estatais que não atuam na estrutura do Estado.

Este é um período em que a cultura antropocêntrica sempre esteve presente entre nós numa fase do encobrimento do outro pelo eurocentrismo.

Ainda na década de 60 James Lovelock estabeleceu a Teoria da Hipótese Gaia (gaia em grego é Terra). Essa teoria entende a Terra como um ser vivo e não um ser inanimado a serviço do homem. Essa visão se conforma com o pensamento indígena andino e influencia o novo constitucionalismo que surge a partir dessa cosmovisão indígena, influenciado pelos povos andinos, da Bolívia, Equador, Venezuela, Peru, países onde os índios são maioria da população. Então esse novo constitucionalismo foi diretamente envolvido pelas suas cosmovisões e suas culturas. Os índios não chamam de Gaia e sim de Pachamama (mãe natureza). Tanto a cosmovisão indígena, quanto a hipótese Gaia, influenciaram os juristas constitucionalistas à proteção ambiental.

A constituição brasileira regula o meio ambiente no Art, 225 “Todos tem direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial a sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defende-lo para as presentes e futuras gerações.” Nesse artigo constitucional é perceptível a influência antropocêntrica, na medida em que todo o movimento na direção protecionista ambiental está voltado a uma defesa principal do homem, dos seres vivos.

Mesmo quando visualizamos decisões de nosso órgão máximo jurisdicional, podemos perceber que uma série de decisões demonstram essa visão antropocêntrica:

A exemplo da ADPF 101 de 2009 que tratou da importação de pneus usados. Decidiu-se pela ecologia. Proteção da saúde pública. Dos seres humanos. Colisão de direitos fundamentais de um lado a atividade econômica prevista no 170 e a ecologia no 225. Ao apresentar sua decisão, Carmem Lucia defendeu o seu voto baseando-se na proteção da saúde pública e não na proteção ao Planeta. O benefício do planeta é percebido em momentos em que o beneficiário seja o homem. Trazendo para os holofotes a fragilidade do discurso de aplicação baseado numa visão antropocêntrica.

Percebe-se que a própria ideia de gerações de direitos é impregnada pela visão antropocêntrica que acaba por dominar todo o sistema normativo. Nos direitos de primeira geração civis e políticos, do homem. Nos direitos de segunda geração, direitos de igualdades, prestações positivas do Estado para os indivíduos. De terceira geração direitos difusos e coletivos, também para a coletividade. Identificando assim a dominação antropocêntrica eurocentrista que aborda uma cultura de valorização do indivíduo e desfavorece o meio ambiente traçando a este um papel de subserviência apenas para a sobrevivência da espécie humana.

A cultura ocidental seria a única a ser aceita no mundo. É muito complicado quando falamos de defender a natureza e sua região importante e rica da Pan Amazônica além da cultura indígena, pois subsiste o lobby que insiste em dominar e explorar, ultrapassando todos os limites e forçando a produção de leis mais brandas nesse sentido. A Pan Amazônica precisa dessa viragem de interpretações e de normas que valorizem o planeta como ser vivo, um único ambiente onde o cuidado, principalmente com regiões desse porte são essenciais para a própria preservação das diversas espécies, inclusive a humana.

Outra decisão marcante com a demarcação das terras Raposo do Sol, demonstra claramente mais uma interferência de moldes meramente antropocêntricos com um acréscimo de interesses outros, em que se discutia a delimitação das terras indígenas.

Alguns detalhes desse caso mostram que o Brasil ainda está em um período antropocêntrico, com defesa do ambiente e cultura antropocêntrica. O indígena não possui as terras, o Estado brasileiro somente passa a posse para os índios, restando claro que o território é da União que pode explorar os minerais. O subsolo é brasileiro e nesse caso em específico, existe uma das maiores jazidas de nióbio nesta região e ficaria mais fá-

cil extrair tendo os indígenas como possuidores das terras. Para o STF o subsolo é brasileiro. Mas toda intervenção em território deve ser com a consulta aos índios. Em sentido contrário, ao definir sua decisão o STF não respeitou o direito indígena de consulta e se colocando numa posição acima desses indivíduos negando sua existência e valoração enquanto sujeitos de direitos. Essa decisão afirmou que os índios não são sujeitos de direito internacional, o que acaba por impossibilitar os índios de denunciar o Brasil na Corte Interamericana de Direitos Humanos. Essa foi uma decisão mais contrária a legislação que se conhece.

Na visão biocêntrica, a natureza não é um objeto alheio ao homem, a natureza é o próprio sujeito de direitos. A natureza teria direito subjetivo. Seria um novo capítulo do direito a ser construído compreendendo que a proteção da natureza deve antes de tudo, se sobrepor ao interesse econômico.

O Brasil acabou recebendo uma medida cautelar contraria a ele com a construção de Belo Monte. Os indígenas não foram consultados. Mas foram participativos e mesmo não sendo consultados, disseram que não queriam a construção dessa usina. Mas isso não foi sequer respeitado pelo Brasil, que construiu assim mesmo e tornou aquela região um lugar diferente e fora do contexto indígena de preservação da natureza. Onde hoje um pescador é contratado para retirar os peixes mortos do leito do rio.

A Convenção 169 da OIT definiu pela obrigatória consulta aos índios quando houver intervenção em seu território. A Convenção 169 veio para propor um novo modelo de coordenação política entre Estados e povos indígenas, mais simétrica e justa, e, por isso, representa, até hoje, o mais completo instrumento de direito internacional com caráter vinculante sobre povos indígenas e tribais no mundo e, necessariamente, deve ser interpretado no contexto dos demais instrumentos relativos a direitos humanos do sistema internacional.

Se analisarmos a natureza enquanto sujeito de direitos. Um exemplo inovador e contemporâneo vem estampado na Constituição do Equador: “A natureza onde reproduz e realiza a vida tem direito a que se respeite integralmente a sua existência e a manutenção e regeneração dos seus ciclos vitais, estrutura, funções e processos evolutivos”. Além do mais, no Equador todo cidadão pode proteger a natureza. No Brasil, essa proteção da natureza fica ao encargo do MP, defensoria, associações, o que pode ser um erro a falta de ampliação desse rol estendendo a todo cidadão interessado.

Foi no Equador o histórico julgamento que trouxe notoriedade ao direito de ter direitos da natureza, que foi o caso do Rio Vilacamba, o primeiro processo judicial em que se reconheceu a Natureza como sujeito de direito. Sem o exagero comumente vinculado à expressão, o caso Rio Vilacamba é paradigmático. É o primeiro exemplo de reconhecimento judicial dos direitos da Natureza. Em outros termos, é o primeiro caso jurídico na história que reconhece a Natureza como sujeito de direito, e não mais mero objeto a serviço da vontade humana. A base legal para atribuir direitos à Natureza foi a Constituição do Equador vigente desde o ano de 2008. Nela, a norma do artigo 10 reconhece inequivocamente (ao lado das pessoas e coletividades) a Natureza como titular de direitos:

Art. 10. Las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivossón titulares y gozarán de losderechosgarantizadosenla Constitución y en los instrumentos internacionales. La naturaleza será sujeto de aquellosderechos que lereconozcala Constitución. (grifos ausentes no original) Indivíduos, comunidades, povos, nacionalidades e coletivos são titulares e gozarão dos direitos garantidos na Constituição e em instrumentos internacionais. A natureza estará sujeita aos direitos reconhecidos pela Constituição.

Com fulcro nessa norma, a “Função Judicial” equatoriana reconheceu um rio como sujeito de direitos. No caso, Vilacamba é um rio equatoriano que margeia a estrada entre a cidade de Vilacamba e Quinara, na Província de Loja. Abastece várias propriedades à sua margem, entre ela a propriedade de dois cidadãos norte-americanos residentes no Equador desde 2007: Richard Frederick Wheeler e Eleanor GeerHuddle. Em 2008 o Governo Provincial de Loja (GPL) iniciou obras de ampliação da estrada entre Vilacamba e Quinara. Além de iniciar a construção sem o devido licenciamento ambiental, a empresa pública responsável pela execução das obras na estrada depositou pedras e material de escavação nas margens do rio. Os dejetos dos depósitos da obra no leito do rio provocaram sérios danos à Natureza e às propriedades ao redor. Isso porque os detritos da construção foram jogados dentro do Rio Vilacamba e provocaram erosão das margens. Em consequência aconteceram na época das chuvas, no

inverno de 2009, graves enchentes, como não se via há mais de 50 anos. Em virtude das inundações em sua propriedade, Richard e Eleanor solicitaram uma inspeção judicial no terreno para averiguar as causas dos desastres ambientais. A inspeção concluiu que as enchentes não tinham relação com as obras realizadas na estrada pelo GPL.

Portanto, os danos à propriedade não teriam nexo de causalidade com as obras. Inconformados, os proprietários denunciaram a situação ao Ministério do Meio Ambiente (MAE). Os órgãos locais deste Ministério (Dirección Nacional de Prevención de la Contaminación Ambiental e Dirección Provincial de Loja del MAE) averiguaram a denúncia e constataram, ao inverso da primeira inspeção judicial, que as obras levadas a cabo pela empresa pública do GPL eram as principais causadoras dos desastres ambientais. Era de fato o depósito dos materiais de construção nas margens a causa da erosão, das enchentes, e da destruição da fauna e flora aquáticas. O MAE então firmou um acordo com o GPL para reverter os danos provocados. Deveria a partir de então depositar os materiais em outros locais. Mas nada disso adiantou, pois iniciado o ano de 2010 os trabalhos de ampliação da estrada às margens do Rio Vilacamba cresceram de tal monta que dinamite e maquinaria pesada foram trazidas para auxiliar na construção. Richard e Eleanor atentamente tiraram fotos e gravaram vídeos do ocorrido e foram atrás de aconselhamento jurídico. O advogado contratado sugeriu, entre outras medidas, a invocação dos direitos da Natureza previstos na recente Constituição de 2008. Cientes de que apenas representariam o rio na ação judicial, sem ganhar um centavo sequer, Richard e Eleanor aceitaram a sugestão. Ajuizou-se então em 07 de dezembro de 2010 uma “Acción de Protección”, ação constitucional destinada à proteção direta e imediata de direitos previstos na Constituição do Equador e ameaçados por ação ou omissão de autoridade pública não judicial. Apesar de no polo ativo constar como demandantes Richard e Eleanor, as análises do caso indicam que na realidade o sujeito interessado da ação era o próprio Rio Vilacamba, representado judicialmente por dois seres humanos. Afinal, o próprio artigo 71 da Constituição equatoriana dá legitimidade processual a qualquer pessoa para defesa do meio ambiente: “toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza.”

No polo passivo da ação estava o GPL e o MAE. Eram três os pedi-

dos: (i) que o GPL deixasse de despejar escombros no rio; (ii) que se restaurasse o leito do rio; (iii) que se retirassem todos os detritos despejados no rio. Em primeira instância o órgão responsável pelo julgamento (“Juzgado Tercero de lo Civil de Loja”) decidiu pela improcedência da ação em razão da falta de citação adequada de um dos réus. Melhor resultado logrou-se na decisão colegiada da “Corte Provincial de Loja”, em 30 de março de 2011. Diversamente da decisão de primeiro grau, a “sentencia de segunda instancia” considerou válida a citação de todos os réus. Ademais, reconheceu a especial qualidade da Natureza como sujeito de direito, representada no caso por Richard e Eleanor:

No mérito enfrentou ponto por ponto o tema dos direitos da Natureza. Reconheceu o princípio da precaução para inverter o ônus da prova e reconhecer os danos provocados ao rio como derivados do despejo dos materiais de construção em seu leito pela empresa pública. Consignou que o direito à existência, manutenção e regeneração dos ciclos vitais naturais do Rio Vilacamba foram violados, nos termos da Constituição do Equador. Citou a falta de licença ambiental como agravante da situação, e apesar de não proibir a construção da estrada determinou de imediato: (a) que o GPL siga as recomendações do MAE anteriores ao ajuizamento da ação, sob pena de embargo da obra; (b) que o MAE e a Defensoría del Pueblo passem a fiscalizar a obra, informando periodicamente o cumprimento das ordens judiciais; (c) que o GPL emita pedido de desculpas em jornal local por proceder na obra de ampliação sem a licença ambiental. Visto que as recomendações do MAE eram no sentido de parar com o despejo e revitalizar o rio, todos os pedidos intentados na ação do Rio Vilacamba foram atendidos. Reafirmou-se que no polo ativo da ação era o rio o sujeito ativo quando se lê no dispositivo da decisão do Tribunal:

Por estas consideraciones, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDADE DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, esta Sala RESUELVE: 1). Aceptarel recurso planteado y revocar la sentencia impugnada declarando que la entidad demandada está violentando el derecho que la Naturaleza tiene de que se le respete in-

tegralmente suexistencia y elmantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos, 2) [...]

Transitada em julgado a decisão, a determinação judicial para publicar o pedido de desculpas em jornal local foi cumprida em 20 de junho de 2011. No entanto, mesmo após diversas inspeções judiciais para verificar o cumprimento das outras ordens, o cenário pouco se alterou. Em 24 de fevereiro de 2012 o GPL ainda não dispunha da licença ambiental para construção da estrada, e poucas das medidas de revitalização tinham sido efetivadas. Os escombros do rio jamais foram retirados. Prolatada há um ano, a decisão não havia sido cumprida integralmente. Sem esperanças de que a decisão fosse cumprida espontaneamente, ajuizou-se em 23 de março de 2012 uma nova ação para obrigar o cumprimento da sentença. Richard e Eleanor requereram nesta nova ação o envio dos autos à Corte Constitucional para que tome as providências necessárias. Até então este novo processo não avançou. Embora presentes as dificuldades para o cumprimento da decisão - inerentes a qualquer jurisdição - o desenrolar do caso demonstra a relevância deste julgado.

Até onde se sabe, nos sistemas ocidentais modernos nunca se havia presenciado um rio atuar judicialmente através de representantes em busca da efetivação de seus direitos constitucionalmente reconhecidos. Poucos escondem o espanto ao pensar na possibilidade. E podem até mesmo rechaçar a atuação judicial do rio ao ler a decisão judicial, visto que lá consta mais de uma vez que o “acionantes” são os proprietários do terreno à margem do Rio Vilacamba, Richard e Eleanor. Ignoram, porém, a técnica da representação prevista no artigo 71 da Constituição equatoriana.

Depreende-se dos dispositivos acima que há direito da Natureza a ser respeitada, seja no que concerne à sua existência e proteção, seja nos aspectos ligados à sua regeneração e a região Pan Amazônica é sujeito de direitos e pode vir a contar com a defesa de sua integridade se acaso co-exista um sentimento comunitário de proteção por parte dos países que a compõem. A Natureza não é mais mero objeto. E como sujeito, embora não esteja autorizado a fazer tudo o que a lei não proíbe, tem ao menos três direitos listados na Constituição do Equador: (i) à existência; (ii) à integridade; e (iii) à regeneração em caso de dano.

No plano estritamente jurídico, reconhecer a Pan Amazônica como sujeito de direito é permitir o reconhecimento autônomo dela como sujeito agredido, cabendo até mesmo a legítima defesa contra atos que importem em sua destruição.

4. PARA ALÉM DO MUNDO ABISSAL E O FORTALECIMENTO INTERCULTURAL

A necessária viragem paradigmática da proposta de Boaventura (2007), pós-abissal, permanece imprescindível. A metáfora que é usada com as linhas globais evidencia a injustiça social global, intimamente ligada à injustiça cognitiva global.

A injustiça social global está, desta forma, intimamente ligada à injustiça cognitiva global. A luta pela justiça social global deve, por isso, ser também uma luta pela justiça cognitiva global. Para ser bem-sucedida, esta luta exige um novo pensamento, um pensamento pós-abissal. Existe, portanto, uma cartografia moderna dual: a cartografia jurídica e a cartografia epistemológica. O outro lado da linha abissal é um universo que se estende para além da legalidade e ilegalidade, para além da verdade e da falsidade. Juntas, estas formas de negação radical produzem uma ausência radical, a ausência de humanidade, a sub-humanidade moderna. (SANTOS, 2007, p.24)

O encobrimento do outro, a exclusão que simultaneamente é radical e inexistente, classifica os indivíduos ao Sul, como sub-humanos sem possibilidade de postar como candidatos à inclusão social. Sacrificando o Sul, para criar condições de conforto para o Norte. A distorção da realidade tem feito as pessoas da linha do Sul acreditar na conformidade dessa relação, e a dominação cultural tem dado fomento a essa exclusão. A negação do Sul impingindo-lhe o sacrifício, constitui a condição para o Norte se provar hegemônico e perpetuar nessa condição por mais séculos vindouros. Concordando ainda com Boaventura (2007) em que esta é uma realidade hoje emparelhada com a mesma realidade do período colonial “As colónias representam um modelo de exclusão radical que permanece actualmente no pensamento e práticas modernas ocidentais tal como aconteceu no ciclo colonial”. A negação do outro lado da linha mais ao Sul, faz parte do jogo hegemônico, um espaço em que se nega a lei, os direitos humanos e a democracia.

Deste modo, surge com o desafio do Estado Plurinacional o plano de harmonizar a diversidade cultural em um contexto de organização estatal instituído – existem povos originários, que desconhecem a forma estatal de organização social.

Na multicultural sociedade boliviana, os povos originários foram finalmente incorporados no plano político a partir da constituição de 2008. Dos 411 artigos que compõem a Carta Fundamental boliviana, 80 são destinados à questão indígena. A equivalência da justiça indígena à justiça institucionalizada; a garantia de representação dos povos originários no parlamento; a reorganização territorial do país, o que garante autonomia às frações territoriais (departamental, regional, municipal e indígena), cada uma delas podendo organizar suas eleições e administrar os recursos econômicos; e o reconhecimento dos direitos de família e propriedade de cada povo originário, são alguns dos pontos essenciais do novo projeto constitucional.

À medida que o Estado Plurinacional se desenvolve, novas formas de lidar com diferenças culturais emergem. Para além do embate entre universalistas e relativistas, a plurinacionalidade é fundada na certeza da incompletude de cada cultura, iluminando um diálogo aberto e inclusivo, pautado pelo mútuo reconhecimento, em oposição ao encobrimento. A manutenção de espaços permanentes de construção de consensos deve constituir-se em prática constante, sob o risco de desintegrar o engajamento e mobilização social e a participação no espaço político.

Boaventura de Souza Santos que introduz a noção de hermenêutica diatópica buscando oferecer com ela procedimento de tradução entre saberes pertencentes a sistemas culturais diversos, assim como um modelo para o diálogo intercultural. Pode melhor expressar o viés intercultural que o Estado Plurinacional envolve: o ato de compreender cada cultura não como uma — mas única, no sentido de que não pode ser repetida — dentre tantas outras implica, necessariamente, no reconhecimento de seu valor inerente. Por se tratar de acontecimentos extremamente recentes, seus desdobramentos para a prática constitucional e internacionalista ainda se encontram em fase embrionária.

No entanto, este novo paradigma já se mostra apto a tratar de questões importantes, como a proteção da Pan Amazônica que passa pela reflexão de sistemas culturais plurais e que necessita de uma abordagem mais imparcial e tolerante.

A reflexão que se propôs até então foi pensar em alternativas de governo multicultural, porém com um viés igualitário, e não unificador. Tais propostas poderão ter bases materiais diversas do capitalismo, sendo aptas,

finalmente, a alcançar uma correspondência mais perfeita entre a forma de governo e a diversidade cultural do país.

Para Badiou (2010) a grande questão da atualidade é a de como proceder para em uma sociedade coexistirem multiplicidades diante da agressiva ação do mercado. Acaba assim, esse discurso, encontrando suporte na defesa da plurinacionalidade defendida por bolivianos e equatorianos, identidades cada vez mais fortalecidas nessa luta pela realização de um Estado plurinacional que promove as multiplicidades existentes.

A hermenêutica diatópica se entrelaça a filosofia Ubuntu uma vez que a primeira, propõe a construção da cultura a partir do outro e a segunda não concebe a realização cultural individual. A hermenêutica diatópica defende que os topoi de uma determinada cultura são incompletos, quanto a própria cultura a que pertencem.

“O objectivo da hermenêutica diatópica não é, porém, atingir a completude – um objectivo inatingível – mas, pelo contrário, ampliar ao máximo a consciência de incompletude mútua através de um diálogo que se desenrola, por assim dizer, com um pé numa cultura e outro, noutra. Nisto reside o seu carácter dia-tópico”(SANTOS, 1997)

A hermenêutica diatópica no âmbito dos Direitos Humanos é realizada como instrumento de ação emancipatório que contextualiza o local evitando a desvalorização de sua cultura, em que pese o reconhecimento das incompletudes mútuas essencial para a construção do diálogo intercultural coletivo, evitando a exclusão epistemológica de outras culturas, abrindo assim a possibilidade de afirmação de diversas culturas e outros atores.

Esse diálogo proposto pela hermenêutica diatópica, em que há um compartilhamento de canais de comunicação e de posições sociais, é comumente bem recebido no processo de defesa da Pan Amazônica, onde a promoção da coletividade em povos de diferentes culturas e realizações sociais é imprescindível, implicando em canais abertos de comunicação para solidez do debate e de políticas que viabilizem o TCA (Tratado de Cooperação da Amazônia), que tem encontrado barreiras nos ajustes de interesses, colocando de lado processos de trocas desiguais e direcionando o interesse para a preservação da região.

Na área dos direitos humanos e da dignidade humana, a mobilização de apoio social para as possibilidades e exigências emancipatórias que eles con-

têm só será concretizável na medida em que tais possibilidades e exigências tiverem sido apropriadas e absorvidas pelo contexto cultural local. Apropriação e absorção, neste sentido, não podem ser obtidas através da canibalização cultural. Requerem um diálogo intercultural e uma hermenêutica diatópica. A hermenêutica diatópica baseia-se na idéia de que os topoi de uma dada cultura, por mais fortes que sejam, são tão incompletos quanto a própria cultura a que pertencem. Tal incompletude não é visível do interior dessa cultura, uma vez que a aspiração à totalidade induz a que se tome a parte pelo todo. O objectivo da hermenêutica diatópica não é, porém, atingir a completude — um objectivo inatingível — mas, pelo contrário, ampliar ao máximo a consciência de incompletude mútua através de um diálogo que se desenrola, por assim dizer, com um pé numa cultura e outro, noutra. Nisto reside o seu carácter diatópico (SANTOS, 1997, p. s.n.).

O que deverá ocorrer nessa nova tomada de consciência coletiva e intercultural humanística é impedir que o diálogo que por séculos tornou muitos dos direitos humanos irrealizáveis ao Sul e com isso subordinando a cultura nessas regiões de dominação e tente justificar novamente o que seria irrealizável, e promova a subordinação da Hipótese Gaia defendida pelos andinos e desconsiderem sua importância para os povos que compõem a Pan Amazônica, encobrendo o que precisa ser externado e transformado em contra hegemônico o âmbito dessa proteção.

A hermenêutica diatópica pode muito contribuir para a construção de uma política cosmopolita de união de forças de emancipação, que tende à busca pela realização da apropriação do espaço e tempo próprios e que apresentem narrativas que idealizem contra hegemonicamente o interculturalismo local, criando estruturas simbólicas que promovam essa afirmação histórica, compreendendo de forma diferente o espaço tempo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A visão antropocêntrica tem encontrado resguardo no capitalismo hegemônico que tem se contraposto à visão biocêntrica da proteção à natureza. Com a limitada aplicação dos direitos humanos para países do Sul que fragilmente promovem a defesa da Pan Amazônica, objeto de desejo exploratório. A reconhecida personalidade jurídica atribuída à natureza pelos países andinos, não encontra defesa ao Norte, que há séculos propõe

uma desconstrução dos povos do Sul, negando a evidência cultural do outro, em interesse puro de dominação através do encobrimento.

A Hipótese Gaia tem sido defendida pelos povos andinos que trazem então junto com a filosofia Ubuntu, a clarividência altruísta e solidária com o planeta, reconhecendo a natureza como sujeito de direitos e objeto de legítima defesa de uma região que luta para ser preservada. A viragem paradigmática se faz no âmbito intercultural que prevê o entrelaçamento de culturas e um pressuposto humanista para a coletividade.

A realização da proteção a Pachamama principalmente da região Pan Amazônica, um centro de biodiversidade onde pulsa todo o ecossistema será possível se a participação coletiva solidária e a condição de respeito a esse ser vivo nos termos da viragem biocêntrica. for referência na intenção de sulear a cultura, promovendo o interculturalismo local e o respeito ao interesse difuso que passa pelo crivo de uma ética global, que traz a exata noção de pertencer a um todo.

REFERÊNCIAS:

BRASIL, Constituição (2017). Constituição da República do Equador: promulgada em 05 de outubro de 1998.

EQUADOR. Constituição (2008). Constituição da República do Equador: promulgada em 28 de setembro de 2008. 218 f. Disponível em <<http://biblioteca.espe.edu.ec/upload/2008.pdf>>

EQUADOR. Acórdão na apelação cível número 11121-2011-0010 do Juzgado Tercero de lo Civil de Loja. Relator Luis Sempértegui Valdivieso. Equador, Loja. 30. mar. 2011. Disponível em: http://www.elcorreo.eu.org/IMG/pdf/Sentencia_ce_referencia.pdf Acesso em: 10/06/2018.

FOÉ, Nkolo. África em diálogo, África em autoquestionamento: universalismo ou provincialismo? “Acomodação de Atlanta” ou iniciativa histórica?. Educar em Revista, Curitiba, Brasil, n. 47, p. 175-228, jan./mar. 2013. Editora UFP.

LE GRANGE, Lesley. Ubuntu/Botho como uma ecofilosofia e ecosofia. Tradução: Leonardo da Silva Barbosa.. Ubuntu/Botho as Ecophi-

losophy and Ecosophy. *Journal of Human Ecology*, 49(3), 2015, p. 301-308.

LOVELOCK, J. E. *As eras de gaia*. Rio de Janeiro: Campus, 1988

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; TEIXEIRA, Gustavo de Faria Moreira. O direito internacional do meio ambiente e o greening da Convenção Americana sobre direitos humanos. **Revista Direito GV**, [S.l.], v. 9, n. 1, p. 199-241, jan. 2013. ISSN 2317-6172. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/20905>>. Acesso em: 10 Jun. 2018.

RAMOSE, M. B. **Sobre a Legitimidade e o Estudo da Filosofia Africana**. Ensaios Filosóficos, Volume IV - outubro/2011.

RAMOSE, Mogobe B. *African Philosophy through Ubuntu*. Tradução: Arnaldo Vasconcellos. Harare: Mond Books, 1999, p. 49-66.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. *Revista Crítica de Ciências Sociais*. Nº48, Junho de 1997.

SANTOS, Biaventura de Sousa. Para além do Pensamento Abissal: Das linhas globais a uma ecologia de saberes *Revista Crítica de Ciências Sociais*, 78, Outubro 2007: 3-46.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *La Pachamama y el humano*. Buenos Aires: Colihue, 2011.

BRASIL E ANGOLA: UM ESTUDO SOBRE A UNAVEM III

Israel Aparecido Gonçalves

1. INTRODUÇÃO

A delegação de diplomatas brasileiros na ONU vem demonstrando intensa participação nas várias esferas da organização, com destaque para o Departamento de Operações de Manutenção da Paz do Secretariado da ONU (DPKO) - subordinado ao Conselho de Segurança (CSNU) - que organiza as missões de paz¹⁸.

Podemos dividir as missões de paz, entre clássicas (1948 a 1987) e as multidisciplinares. Dentre as missões clássicas, a mais significativa para o Brasil, segundo CARDOSO (1998), foi a UNEF I (Primeira Força de Emergência das Nações Unidas). Já as multidisciplinares são formadas por coalizões *ad hoc* entre os países membros da ONU. As missões multidisciplinares¹⁹ são características das operações da ONU pós 1990²⁰.

18 Ver Capítulo: VI, VII e VIII da Carta das Nações Unidas que tratam sobre a organização da Missões de Paz. Disponível em: <<http://www.onu-brasil.org.br/doc4.php>>. Acesso em 08/12/2010

19 Para um debate mais extenso sobre as diferenças entre as operações clássicas e multidisciplinares consultar FONTOURA (1999, p.100 -140).

20 Com o fim da Guerra Fria, as divergências ideológicas entre as superpotências (URSS - comunista e EUA - capitalistas) cessaram. Dessa forma, conflitos religiosos, culturais, étnicos, tornaram-se relevantes no cenário internacionais. Paralelamente temas como narcotráfico, direitos humanos e violações humanitárias tomaram um importante lugar na agenda da ONU (CARDOSO, 1998; RODRIGUES, 1994).

No contexto das missões multidisciplinares o Brasil participou da *United Nations Angola Verification Mission III* (UNAVEM III) sob a égide da ONU no período em que realizavam-se esforços no sentido de se promover a distensão da guerra civil que se instalara no país desde a sua independência em 1975. A UNAVEM III durou entre 1995 e 1997 e foi, conforme FONTOURA (1999), uma evolução da UNAVEM I e II.

A missão ocorreu entre fevereiro de 1995 a junho de 1997 e seu objetivo era supervisionar e executar os acordos feitos pelo Protocolo de Lusaka (Resolução da ONU 976-1995). Para efetivar todas essas ações o Brasil enviou para Angola quatro contingentes do Exército. Essa missão no país africano representou, por sua estrutura e orçamento, uma repercussão internacional para a ONU e para o Brasil, pois foi - entre as mais de 45 missões - a maior missão efetivada pelo Exército brasileiro na década de 90 (FONTOURA, 1999). Com cerca de 1.200 homens em território angolano, o Brasil chegou a ser o quarto país em número de soldados em uma missão que envolveu na sua totalidade sete mil soldados e mais de trinta países (GONÇALVES, 2007).

Para este artigo foram consultadas além da literatura sobre Relações Internacionais, artigos e fontes primárias como o Protocolo de Lusaka - documento que dá as diretrizes da UNAVEM III e os disponíveis no Exército, entre outros os "Boletins internos". Outras informações foram pesquisadas na *homepage* da ONU, que disponibiliza vários relatórios sobre as missões de paz (www.un.org), no Ministério das Relações Exteriores (MRE), disponível em (www.mre.gov.br) e no Ministério da Defesa (www.defesa.gov.br).

Para compreender a estrutura dessa missão vamos dividir este artigo em cinco partes, sendo a primeira essa introdução. Na segunda parte vamos traçar uma breve contextualização do conflito em Angola e da evolução da UNAVEM I, II e III; na terceira parte destacamos a organização do Exército para a missão e posteriormente, no item quatro discutiremos a importância da UNAVEM III no contexto brasileiro. A quinta é contemplada com as considerações finais.

2. O BRASIL EM ANGOLA SOB A ÉGIDE DA ONU

Angola, localizada na África pode ser considerada um país irmão do Brasil no sentido que também sofreu com a colonização portuguesa, todavia, seu processo de independência ocorreu apenas em 1975. É necessário

saber das circunstâncias da independência e, posteriormente da guerra civil angolana para compreender a criação da UNAVEM.

Na historiografia brasileira (MENEZES, 2000; QUEIRÓZ, 1998; CARDOSO, 1982; MATTOSO, 1982) fica claro que os lusos utilizaram extensivamente a mão de obra escrava da África, tendo em vista a resistência indígena à escravidão na Colônia. Os portugueses capturam principalmente o grupo étnico Banto, que se localiza na região de Angola. Com o passar do tempo houve um processo de miscigenação entre as etnias; assim, podemos afirmar que o no sangue dos brasileiros corre uma herança genética dos irmãos angolanos.

Foi em 1975²¹ que Angola conquista a independência de Portugal. A luta pela independência teve início na década de 1960, por intermédio de três grupos rivais: o Movimento Popular de Libertação de Angola (MPLA), a Frente Nacional para a Libertação de Angola (FNLA) e a União Nacional para a Independência Total de Angola (UNITA) (SARAIVA, 1987, p.44).

Esses três grupos mostram a existência de profundas divisões étnicas e ideológicas: A FNLA, de etnia Bakongo, era oposta à idéia socialista. A UNITA, com a maioria da etnia Ovimbundu era anticomunista; tinha seu comando centralizado nas mãos de Jonas Savimbi e recebia apoio da África do Sul. A MPLA, composta de várias etnias, principalmente das etnias Kimbundo, era pró-soviética e apoiada por Cuba. No fim da década de 70 a FNLA se integrou à UNITA (SARAIVA, 1987, p.43).

Devemos compreender o conflito da guerra civil angolana no contexto da Guerra Fria (HOBSBAWM, 1995, p.223). Nesse período o mundo ficou dividido entre capitalistas, cujo principal país eram os Estados Unidos, e comunistas, que tinham como país central a União Soviética. As duas potências possuíam armas nucleares e poderiam em uma guerra exterminar toda a população mundial. Tanto os comunistas como os capitalistas induziam os países do mundo a aderirem ao seu sistema político econômico. Assim, a MPLA, recebia apoio da União Soviética, e a UNITA era apoiada pelos Estados Unidos²².

21 O Brasil foi um dos primeiros países a reconhecer Angola como um país independente.

22 Chama-se o período compreendido de 1947 a 1991 de Guerra Fria, pois as duas maiores potências não entraram em guerra declarada. Entretanto vários países sentiram o efeito das influências dessas potências (como exemplo: a guerra civil angolana e a guerra da Coréia).

A União Soviética, na década de 1980, vivenciou uma crise econômica por causa dos gastos militares, chegando a um desmantelamento total em 1991. Nesse ano, reestruturado, passou a se chamar Federação Russa (HOBSBAWM, 1995, p. 537-547).

Todos os países comunistas sentiram os efeitos da falta do apoio do país central, principalmente Cuba, que mantinha no território angolano cerca de 50.000 soldados cooperando com o regime comunista de Agostinho Neto, líder do MPLA²³ (GERVASIOLKA, 2004).

Assim, sem a influência soviética na região africana fica compreensível entender melhor por que as negociações de paz começam no ano de 1991.

A primeira missão do Brasil, por intermédio da ONU em Angola ocorreu dessa forma em janeiro de 1989 e maio de 1991. Foi batizada de Primeira Missão de Verificação das Nações Unidas em Angola - *United Nations Angola Verification Mission I*, ou seja, UNAVEM I. – cujo objetivo era a retirada total das tropas cubanas do território de Angola.

A UNAVEM II aconteceu entre maio de 1991 e fevereiro de 1995 e tinha como objetivo verificar as disposições acordadas pelo cessar-fogo entre o governo e a UNITA, assim como observar as eleições no país conforme o Acordo de Paz (GONÇALVES, 2007, p.140). Mas, nas eleições de 1992 Jonas Savimbi perde. Ele não reconhece o pleito e reinicia os conflitos no interior do país.

A UNAVEM III foi estruturada com base no Protocolo de Lusaka do dia 20 de novembro de 1994 e se realizou de fevereiro de 1995 a julho 1997 (www.angolapress-angop.ao/documentos/protocolo_de_lusaka.doc). A missão era composta por um efetivo geral de 7.000 soldados, fornecidos por 34 países. O Protocolo, em síntese, designa duas fases para UNAVEM III: i) O fim de todos os movimentos ofensivos, isto é, fim dos ataques por ambas as partes; ii) Repatriamento dos mercenários. A segunda fase constava de: i) Reforço de pessoal da ONU, tanto de Observadores como de Força de Manutenção de Paz Armada o que deu origem ao envio das tropas pelo Brasil, ii) Organização de áreas de aquartelamento da UNITA em conformidade com a ONU e as duas partes; iii) Conclusão do aquartelamento das forças da UNITA armazenamento e custódia de seu aquartelamento pela ONU e iv) a realização do segundo turno das eleições.

23 Para um aprofundamento sobre a história angolana consultar: Menezes (2000); Saraiva (1987) e Boavida (1967).

O Brasil contribuiu para essa missão com uma Força de Manutenção de Paz Armada (*peacekeeping*)²⁴ composta por 1.200 homens. Foram para Angola quatro contingentes das Forças Armadas, sendo a maioria pertencente ao Exército²⁵.

3. A ORGANIZAÇÃO DO EXÉRCITO

Com vistas a adestrar vários comandos, o Exército recrutou contingentes de várias regiões para UNAVEM III; entre elas podemos destacar a região nordeste e a região sul do país.

O primeiro contingente foi a Unidade-Base (UB): 72º BI Mtz Petrolina-PE, com o objetivo de monitorar o fim dos ataques entre as partes conflitantes, da instalação dos mecanismos de verificação da ONU, a segunda UB: 10º BI de Juiz de Fora - MG, tinha como meta auxiliar na libertação de prisioneiros, no monitoramento das tropas de ambos os lados e do repatriamento dos mercenários, a terceira era UB: 62º BI Joinville-SC²⁶ e a quarta UB: 42º BI Mtz Goiânia-GO, que ficou com a missão de desmontar os equipamentos levados pelo primeiro contingente, assim como continuar os monitoramentos na região. (NIQUELATTE, 2003). Tomando como análise o terceiro contingente, o UB: 62º BI-SC, constatou-se que os soldados fizeram um treinamento intensivo para executar a missão. Tiveram aulas sobre a História e geografia de Angola, sobre as doenças endêmicas da região, sobre relações humanas e sobre as regras de engajamento²⁷. O contingente catarinense tinha como objetivos: (i) o

24 Há cinco categorias para organizar as Missões de Paz: i) Diplomacia Preventiva (preventive diplomacy); ii) Promoção da Paz (peacemaking); iii) Manutenção da Paz (peacekeeping); iv) Consolidação da Paz (pos-conflict-peace-building); e a v) Imposição da Paz (peace-enforcement).

25 No período o Brasil participava de outras missões de paz, entre elas podemos destacar: A Missão de Verificação dos Direitos Humanos das Nações Unidas na Guatemala (MINUGUA). (CANNABRAVA, 1996 p.98)

26 Uma Unidade Base agregava várias unidades do Exército, como por exemplo: UB 62º BI de Joinville-SC que era composta pelo 23º BI de Blumenau, 63º BI de Florianópolis, 3º Cia do 63º BI com sede em Tubarão (todos de SC) entre outros soldados (médicos, engenheiros e oficiais) do Comando Militar do Sul e outras Unidades do país.

27 Isto é, instrução básica se fosse necessário o uso da força.

desarmamento das tropas da UNITA e seu aquartelamento, (ii) monitorar o cessar fogo, (iii) realizar o patrulhamento das instalações e deslocamento do pessoal da ONU, (iv) controlar as entradas e saídas dos aquartelados, dos portos e aeroportos. O tempo máximo de permanência de cada integrante da Força de Paz em Angola não poderia ultrapassar seis meses; assim era feito um rodízio das tropas. No período da UNAVEM III, foram realizados quatro rodízios, ou seja, quatro contingentes. (NIQUELATTE, 2003, p.50). Esses números somados a logística empregada fizeram com que o Brasil ocupasse na missão a posição de quarto maior contribuinte de tropas para operações de paz das Nações Unidas totalizando um gasto para União de R\$ 236.647.332,00. (FONTOURA: 1999, p.214).

A repercussão da missão na mídia trouxe uma nova perspectiva para as Forças Armadas, pois a mesma estava em uma fase que vários estudiosos classificavam como “crise de identidade”. Crise de identidade foi largamente utilizada pela sociologia militar dos anos de 1990 para designar uma situação em que as forças Armadas experimentavam um misto de baixa credibilidade depois de um longo período de ditadura e acusações de torturas e violações cometidas pelo regime associada a uma suposta falta de perspectivas no que se refere ao papel a ser desempenhado pelas Forças Armadas num país democrático e sem inimigos. Nesse sentido, ao mostrar uma ação "humanitária" e articulada com a política exterior de projeção e visibilidade nacional, a Instituição poderia reciclar sua imagem como um instrumento de Estado útil para a nação (OLIVEIRA, 1994). Ou seja, com essa operação o Brasil reitera ao mesmo tempo seus compromissos externos - de promover a paz - e o Exército se reconfigura como instituição importante para os interesses nacionais.

4. A IMPORTÂNCIA DA UNAVEM III NO CONTEXTO BRASILEIRO

Depois de mais de 20 anos de regime militar, temos a partir de 1988 uma nova Constituição. Esse novo sistema político se fortalece na década de 90, período que iniciou a consolidação da economia liberal e do amadurecimento da nossa democracia. A estabilização da economia com o Plano Real e os dois mandatos de Fernando Henrique Cardoso foram os pressupostos desta nova fase política brasileira. FHC tinha um grande

prestígio na arena mundial, pois antes de ser presidente já era reconhecido como intelectual e exerceu a função de chanceler no Ministro das Relações Exteriores do Brasil entre outubro de 1992 e a maio de 1993²⁸.

Com essa experiência como chanceler FHC acabou atuando, segundo DANESE (1999) como um *diplomacy presidency*, ou seja, atuando pessoalmente em vários assuntos da política externa brasileira.

Na esfera militar FHC anuncia em 1996 a Política de Defesa Nacional, que implantou uma nova orientação na política das Forças Armadas. O documento é incisivo ao afirma que "as relações internacionais não são mais pautadas pelo conflito Leste-Oeste, mas são multipolares", ou seja, as Formas Armadas devem ter um novo papel na sociedade e no sistema internacional. No documento constam também os objetivos específicos dessa política que eram entre outros "a contribuição para a manutenção da paz e da segurança internacionais" e na sua diretriz "participar de operações internacionais de paz, de acordo com seus interesses nacionais" (<http://merln.ndu.edu/white-papers/Brazil1996.pdf>). Segundo o diplomata Ivan Cannabrava que escreve em 1996, momento em que a UNAVEM III estava em realização:

A participação do Brasil em operações de manutenção de paz, além de servir para o cumprimento de obrigações internacionais no campo da paz e da segurança, contribui para a projeção do país e para o adensamento das relações com países e regiões de particular interesse político e econômico, atuando, portanto, como instrumento de política externa brasileira. (CANNABRAVA, 1996 p.99)

Isso é, a inserção do Brasil na esfera internacional através das missões de paz é um instrumento estratégico da política externa brasileira para garantir seus objetivos regionais e internacionais. Os objetivos eram: 1º conquistar uma credibilidade internacional ao ponto de ser reconhecido como um "global player" - por meio da *virtú*²⁹ - legitimando assim, mesmo

28 Disponível em: <http://www.mre.gov.br/index.php?option=com_content&task=view&id=1390> Acesso em 05 de outubro de 2019

29 Diferentes de outras nações que mostram sua força pela guerra como, por exemplo, os EUA que comandou no início da década de 90 a Operação Tempestade no Deserto contra o Iraque. Lembramos que neste momento os EUA assumiam um papel de hegemonia nas relações mundiais, paralelamente a URSS respirava seus últimos momentos como nação.

com protestos da chancelaria argentina, sua reivindicação ao um assento no CSNU como membro permanente (CERVO, 2002, p.15) que naquele momento passava por uma reforma interna³⁰; 2º Sair da retórica que se encontravam as relações exteriores do Brasil, segundo BERNAL-MEZA (2002 p.61) para um papel mais ativo no cenário internacional e na América Latina, demonstrando desta forma seu papel de *hegemon* na América do Sul. Assim as missões de paz sobre a égide da ONU têm objetivos claros, potencializar atuação do Brasil nas várias esferas internacionais, com destaque para as relações regionais, como ficou evidente em 1995 e 1999 quando o Brasil atua de forma significativa na Missão de Observadores Militares Equador-Peru – MOMEPE, mediando junto com outros países latinos um conflito entre Equador-Peru (GALASTRI, 2005). O país também marcou sua presença em órgãos multilaterais, como: Direitos Humanos, Meio Ambiente, como exemplo na realização da Eco 92 e de Segurança nos fóruns internacionais (CERVO, 2002, p.12-15). Dessa forma, o cenário internacional multipolar projetaria o país – por sua geografia, economia e relações exteriores – há um possível representante da América do Sul e de um patamar significativo nas relações mundiais. O Ministério das Relações Exteriores nesse cenário pauta-se por uma relação de realismo e pragmatismo (MIYAMOTO, 2000), isso é, buscando vantagens econômicas – principalmente com o Mercosul e políticas. Mas a logística montada e o orçamento dado a UNAVEM III não repercutiria como um ímã de vantagens nas relações internacionais, pelo menos de imediato. Isso se deve ao um fator importante: o da imprevisibilidade. Em Angola os conflitos e as hostilidades entre o Governo e os rebeldes da UNITA afloram ao ponto inicial da UNAVEM I, ou seja, todo o empenho da ONU e das tropas brasileira fica sobre uma penumbra de sete anos. A paz só chegaria "para ficar" depois que as Forças Armadas de Angola conseguiram matar Jonas Savimbi em 22 de fevereiro de 2002.

30 Segundo Miyamoto e Carvalho, a reforma ou democratização no CSNU não se concretizou pela "falta de consenso" em decidir "quais países deveriam ocupar os novos assentos" (2003, p.26)

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Uma missão de paz da envergadura da UNAVEM III é importante em qualquer histórico de um país que tenha pretensões em não apenas participar, mas influenciar o cenário competitivo das relações internacionais. Mas é importante expor que pertencer a ONU ou realizar missões de paz não é um atributo de diferenciação nas relações mundiais, pois a ONU hoje conta com mais de 192 países-membros (http://www.onu-brasil.org.br/conheca_paises.php) e dentre estes muitos já participaram de missões de paz. Desta forma, pensar ou privilegiar tais operações como único instrumento das Relações Exteriores brasileiras é entrar em um campo de incertezas. Acreditamos como afirma LANNES (1998) que o Brasil "colheu significativos resultados" de tais operações, entre eles, destaca-se o reconhecimento do sistema instrucional brasileiro pela ONU e outros organismos internacionais. Mas é sabido que um país tem relevância nas negociações mundiais quando soma força militar a uma economia forte e estável, conforme ABDEMAR:

A importância de um país no cenário internacional é medida por sua expressão nos campos políticos e militar, econômico, científico, cultural, territorial ou demográfico. A capacidade de atuação externa dos diferentes Estados dependerá, essencialmente de sua expressão relativa nessas áreas. (1994, p.31)

Assim, a UNAVEM III é importante na consolidação da tradição do Brasil nas missões de paz organizadas pela ONU e demonstrou naquele contexto histórico a possibilidade de o país participar de grandes eventos internacionais ao mesmo tempo em que ressignificou a postura das Forças Armadas na sociedade brasileira.

6. REFERÊNCIAS

- BERNAL-MEZA, R. **"A política exterior do Brasil: 1990-2002"**.
Revista Brasileira de Política Internacional, 45 V. 1. pp. 36-71, 2002.
- BOAVIDA, Américo. **Angola: Cinco séculos de exploração portuguesa**.
Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1967.

- CANNABRAVA, Ivan. **O Brasil e as operações de manutenção de paz**. Política Externa, Vol. 5, Nº3, pp.93-105. dez. 1996.
- CARDOSO, Afonso J. S. **O Brasil nas Operações de Paz das Nações**. Brasília: FUNAG, 1998
- CARDOSO, Ciro Flamarion. **A Afro-América: a escravidão no Novo Mundo**. São Paulo: Brasiliense, 1982.
- CERVO, A. L. "**Relações internacionais do Brasil: um balanço da era Cardoso**". Revista Brasileira de Política Internacional, 45 Vº 1, pp.5-35, 2002
- DANESE, S. **Diplomacia Presidencial**. Rio de Janeiro: Topbooks, 1999
- FONTOURA, Paulo R. C. T. **O Brasil e as Operações de Manutenção da Paz das nações Unidas**. Brasília: FUNAG, 1999
- GALASTRI, Leandro de O. **A Missão de Observadores Militares Equador-Peru - MOMEPE (1995-1999) E A Participação do Exército Brasileiro**. Campinas, 2005. Dissertação de Mestrado em Ciência Política, apresentada ao Departamento de Ciência Política do Instituto de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Estadual de Campinas, 2005.
- GERVASIOLKA, Marília. **Memórias de Angola**. 2.ed. 17/02/2004. Documentário (28 min)
- GONÇALVES, Israel Aparecido. **Os soldados brasileiros em Angola e suas memórias**. In: Revista Univille. V 12, N 1. Julho de 2007. p 138 -145
- HOBSBAWM, Eric. **Era dos extremos: O breve século XX - 1914-1991**. Tradução de Marcos Santarrita. São Paulo: Cia. das Letras, 1995.
- JÚNIOR, Gelson F.; CASTRO, Sergio Henrique N. de. **Temas de política externa brasileira II**. São Paulo: Paz e Terra, 1994. v 1

LENNES, Ulisses L. P. **O Brasil e as operações de manutenção da paz**. São Paulo: Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo [IEA]. 1998.

MATTOSO, Kátia de Queirós. **Ser escravo no Brasil**. São Paulo: Brasiliense, 1982

MENEZES, Solival. **Mamma Angola**. Sociedade e economia de um país nascente. São

Paulo: EDUSP/FAPESP, 2000.

MIYAMOTO, S. "**O Brasil e as negociações multilaterais**". Revista Brasileira de Política Internacional. Brasília, ano 43, ano 1, 2000.

MIYAMOTO, S; CARVALHO, Patrícia Nasser de. **A ONU e a paz mundial: alcances e limites**. São Paulo: Primeira Versão, 2003

NIQUELATTE, Nilo. **A caminho de Andulo**. Blumenau: Odorizzi. 2003

OLIVEIRA, Eliezer R. de. **De Geisel a Collor: forças armadas, transição e democracia**. São Paulo: Papirus, 1994.

QUEIRÓZ, Suely Robles R. de. "Escravidão negra em debate". In: FREITAS, Marcos César (org). **Historiografia em Perspectiva**. São Paulo: 1998.

RODRIGUES, Gilberto M. A. **O que são relações internacionais**. São Paulo: brasiliense, 1994

SARAIVA, José Flávio Sombra. **Formação da África Contemporânea**. 5. ed. São Paulo: Atual, 1987.

6.1 SÍTIO DA INTERNET

Organização das Nações Unidas. Disponível em: www.un.org. Acesso: 06/03/2008

Nações Unidas no Brasil. Carta das Nações Unidas: Disponível em: <http://www.onu-brasil.org.br/doc4.php>. Acesso em 05/03/2008

Ministério das Relações Exteriores (MRE). Disponível em: www.mre.gov.br. Acesso: 26/03/2008

Ministério da Defesa. Disponível em: www.defesa.gov.br. Acesso: 24/03/2008

Política de defesa Nacional: Disponível em: <http://merln.ndu.edu/white-papers/Brazil1996.pdf>. Acesso: 25/03/2008

Protocolo de Lusaka. Disponível em: www.angolapress-angop.ao/documentos/protocolo_de_lusaka.doc. Acesso: 24/03/2008

6.2 RESOLUÇÕES DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS

Resolução da ONU 626 de 20/12/1988.

Resolução da ONU 696 de 30/05/1991.

Resolução da ONU 976 de 8/2/1995

ARTIGOS - INSTITUIÇÕES JURÍDICAS

DA TEORIA PSICOLÓGICA À PRÁTICA JURÍDICA: UMA VIVÊNCIA DA EXECUÇÃO PENAL

Patricky Batista da Silva

Introdução

O presente artigo trata-se de um relato de experiência enquanto acadêmico do curso de Psicologia do Centro Universitário Luterano de Manaus – CEULM\ULBRA, e estagiário lotado no Setor Psicossocial da Vara de Execução Penal da Capital – VEP, do Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas – TJAM, situado no Fórum Ministro Henoch Reis, da Comarca de Manaus. Tem como objetivo relatar a consolidação das teorias nas experiências vivenciadas no judiciário de apoio a população carcerária e suas famílias, contribuindo com a prática psicológica, quanto estagiário de psicologia, no âmbito jurídico.

Se utilizou do método de relato de experiência profissional, onde o acadêmico foi inserido no contexto exposto e lhe foi atribuído tarefas específicas, as atividades apresentadas neste artigo compreendem o período do mês de fevereiro 2018 até o mês de setembro de 2019, onde foi possível acompanhar casos encaminhados ao Setor Psicossocial da VEP, de apenados desde o Início do Cumprimento de Pena dos Regimes Aberto, Semiaberto e Fechado, Progressões e Regressões, assim como às famílias, que segundo Monteiro (2012), um dos objetivos do atendimento psicológico é fazer com que o indivíduo resgate suas condições quanto sujeito, sua autoestima, suas vontades e desejos, durante o período do cárcere ou do

cumprimento de sua pena, dessa forma, a ressignificação é feita de forma gradual, acompanhada pelo Setor Psicossocial para que se obtenha um resultado assertivo, duradouro e empático.

As experiências do estágio no Setor Psicossocial VEP, proporcionaram ao acadêmico um espaço de entendimento, aplicação e consolidação dos conhecimentos teóricos, vinculados à prática dos atendimentos e supervisões em sala de aula, assim como as orientações da psicóloga e assistente social da Vara. Dentro deste contexto, foi possível perceber que mesmo sendo um Setor desenvolvido no âmbito jurídico para auxiliar o Juízo da VEP, o Setor Psicossocial trabalha visando sempre à pessoa/família atendida como principal foco de emancipação, empoderamento e ressignificação.

Vivências que nos atendimentos a população carcerária, propiciaram observar e criticar, a linha que separa o direito da psicologia, que de acordo com as afirmações de Valois (2019), o direito segue uma tradição moderna de entender o homem objetivado, como um modelo, ignorando as suas complexidades, enquanto suas subjetividades são relegadas ao segundo plano, por isso que falar de Execução Penal, deve sempre ser feito superando esse modelo estanque do direito. Corroborando com a teoria explicitada em sala de aula onde o direito caracterizado por Trindade (2009), é formal, racional, axiológico, objetivo e hierárquico, enquanto a psicologia é informal, empirista, compreensiva, subjetiva e flexível, a aproximação entre as duas ciências, bem como a criação de um território transdisciplinar, deve ser uma verdadeira questão de justiça.

Histórico do Setor Psicossocial

O Setor Psicossocial foi inserido a partir da iniciativa do Juiz Titular da Vara de Execução Penal – VEP do Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas – TJAM, Dr. Luís Carlos Honorário de Valois Coelho, que observou a necessidade da criação de um Setor que atendesse a demanda de orientação e encaminhamento a população carcerária e seus familiares que visavam seus direitos. Com a colaboração de Célia Regina Parente Abreu, assistente social desde os primórdios do Setor Psicossocial e posteriormente, Juliana Campos Afonso, atual psicóloga, o Setor se desenvolveu e hoje é parte vital da VEP, pois funciona com o intuito de promo-

ver atendimento humanizado aos apenados, no que se refere à Justiça ao cumprimento das penas, com vista a promoção de saúde biopsicossocial, bem-estar, orientação e restauração da inclusão dos apenados e familiares. O Setor Psicossocial atua no auxílio direto dos juízes da VEP, a fim de assessorá-los nas tomadas de decisões onde o Juízo não tem acesso, referente aos apenados e as famílias em situações em que se encontram para que possam ter acesso aos seus direitos e deveres.

Serviços e Demandas do Setor Psicossocial

Apesar de ser considerado um setor autônomo, o objetivo do Setor Psicossocial é de assessorar o Juízo da VEP nas decisões relativas à execução das penas, com ênfase nos aspectos biopsicossociais. Existe um trabalho transdisciplinar entre o Direito, Psicologia, Psiquiatria e Serviço Social, onde os serviços realizados pelo Setor Psicossocial envolvem desde questões dos familiares e dos apenados, em cumprimento de pena dos Regimes Aberto, Semiaberto e Fechado, explicações e orientações sobre o uso de tornozeleira eletrônica, além de outras atividades visando integrar às famílias dos presos e as unidades prisionais da Secretaria de Estado de Administração Penitenciária – SEAP, como também fazer valer alguns dos seus direitos. Dentre os serviços prestados pelo Setor Psicossocial destacam-se alguns como:

- 1 - Oitiva dos apenados e familiares quando solicitado ou de ordem do Juízo.
- 2 - Encaminhamento para Rede Psicossocial quando observado necessidade de Psicoterapia ou de ordem do Juízo.
- 3 - Emitir laudos de visitas domiciliares manifestando-se favorável ou desfavorável sobre a concessão da prisão domiciliar, com ou sem uso de tornozeleira eletrônica, para tratamento de saúde ou em casos que há crianças menores de 12 anos necessitando do cuidado dos pais.
- 4 - Orientar e encaminhar os apenados a fim de solicitar benefícios previdenciários.
- 5 - Encaminhar os apenados para participarem do Projeto Coeçar de Novo com cursos profissionalizantes e a inserção/reinserção no mercado de trabalho.
- 6 - Articulação com a Direção e o Setor Psicossocial das Unidades Prisionais sobre as condições de vida que os apenados têm dentro das celas e intervir perante o Estado para melhores condições de vida.
- 7 - Visitas domiciliares com emissão de relatórios e laudos para que os apenados tenham algum benefício e/ou direitos.

A demanda de atendimento diário é muito grande, o controle para uma estatística é realizado via Sistema de Automação da Justiça – SAJ/PG5, pois não é desenvolvido um único serviço, são vários atendimentos tanto aos apenados quanto as suas famílias e advogados que procuram o Setor Psicossocial para ter uma resolução dos seus problemas e dúvidas, o foco não visa um quantitativo e sim um atendimento humanizado e de qualidade voltado único e exclusivamente ao apenado.

A Psicologia e as atribuições do estagiário no Setor Psicossocial

O curso de Psicologia no Brasil foi regulamentado em agosto de 1962, cabe salientar que o a profissão do psicólogo no país ocorreu aproximadamente no mesmo contexto do golpe militar em 1964 (na atualidade, em tempos onde coexistem pedidos de intervenção militar, é algo a se frisar), logo a clínica se estabeleceu como área nobre de atuação do psicólogo e gradativamente, houve ascensão de novas modalidades de trabalho, como a da psicologia social e de saúde mental, construindo assim uma nova face para a psicologia (FERREIRA NETO, 2010).

A psicologia trabalha com a missão de compreender como o indivíduo se manifesta em diferentes contextos, compreendendo a complexidade de comportamentos apresentados. No âmbito da Justiça, atua colaborando no planejamento e execução de políticas de cidadania, direitos humanos e prevenção da violência, centrando sua atuação na orientação do dado psicológico repassado não só para os juristas como também aos indivíduos que carecem de tal intervenção, para possibilitar a avaliação das características de personalidade e fornecer subsídios ao processo judicial, além de contribuir para a formulação, revisão e interpretação das leis.

Levando em consideração que a Psicologia tem diferentes teorias e abordagens, os atendimentos no Setor Psicossocial da Vara de Execução Penal – VEP, não dispõem de espaço físico para uma escuta qualificada, e devido ao grande número de pessoas que procuram o Setor Psicossocial, destacando-se a abordagem da Psicoterapia de Apoio, que se configura como uma intervenção terapêutica com tempo e objetivos limitados, estabelecidos a partir de uma compreensão do sujeito e da delimitação de um foco, considerando-se que esses objetivos sejam passíveis de serem atingi-

dos num espaço de tempo, que pode ser ou não preestabelecido, através de determinadas estratégias, tem a difícil tarefa de discriminar e localizar (na grande maioria das vezes oculta) a “parte sadia e forte” do indivíduo, de reforçar os mecanismos defensivos do ego mais desenvolvidos, de modo a propiciar condições para confrontar e enfrentar seu lado “frágil e doente”, sem necessariamente aprofundar na dinâmica de conflitos pulsionais do inconsciente (ZIMERMAN, 2010).

A Psicologia de Apoio fala de uma psicoterapia do ego, que se estabelece como local de trabalho e de investimento terapêutico, o inconsciente é alcançado, entretanto, se constitui como Psicanálise, por ser uma psicoterapia do ego não pode se reduzir a uma psicoterapia superficial, pois as transformações ocorridas são profundas, expressam substituições de mecanismos de defesa, por outros mais propícios em situações e comportamentos sólidos, sem flexibilidade, como se pede de comportamentos saudáveis. A situação econômica é outro fator para indicação da psicoterapia de apoio, em especial em órgãos públicos, como no Fórum Ministro Henech Reis.

Segundo legislação do Conselho Federal de Psicologia – CFP (2008), para integrar o catálogo brasileiro de ocupações, as atribuições do psicólogo jurídico, nas instituições governamentais, atuam no âmbito da Justiça no planejamento e execução de políticas de cidadania, direitos humanos e prevenção da violência, contribui para a formulação, revisões e interpretações da leis, a seguir o detalhamento das atribuições (adaptado de CFP, 2008):

- 1 - Assessora na formulação, revisão e execução de leis.
- 2 - Colabora na formulação e implantação das políticas de cidadania e direitos humanos.
- 3 - Realiza pesquisa visando a construção e ampliação do conhecimento psicológico aplicado ao campo do Direito.
- 4 - Avalia as condições intelectuais e emocionais de crianças adolescentes e adultos em conexão processos jurídicos, seja por deficiência mental e insanidade, testamentos contestados, aceitação em lares adotivos, posse e guarda de crianças ou determinação da responsabilidade legal por atos criminosos.
- 5 - Atua como perito judicial nas varas cíveis, criminais, justiça do trabalho, da família, da criança e do adolescente, elaborando laudos, pareceres e perí-

cias a serem anexados aos processos. 6 - Elabora petições que serão juntadas ao processo, sempre que solicitar alguma providência, ou haja necessidade de comunicar-se com o juiz, durante a execução da perícia. 7 - Eventualmente participa de audiência para esclarecer aspectos técnicos em Psicologia que possam necessitar de maiores informações a leigos ou leitores do trabalho pericial psicológico (juízes, curadores e advogados). 8 - Elabora laudos, relatórios e pareceres, colaborando não só com a ordem jurídica como com o indivíduo envolvido com a Justiça, através da avaliação das personalidades destes e fornecendo subsídios ao processo judicial quando solicitado por uma autoridade competente, podendo utilizar-se de consulta aos processos e coletar dados considerar necessários a elaboração do estudo psicológico. 9 - Realiza atendimento psicológico através de trabalho acessível e comprometido com a busca de decisões próprias na organização familiar dos que recorrem a Varas de Família para a resolução de questões. 10 - Realiza atendimento a crianças envolvidas em situações que chegam às Instituições de Direito, visando a preservação de sua saúde mental, bem como presta atendimento e orientação a detentos e seus familiares. 11 - Participa da elaboração e execução de programas sócio educativos destinados a criança de rua, abandonadas ou infratoras. 12 - Orienta a administração e os colegiados do sistema penitenciário, sob o ponto de vista psicológico, quanto as tarefas educativas e profissionais que os internos possam exercer nos estabelecimentos penais. 13 - Assessora autoridades judiciais no encaminhamento à terapias psicológicas, quando necessário. 14 - Participa da elaboração e do processo de Execução Penal e assessorar a administração dos estabelecimentos penais quanto a formulação da política penal e no treinamento de pessoal para aplicá-la. 15 - Atua em pesquisas e programas de prevenção à violência e desenvolve estudos e pesquisas sobre a pesquisa criminal, construindo ou adaptando instrumentos de investigação psicológica.

O profissional da psicologia na VEP, presta atendimento e orientação a detentos/apenados e seus familiares visando à preservação da saúde. Faz acompanhamento do apenado em liberdade condicional, na internação em hospital penitenciário, bem como atuar no apoio psicológico à sua fa-

mília. Pode desenvolver estudos e pesquisas na área criminal, constituindo ou adaptando os instrumentos de investigação psicológica.

Ao mesmo tempo em que o profissional trabalha com ética, pois vivemos em uma sociedade desumana onde a carceragem é a forma de controle, ele também vive a humanização e é nesse contexto que precisa atuar na defesa dos direitos fazendo com que os apenados possam ter seus direitos garantidos mesmo estando no sistema prisional, pois de acordo com as afirmações de Valois (2019), do sistema punitivo, mais precisamente do sistema prisional, no qual efetivamente se realiza o direito penal e onde se mostra mais irracional, ligada aos males que o “*superencarceramento*” causa na sociedade como um todo.

O objetivo do estágio do TJAM, segundo cartilha do estagiário da Escola de Aperfeiçoamento do Servidor – EASTJAM (2017), é propiciar a oportunidade para o desenvolvimento de competências das atividades profissionais de modo a aliar teoria e prática, preceitos que estão intrinsecamente ligados ao presente artigo, o estagiário tem as seguintes atribuições (adaptado da cartilha do estagiário, 2017):

1 – Realizar Justiça, Equidade e Paz Social. 2 – Realizar com empenho todas as atividades desenvolvidas neste Tribunal. 3 – Conhecer o cumprimento das normas internas neste Tribunal. 4 – Visando os valores de Celeridade, Modernidade, Acessibilidade, Transparência, Responsabilidade Social e Ambiental, Imparcialidade, Ética e Probidade.

No que tange especificamente o Setor Psicossocial da VEP, além das supracitadas no tópico Serviços e Demandas do presente artigo, cabe ao acadêmico de Psicologia nos campos de estágio na VEP, as seguintes atribuições:

1 – Observar e zelar pelo cumprimento dos preceitos ético - legais da profissão e as normas da instituição no campo de estágio. 2 – Atendimento psicossocial com supervisão da Psicóloga. 3 – Atendimento aos apenados e às famílias. 4 – Realização de visita domiciliar com acompanhamento. 5 – Apresentar sugestões, proposições e pedido de recursos que venham a contribuir para a qua-

lidade de sua formação profissional ou, especificamente, o melhor desenvolvimento de suas atividades. 6 – Agir com competência técnica e política às ações sob sua responsabilidade na organização em que realiza o estágio supervisionado, com olhar crítico e caráter interventivo requisitando apoio aos supervisores de Campo e Acadêmico, frente a um processo decisório ou atuação que transcenda suas possibilidades. 7 – Trabalhar em conjunto com supervisor de campo e o supervisor acadêmico o objeto de intervenção a ser desenvolvido no Campo de Estágio.

Relato de experiência do estágio

Segundo Zanatta, Silva e Zacarias (2018) a experiência do estágio é de vital importância para a formação de qualquer profissional, independente de sua área de atuação. A ideia inicial partiu da disciplina de Estágio Específico na Ênfase II (B), ministrada pelos Professores Enio Tavares (Orientação Analítica) e Thiago Silva (Teoria Cognitiva Comportamental), onde a matéria proporcionou a continuidade dos atendimentos voltados para psicologia no âmbito jurídico. Todas as experiências adquiridas na Vara de Execução Penal – VEP, me proporcionaram um espaço de entendimento, aplicação e consolidação dos conhecimentos teóricos, vinculados junto à prática dos atendimentos e supervisões, onde foi possível acompanhar alguns apenados, desde sua chegada até sua saída do sistema penitenciário.

Na Vara de Execução Penal – VEP cabe aos estagiários do Setor Psicossocial desenvolverem algumas atividades sob a supervisão da assistente social e da psicóloga que lá atuam. Dentre as atividades realizadas, podemos destacar entrevista através de atendimento aos apenados e as famílias, visitas domiciliares para que tenham acesso a prisão domiciliar no caso de terem filhos menores de 12 anos ou para tratamento de saúde, relatórios das visitas, emissão de certidões e termos de comparecimento. Essas atividades são mais frequentes no Setor Psicossocial, tendo como instrumental técnico operativo observação, encaminhamentos, relatórios, entrevistas, acompanhamento dos apenados, familiares e pareceres. Apesar de todas as dificuldades, da falta de um espaço físico adequado, a atenção do Setor Judiciário, otimismo e entusiasmo de alguns funcionários, que necessitam

estar se relacionando e instigando, sempre às transformações e um melhor atendimento aos apenados e familiares.

A prática da Psicologia determina obstáculos, principalmente aos acadêmicos que necessitam atravessar o processo da experiência em campo, pois cada um possui desconfianças com o que podem se deparar para dar prosseguimento a um processo tão importante durante sua formação, que é o estágio. Apenas estudar as teorias não irá ensinar o graduando a se tornar um profissional, há também a necessidade de um aprendizado mais abrangente que vai além das salas de aulas ou livros, que é prático e sem dúvida uma grande contribuição para a formação. Nesse sentido, a experiência no Setor Psicossocial da Vara de Execução Penal – VEP, é vital para me tornar um profissional mais técnico, pautado na teoria com as vivências da prática, construindo assim um emaranhado de experiências em todos os âmbitos proporcionados pelo estágio, pois foi possível acompanhar casos que consolidavam os conhecimentos pré-adquiridos no meio acadêmico na experiência prática.

O esboço do presente artigo, foi finalizado no dia 27 de junho de 2019 às 15:20h, em forma de relatório em uma unidade prisional da Comarca de Manaus, o Instituto Penal Antônio Trindade – IPAT, as celas estão defasadas pelo tempo, o ambiente é insalubre e hostil, há algumas semanas, segundo Rylo (2019), 25 detentos foram mortos em uma rebelião, ao total 40 mortos dentro de unidades do estado do Amazonas.

Fica o questionamento, qual o lugar dos psicólogos neste sistema prisional? Pessoas sobrevivem neste ambiente de horror, o que podemos fazer a respeito? Onde a psicologia atua? Como proporcionar prevenção ou promoção de saúde mental em um lugar tão impregnado de pulsão de morte?

Alguns profissionais costumam dizer que cadeia não ajuda e não muda ninguém, de fato, o Brasil possui um população carcerária que só cresce, nosso modelo de prisão pelo visto não está dando certo, faço um paralelo com a luta antimanicomial, o Hospital Psiquiátrico Eduardo Ribeiro ainda está em pleno funcionamento, nos dias atuais, podemos pensar então em um desmonte do modelo prisional? Será possível uma sociedade sem prisões? Pode parecer utópico, assim como um modelo de sociedade que não seja capitalista, entretanto, eu acredito!

Ainda sobre as vivências do estágio, segundo as afirmações de Zanatta, Silva e Zacarias (2018), poder vivenciar a prática do atendimento é uma

experiência enriquecedora, alinhar tudo o que se aprende em sala de aula e romper com os muros da vida acadêmica e aplicar os conceitos é vital para uma formação sólida e gratificante.

Resultados e Considerações Finais

O aprendizado em sala de aula alinhado as teorias das escolas e abordagens da Psicologia, em interseção as experiências vivenciadas no âmbito jurídico oportunizaram ao acadêmico, durante o processo de estágio foi possível vivenciar a atuação no âmbito jurídico, conviver com outros profissionais trabalhando e aperfeiçoando a transdisciplinaridade e a dinâmica entre as diversas áreas, dos conteúdos aprendidos durante o referido período, foi possível agregar conhecimento técnico científico, especialmente no que tange o andamento de um processo jurídico quando há alguma alteração psíquica de uma das partes envolvidas. A convivência com profissionais da Psicologia com experiência na área jurídica possibilitou uma nova visão a respeito da atuação do psicólogo.

Podemos destacar o contexto em que o estagiário estava inserido e as mudanças na VEP no período de estágio, alguns pontos relevantes como reuniões visando o atendimento médico a população carcerária (TORRES, 2018), a padronização dos procedimentos no sistema carcerário da VEP (JÚNIOR, 2018), realização de ação de saúde e mutirão carcerário com apenadas (BEZERRA, 2019), audiências e oitivas de detentos em unidades prisionais (MELO, 2019), palestras para os apenados em uso de tornozeleira eletrônica (AZEVEDO, 2019).

Mudanças que estão em total alinhamento com práticas da Psicologia dentro do âmbito jurídico, e apesar de todas as críticas ao sistema como afirma Valois (2019, p. 21-22), “a prisão tem sido a droga que mais mata, a que mais produz violência e a que mais causa insanidade, a prisão será o centro das atenções, na medida em que estamos vinculados legalmente à solução prisional”. As vivências do estágio estão correlacionadas em todas as nuances das práxis dos saberes do direito e da psicologia.

Referências

AZEVEDO, Deborah. **VEP promove mais uma rodada de palestra para apenados do semiaberto**. TJAM-Divisão de Divulgação e

Imprensa, 2019. Disponível em: <https://www.tjam.jus.br/index.php/menu/sala-de-imprensa/1965-vep-promove-mais-uma-rodada-de-palestra-para-apenados-do-semiaberto>. Acesso em: 06 de set. 2019.

BEZERRA, Sandra. **VEP realiza mutirão carcerário com apenadas dos regimes aberto e semiaberto**. TJAM-Divisão de Divulgação e Imprensa, 2019. Disponível em: <https://www.tjam.jus.br/index.php/menu/sala-de-imprensa/1582-vep-realiza-mutirao-carcerario-com-apenadas-dos-regimes-aberto-e-semiaberto>. Acesso em: 06 de set. 2019.

CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. **Atribuições Profissionais do Psicólogo no Brasil**. CFP, 2008. Disponível em: https://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/2008/08/atr_prof_psicologo.pdf. Acesso em 06 de set. 2019.

FERREIRA NETO, João Leite. **Uma genealogia da formação do psicólogo brasileiro**. Memorandum: Memória e História em Psicologia, v.18, pag. 130-142, 2010. Disponível em: <https://periodicos.ufmg.br/index.php/memorandum/article/view/6645>. Acesso em: 06 de set. 2019.

JÚNIOR, Afonso. **Padronização de documentos e de procedimentos no sistema carcerário é pauta de reunião realizada entre VEP, MPE e SEAP**. TJAM-Divisão de Divulgação e Imprensa, 2018. Disponível em: <https://www.tjam.jus.br/index.php/menu/sala-de-imprensa/326-padronizacao-de-documentos-e-de-procedimentos-no-sistema-carcerario-e-pauta-de-reuniao-realizada-entre-vep-mpe-e-seap>. Acesso em: 06 de set. 2019.

MELO, Fábio. **VEP conclui mutirão no Compaj com revisão de quase 300 processos de presos do regime fechado**. TJAM-Divisão de Divulgação e Imprensa, 2019. Disponível em: <https://www.tjam.jus.br/index.php/menu/sala-de-imprensa/1924-vep-concluiu-mutirao-para-revisao-de-processos-de-presos-do-regime-fechado-no-compaj>. Acesso em: 06 de set. 2019.

MONTEIRO, Fernanda Santos. **O papel do psicólogo no atendimento às vítimas e autores de violência doméstica**. Monografia, Centro Universitário de Brasília – UniCEUB, Brasília, DF, Brasil, 2012.

RYLO, Ivo. **40 presos são achados mortos dentro de cadeias do Amazonas**. G1 AM, 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/am/amazonas/noticia/2019/05/27/mais-presos-sao-achados-mortos-dentro-de-cadeias-em-manaus-15-morreram-neste-domingo.ghtml>. Acesso em: 27 jun. 2019.

TORRES, Terezinha. **VEP promove reunião para discutir atendimentos de saúde aos internos do sistema prisional**. TJAM-Divisão de Divulgação e Imprensa, 2018. Disponível em: <https://www.tjam.jus.br/index.php/menu/sala-de-imprensa/294-vep-promove-reuniao-para-discutir-atendimentos-de-saude-aos-internos-do-sistema-prisional->. Acesso em: 06 de set. 2019.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO AMAZONAS. **Cartilha do Estagiário**. Escola de Aperfeiçoamento do Servidor. Manaus, 2017. Disponível em: https://www.tjam.jus.br/phocadownloadpap/cartilha_est%C3%A1gio_2017.pdf. Acesso em 06 de set. 2019.

TRINDADE, Jorge. **Manual de Psicologia Jurídica para operadores do Direito**. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

VALOIS, Luís Carlos. **O direito penal da guerra às drogas**. 3 d. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.

ZANATTA, Gustavo Souza; SILVA, Patricky Batista da; ZACARIAS, Marcelo Augusto. **A atuação do estagiário de Psicologia: um relato de experiência**. *Perspectivas em Psicologia*, v.22, n. 2, 2018.

ZIMERMAN, David Epelbaum. **Fundamentos Psicanalíticos: teoria, técnica e clínica uma abordagem didática**. Reimpressão. Porto Alegre: Artmed, 2010.

O CNJ E A ESPECIALIZAÇÃO DA JUSTIÇA – UM INSTRUMENTO DE GARANTIA DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE PÚBLICA

Alexandra Villela Boechat

1. Introdução

O presente trabalho tem por escopo analisar algumas características elementares do Sistema de Jurisdição Administrativo Brasileiro na sua vertente relativa ao tratamento das demandas envolvendo questões de saúde, mas especificadamente, àquelas demandas que são relativas ao Sistema Único de Saúde, mas suas quatro esferas de federativas de ação, Federal, Distrital, Estadual e Municipal.

É de conhecimento notório que grande parcela dos Tribunais de Justiça brasileiros adotam, em relação à competência funcional (específico órgão competente), nos diversos códigos de organização judiciária, a existência das varas de Fazenda Pública Estadual como sendo as competentes para exercício da Jurisdição Administrativa.

Para garantir a compressão do presente artigo, vale esclarecer que se adota aqui um conceito de Jurisdição Administrativa como sendo a prestação jurisdicional típica que tem por objeto o julgamento dos litígios que envolvem demandas de interesse da administração pública, nas quais um órgão da Administração Pública Direta ou Indireta deve figurar em um dos polos da ação judicial.

Nesse sentido, diante desse quadro de especialização parcial da Jurisdição Administrativa, o Conselho Nacional de Justiça, diante do excesso de judicialização da saúde brasileira, entendeu por bem expedir resoluções e criar instrumentos que ajudem ao Judiciário agir na referida matéria.

O presente artigo pretende examinar exatamente os históricos de medidas de auxílio e especialização da Justiça Administrativa no julgamento das demandas de Saúde, como por exemplo a recomendação aos tribunais de todo o País para que criem varas especializadas no julgamento de processos relacionados ao acesso à saúde e a criação do instrumento e-NatJus, plataforma digital que o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) lançou durante o XI Encontro Nacional do Poder Judiciário, visando dar ao magistrado fundamentos científicos para decidir se concede ou não determinado medicamento ou tratamento médico a quem aciona a Justiça.

Em decorrência de tais medidas, alguns Tribunais Regionais Federais adotaram, ainda que em caráter de experimental, a especialização de um certo número de varas em Saúde Pública, projetos a serem analisados.

Ressalte-se que o presente trabalho não pretende esgotar a matéria nem mesmo a análise que ora se realiza das varas então especializadas, mas apenas indicar, de forma pontual, que a especialização da Jurisdição Administrativa consiste o caminho para à efetividade da Justiça, em especial, na área de Saúde e, ainda, verificar se de fato a especialização experimentada pelos TRFs surtiu os resultados buscados.

Nesse sentido, o presente texto se estrutura em quatro tópicos distintos, inicialmente tratando da Jurisdição Brasileira e do excesso de judicialização que levou a então busca da maior deferência das decisões judiciais na matéria de saúde.

Em um segundo momento trata-se a apresentação da recomendação de criação de varas especializadas em saúde e todos os instrumentos voltados para a assessoria dos membros do Poder Judiciário em busca de uma Jurisdição qualitativa.

No terceiro ponto apresenta-se um pequeno estudo sobre as experiências das Varas Federais dos Tribunais Regionais Federais que adotaram a especialização.

Por fim, elabora-se uma conclusão no sentido de que o modelo de julgamento das demandas relativas à saúde, adotado pelas varas especializadas, com o uso de instrumentos próprios, criações de convênios e reali-

zações de medidas extrajudiciais e judiciais são a solução, ainda que apenas mediata, para a questão da judicialização da política pública de saúde.

2.O sistema contencioso administrativo brasileiro e o excesso de judicialização de demandas individuais e a busca pela especialização da Justiça na aérea de Saúde.

O modelo de jurisdição adotado pelo Estado gera consequências na prestação jurisdicional produzida no processo e na possibilidade de concretização dos direitos fundamentais quando dependerem da intervenção do Poder Judiciário

O Brasil adotou, desde 1891, o sistema da jurisdição única, ou seja, todos os litígios, independentemente de quem figure como parte, será resolvido perante o Poder Judiciário.

Nesse sentido, quanto ao sistema judiciário brasileiro, preleciona Hely Lopes Meirelles:

"O sistema judiciário ou de jurisdição única, também conhecido como sistema inglês e, modernamente, denominado sistema de controle judicial, é aquele em que todos os litígios - de natureza administrativa ou de interesses exclusivamente privados - são resolvidos judicialmente pela Justiça Comum, ou seja, pelos juízes e tribunais do Poder Judiciário." (MEIRELLES, 2004. 798p)

Assim é que as causas envolvendo diretamente atos da Administração são de responsabilidade das instâncias originárias do Poder Judiciário e com eles encontramos as demandas envolvendo o Direito à Saúde e o seu principal agente – o SUS – Sistema Único de Saúde.

Nesse sentido, o sistema de controle dos atos da Administração inserido no âmbito do próprio Poder Executivo, no caso em tela, nas Secretarias de Saúde, Direção de Hospitais e Postos de Saúde etc, não possui o condão de encerrar definitivamente o litígio, vale dizer, não fazem coisa julgada. E a essa falta de imutabilidade das decisões administrativas e falta de deferência da gestão pública de uma forma geral pode-se atribuir eventual descrédito concedido ao sistema de controle dos atos administrativos nacionais, já que o processo administrativo, via de regra, acaba sendo revisado em sede judicial.

Indiscutivelmente esse modelo de solução de conflitos administrativos acaba por desvalorizar os órgãos jurisdicionais. Esse alerta é feito por Ricardo Perlingeiro, usada de base nesse ensaio, que identifica dois extremos nos modelos jurídicos:

[...] de um lado, há uma duplicidade de jurisdições, com autoridades públicas e tribunais judiciais que possuem, de modo semelhante, independência, especialização e poder amplo de revisão, o que representa aumento de gastos, insegurança e demora na solução dos conflitos; de outro lado, a uma ausência de jurisdição, na medida em que autoridades administrativas sem independência, logo, sem aptidão para assegurar um justo processo administrativo extrajudicial, convivam com tribunais judiciais não especializados, que optem por respeitar a capacidade técnica e o poder normativo das autoridades ou, com igual efeito prático dessa administrativa deference, que optem por decidir mesmo sem a adequada capacidade cognitiva sobre a matéria sub judice (PERLINGEIRO, 2015, p. 89)

Concluiu o autor que esse modelo leva à ausência de jurisdição, o que facilmente se identifica com a generalizada inexistência de autoridades administrativas independentes para conduzirem o processo administrativo e a grande concentração de causas de direito público no Judiciário.

E aqui que começa a tal falada crise do sistema do contencioso, valendo ressaltar que esta não se limita ao acúmulo de processos, mas também na não realização da Jurisdição qualitativa, especialmente nas demais envolvendo saúde pública.

Uma das justificativas dessa perda de qualidade na Jurisdição Administrativa seria o excesso de judicialização das demandas diante da atual situação que vem exigindo a prática de medidas com efeitos mediatistas, pois o Poder Judiciário tornou-se protagonista na solução de conflitos da sociedade brasileira.

Esse protagonismo do Judiciário revelou suas fragilidades: morosidade, ineficiência e a mais grave, no entender desta mestrandia, que é a falta de qualidade da prestação jurisdicional, valendo trazer as informações quantitativas das demandas de saúde junto ao Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, a seguir:

Medicamentos - Outros	15.173	17.823	20.438	22.908	26.567
Internação Hospitalar	2.433	3.664	4.634	4.862	5.294
Medicamentos e Outros Insumos de Saúde	771	1.990	3.424	3.364	3.855
Convênio Médico com o SUS	509	1.231	1.929	2.188	2.661
Fornecimento de Medicamentos	4.650	4.089	3.345	2.840	2.533
Realização de Exames / Cirurgia de Eficácia Não Comprovada	1.905	2.199	2.383	2.209	1.999
Internação em CTI / UTI	2.888	2.168	1.560	1.201	1.052
Unidade de Terapia Intensiva (UTI) ou Unidade de Cuidados Intensivos (UCI)	148	286	472	746	1.046
Hospitais e Outras Unidades de Saúde	141	281	378	625	814
Fornecimento de Insumos - Outros	601	765	836	749	720
Outros	6.880	5.061	3.602	3.306	2.637
Total	36.099	39.557	43.001	44.998	49.178

Fonte: DEIGE/DICOL. Dados organizados pela DGJUR/ *Acervo Geral em 30/04/2018

Diante do crescimento dessa judicialização em todo país, sendo o caso do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro acima apenas um exemplo, uma nova meta, claramente pontuada pelo Conselho Nacional de Justiça é a busca com a solução mediata é a melhor prestação Jurisdicional por parte do Poder Judiciário, com a satisfação do direito do jurisdicionado sem a perda da qualidade da prestação da Jurisdição Administrativa e isso se daria através da especialização da Justiça.

E assim, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) decidiu oferecer ferramentas para auxiliar o trabalho dos magistrados. Na 18ª Sessão Virtual o plenário aprovou a resolução que dispõe sobre a criação e a manutenção de comitês estaduais de saúde, bem como a especialização em comarcas com mais de uma vara de fazenda pública.

O ato normativo visou dar efetividade à Resolução 107/2010 do CNJ criando o Fórum Nacional do Poder Judiciário para a Saúde e instituindo comitês estaduais de saúde como órgãos que buscariam soluções mais adequadas a garantir a melhor forma de prestação jurisdicional em área tão sensível.

A partir de então o Conselho Nacional de Justiça trabalhou para construir um quadro de especialização da judicialização da saúde e, ainda, a criação de instrumentos a auxiliar a solução extraprocessual de conflitos sobre o tema saúde.

Isso porque, diante do elevado número de processos judiciais em matéria de saúde, é inegável que os gestores possuem um papel importante de auxílio aos juízes do Brasil, sendo certo que uma das buscas reiteradas do atual quadro é a aproximação entre estes atores do sistema de saúde e do sistema de Justiça, razão pela qual medidas extraprocessuais, com a participação da toda sociedade civil organizada, a Administração Pública e, em especial, o Judiciário. (SCHULZE, 2015).

Vale trazer à baila que esta questão se baseia na teoria dos diálogos institucionais (ou teoria dos diálogos constitucionais), que exige uma nova postura dos integrantes dos Poderes do Estado. (SCHULZE, 2015).

Por fim, visando uma solução imediata de um quadro de crise, de judicialização da saúde, o Conselho Nacional de Justiça busca a criação de instrumentos que auxiliem o agir da Administração, mas em especial, do Poder Judiciário.

3. Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e a busca pela especialização da Justiça da Saúde.

A relação entre os sistemas de saúde e de justiça brasileiros tem ocupado lugar de destaque nas discussões sobre a saúde pública brasileira. A judicialização da saúde e seus impactos no Sistema Único de Saúde (SUS) preocupam tanto os gestores do SUS, como os representantes do Judiciário. A aproximação entre ambos nunca foi tão necessária, já que o entendimento sobre a legislação sanitária e o entendimento sobre o cumprimento de decisões judiciais precisam caminhar juntos, a fim de garantirem dentro das possibilidades do SUS, o acesso da população a medicamentos e serviços de saúde.

A atuação do Conselho Nacional de Justiça na área se firmou em 2009, em especial como conclusão de uma audiência pública designada pelo o Supremo Tribunal Federal para tratar da judicialização da saúde. Na oportunidade diversos especialistas apresentaram informações a fim de subsidiar a posição da Corte na análise do tema.

Da conclusão da audiência pública o Conselho Nacional de Justiça criou-se o Grupo de Trabalho para estudo e proposta de medidas concretas e normativas para as demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde.

Em resultado à criação do aludido Grupo de Trabalho foi aprovada a Recomendação n. 31, de 30 de março de 2010 que passou a estabelecer diretrizes aos juízes em relação às demandas que envolvem o direito à saúde.

Esta Recomendação foi elaborada com a observância de diversos fatores, como por exemplo, o elevado número de processos judiciais sobre o tema da saúde; o alto impacto orçamentário para cumprimento das decisões que em parte deixam de observar a especialização de cada caso; a relevância da matéria diante da finalidade de assegurar vida digna aos cidadãos; a carência de informações clínicas prestadas aos juízes do Brasil sobre os problemas de saúde. (SCHULZE, 2015).

Outra questão de grande controvérsia também gerou a necessidade da edição da referida Recomendação, qual seja, a necessidade da prévia análise e registro da Anvisa para a comercialização de medicamentos no Brasil, nos termos do art. 12 da Lei n. 6.360/1976 c/c a Lei n. 9.782/1999; além das reivindicações dos gestores para que sejam ouvidos antes da prolação de decisões judiciais.

Por fim, identificou-se que a maior preocupação observada com a especialização da Justiça da Saúde que se buscou é a de assegurar a sustentabilidade e gerenciamento do SUS.

Posteriormente, o CNJ publicou a Resolução n. 107, de 6 de abril de 2010, que instituiu o Fórum Nacional do Judiciário para monitoramento e resolução das demandas de assistência à Saúde – Fórum da Saúde.

Vale ressaltar que a atuação do Fórum da Saúde do CNJ tem por finalidade prioritária a redução da judicialização e, ainda, a sua qualificação, de forma a garantir exercício da cidadania de forma eficaz, conforme expõe Clenio Jair Schulze, Juiz Federal em Santa Catarina, que foi juiz auxiliar da Presidência do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e Coordenador do Comitê Executivo Nacional do Fórum da Saúde do CNJ no biênio 2013-2014. (SCHULZE, 2015).

Conforme o Ilmo. Magistrado deve-se buscar antes de tudo prevenir a discussão judicial e, quando inevitável, que os agentes envolvidos consigam resolver a lide da forma menos agressiva e menos onerosa possível a todos os envolvidos.

Para dar concretude a esta finalidade, foram recomendadas a adoção de algumas iniciativas, quais sejam, a criação dos Núcleos de Apoio Técnico (NATs), enunciados, cartilhas e, ainda, o e-NatJus.

O CNJ estimulou a criação de órgãos compostos por profissionais da área médica, farmacêutica, assistência social e por membros das Secretarias Estaduais e Municipais de Saúde que tem por finalidade auxiliar os magistrados na deliberação sobre processos envolvendo temas de saúde.

Atualmente, com o auxílio de tal instrumento, após a distribuição da ação judicial, o juiz pode encaminhar cópia da petição inicial e dos documentos ao Núcleo de Apoio Técnico (NAT) ou Câmara Técnica que se manifesta sobre a matéria e apresentam um relatório sobre o caso e suas especificações.

O Núcleo de Apoio Técnico (NAT) examina, por exemplo, se o medicamento postulado está registrado na Anvisa; se é eficaz e eficiente ao tratamento da doença; se existe outro medicamento com menor preço, com o mesmo princípio ativo, ou já fornecido administrativamente pelo SUS, e em especial, a eficiência, eficácia e custo-efetividade do tratamento. Assim, apresentam informações que auxiliam o juiz na análise do pedido de liminar ou do pedido principal.

Além disso, a atividade do órgão auxilia no cumprimento de decisões judiciais, diante das dificuldades e obstáculos muitas vezes criados pelos demandados e, acaba por contribuir para produção de provas, com participação em audiências e emissão de pareceres.

Outra iniciativa de destaque visando o auxílio, mas especificamente, a uniformidade das decisões judiciais, foi a elaboração de enunciados, que contemplam resumos de medidas de sucesso e sugestões para os diversos atores do sistema judicial e do sistema de saúde.

O Comitê Executivo do Paraná é um exemplo ativo nesse exercício, tendo aditado diversos enunciados que orientam os magistrados no exercício da jurisdição envolvendo saúde pública.

Um grande passo em direção à uniformidade das decisões judiciais no campo de medicamento encontra, atualmente, um reforço junto ao Superior Tribunal de Justiça, que ao julgar o Recurso Especial nº 1.657.156/RJ.

A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ) afetou o Recurso Especial 1.657.156, da relatoria do ministro Benedito Gonçalves, para julgamento pelo sistema dos recursos repetitivos.

A questão submetida a julgamento tratou da "obrigatoriedade de fornecimento, pelo Estado, de medicamentos não contemplados na Portaria

2.982/2009 do Ministério da Saúde (Programa de Medicamentos Excepcionais)", e fixou condições para o deferimento de concessão de determinado medicamento.

O STJ passou a exigir a presença cumulativa dos seguintes requisitos: comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS; incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito e existência de registro na ANVISA do medicamento.

Vale trazer ainda à baila as iniciativas de alguns Comitês Estaduais do Fórum da Saúde também passaram a editar cartilhas, aglutinadoras de pensamentos sobre o tema da saúde, como por exemplo, o caso do Rio Grande do Norte.

O Comitê do Rio Grande do Norte elaborou uma cartilha sobre oncologia no SUS, reunindo informações, como por exemplo, sobre a estrutura da política de dispensação de medicamentos oncológicos no SUS; como está estruturada e organizada a rede de atenção oncológica; processo de credenciamento dos hospitais e clínicas conveniadas; procedimentos para formalização dos protocolos e diretrizes terapêuticas no SUS; dispensação centralizada de medicamento na área da oncologia; termos técnicos utilizados na oncologia, entre outros. (TJRN, 2014)

O CNJ também recomendou sugerir à Enfam – Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento e ao Centro de Formação e Aperfeiçoamento de Servidores do Poder Judiciário (Ceajud) do próprio CNJ, a proposta de inclusão do direito sanitário como disciplina obrigatória em concursos públicos de ingresso na magistratura e nos cursos de formação, vitaliciamento e aperfeiçoamento, nos moldes da Recomendação CNJ n. 31/2010.

Inclusive, nesse caminho, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, através da sua Escola da Magistratura, em parceria com a Escola Nacional de Saúde Pública Sérgio Arouca, da Fiocruz, iniciou o Curso de Mestrado em Justiça e Saúde, destinado a magistrados.

A referida parceria visa o aprimoramento funcional do Poder Judiciário no Estado do Rio de Janeiro e a promoção de saúde e do desenvolvimento social, responsável por gerar e difundir conhecimentos científicos

e tecnológicos, se posicionando a serviço da vida, como um verdadeiro agente da cidadania.

Por fim, vale mencionar a criação do e-NatJus, cadastro nacional de pareceres, notas e informações técnicas, é dar ao magistrado fundamentos científicos para decidir se concede ou não determinado medicamento ou tratamento médico a quem aciona a Justiça.

A plataforma digital visa oferecer a base científica para as decisões dos magistrados de todo o País quando precisarem julgar demandas de saúde, em especial aos Tribunais que ainda não contam com a concretamente os Nats.

Dessa forma, verifica-se de fato a busca reiterada e de formas diversas da especialização da Justiça da Saúde para equilibrar os interesses de todos os envolvidos, em especial o cidadão e a Administração Pública.

4. A especialização das Varas Federais em Saúde Pública

Considerando o alto número de lides sobre saúde em tramitação no judiciário brasileiro, e diante do direito fundamental à saúde e do dever do Estado de concretizar esse direito com políticas públicas adequadas, o Conselho Nacional de Justiça, além dos diversos instrumentos e políticas voltadas para a saúde, recomendou, ainda, aos Tribunais a especializar varas de saúde pública e a priorizar os julgamentos dos processos envolvendo saúde suplementar.

É verdade que não se pode esperar um resultado de imediato, o impacto de redução temporal, da tramitação de processos sobre saúde, mas é inegável que há inúmeras vantagens das providências recomendadas, tais como a facilitação do cumprimento da Constituição, que fixa o direito à saúde como um direito fundamental social.

O Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF1) aprovou, em caráter experimental, a especialização da 3ª e da 21ª Varas da Seção Judiciária do Distrito Federal (SJDF) em Saúde Pública. As varas contam, ainda, com Juizado Especial Federal (JEF) adjunto àquelas unidades com competência exclusiva em matéria de saúde pública.

Conforme a Resolução Presi 12, assinada pelo então presidente do TRF1, desembargador federal Hilton Queiroz, a medida atende à Reso-

lução 238/2016 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que determina que os tribunais estaduais e federais, nas comarcas ou seções judiciárias onde houver mais de uma vara de fazenda pública, promoverão a especialização de uma das varas em matéria de saúde pública, compensando-se a distribuição.

O ato levou em consideração, ainda, as conclusões do grupo de trabalho instituído por meio da Portaria/Presi 362, de 23 de novembro de 2016, para realizar estudos acerca da especialização de varas federais da 1ª Região em saúde pública, como também a manifestação do corregedor regional da Justiça Federal da 1ª Região.

A especialização abrangeu as seguintes demandas, internação hospitalar, fornecimento de medicamentos; planos de saúde e serviços hospitalares.

No mesmo caminho, as cidades de Curitiba e Porto Alegre já contam com cinco varas federais especializadas em saúde, as primeiras do Judiciário Federal brasileiro. A 3ª Vara Federal da capital paranaense e as 1ª, 2ª, 4ª e 5ª Varas Federais da capital gaúcha atualmente julgam todas as ações sobre a matéria que ingressam nas subseções.

No Rio Grande do Sul, as quatro unidades também têm competência regionalizada para receber os processos de saúde provenientes das cidades de Canoas e Gravataí, sejam de Justiça comum ou dos Juizados Especiais Federais (JEFs).

O então presidente do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, desembargador Luiz Fernando Wowk Penteado, editou duas resoluções referentes à especialização. A Resolução 23 dispõe sobre a 3ª Vara Federal de Curitiba, com vigência a partir de 4 de julho de 2016. Já a Resolução 15, que determina a especialização regionalizada na matéria para as 1ª, 2ª, 4ª e 5ª Varas Federais de Porto Alegre, passou a valer em 2 de maio de 2016. As unidades mantêm a competência cível e, também, a exclusiva em matéria de saúde. (CONJUR, 2016)

Para parcela do Judiciário a especialização na matéria é um passo importante para a qualidade e a rapidez na resposta ao cidadão que aguarda o julgamento de um processo envolvendo direito à saúde.

Vale ressaltar que as decisões de varas especializadas são mais adequadas e tecnicamente precisas, sendo certo que já é possível concluir, mesmo que a curto prazo, que os processos de saúde têm uma *expertise* própria,

que exige do magistrado uma qualificação específica, pois envolve questões técnicas e científicas para se chegar a uma decisão de qualidade e célere, que vai atingir a vida das pessoas de modo tão significativo.

Certo que o juiz analisa um caso de saúde dentre tantos outros, com certeza terá que despender mais tempo de estudo, enquanto que, com a qualificação necessária, é possível ter uma melhor e mais rápida compreensão do caso.

Vale ainda ressaltar que o Supremo Tribunal Federal já reconheceu, expressamente, a constitucionalidade da especialização das varas. Nesse sentido, em julgamento realizado em 15.05.2018 declarou que a criação de varas especializadas pelo Poder Judiciário não fere a Constituição Federal, tampouco a transferência de processos já em curso em varas não-especializadas. A questão foi analisada no julgamento de um Habeas Corpus (HC 88660) impetrado em defesa de um acusado de crimes contra o sistema financeiro nacional. Ele teve seu processo transferido para uma vara especializada em crimes financeiros e de lavagem de dinheiro, no estado do Ceará, criada por meio da Resolução 10-A do Tribunal Regional Federal da 5ª Região (TRF-5), sediado em Recife (PE).³¹

Por fim, visando o fim de eventual debate sobre a questão, existe em andamento no Congresso Nacional a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) 297/16 que autoriza a criação de varas jurídicas especializadas na área da saúde pública nos Tribunais de Justiça de estados, do Distrito Federal, e nos Tribunais Regionais Federais.

Nesta esteira, vale trazer o seu conteúdo, *in verbis*:

“Ementa. Acrescenta o art. 98-A à Constituição Federal, para determinar a especialização de varas de saúde pública no âmbito dos Tribunais Regionais Federais e dos Tribunais de Justiça”

A Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJ) aprovou a referida Proposta Emenda à Constituição, a qual será agora analisada por uma comissão especial e depois, a proposta será levada ao Plenário para votação em dois turnos.

31 Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=88918>> Acesso em: 06 jun 2018

O autor da PEC foi o deputado Hiran Gonçalves (PP-RR) e indica que a proposta “além de garantir a efetividade do direito à saúde – proteção aos direitos individuais –, garante o princípio da separação dos poderes”.

5. Conclusão

Os argumentos acima articulados demonstram que a execução de políticas públicas de saúde transcendeu os limites de atuação do Poder Legislativo e do Poder Executivo, assumindo posição de destaque na perspectiva do Estado-Juiz.

Diante desse quadro, é preciso ampliar e fortalecer o diálogo entre os agentes públicos responsáveis pela concretização do direito fundamental à saúde. A atuação isolada do sistema de justiça (operadores do Direito) e do sistema de saúde (gestores) não contribui para a evolução e o progresso desejado pela sociedade.

A criação da melhor decisão judicial sobre um tratamento de saúde passa pela análise de fatores técnicos geralmente externos à teoria jurídica, razão pela qual a noção médica e farmacológica precisa ser observada na análise de processo judicial sobre o tema da saúde.

Varas especializadas em processar e julgar ações judiciais que tenham como tema de fundo o direito à saúde são necessárias não apenas por uma questão humana, mas também em razão de organização judiciária.

Permite também conferir dignidade aos cidadãos que possuam algum problema de saúde e que não obtiveram sucesso quando procuraram o SUS ou o plano de saúde. Permite também a especialização do serviço, a fim de facilitar o trabalho da unidade judicial.

Certo, contudo, que as varas especializadas ou semiespecializadas teriam algumas vantagens como a formação de câmara técnica de apoio, alinhamento com fóruns de saúde, captação de magistrados sobre o tema, sendo certo que a especialização é apenas uma das alternativas para o problema.

É preciso, ainda, observar a teoria dos diálogos institucionais, razão pela qual o CNJ tem promovido o encontro entre os diversos setores públicos e privados para debater a saúde e sua judicialização, em todos os aspectos.

Nesse sentido, temos que a administração do Poder Judiciário, especialmente o CNJ, tem enfrentado o tema da judicialização da saúde.

de, buscando permitir o cumprimento equilibrado dos direitos fundamentais estampados na constituição da República Federativa do Brasil, sendo certo que cabe agora às administrações dos demais Tribunais Regionais Federais e de todos os Tribunais Estaduais fazerem a sua parte acatarem, seguirem às recomendações e fazerem usos dos instrumentos disponibilizados.

Conclui-se que a especialização é muito bem vinda para corrigir distorções e dar certo equilíbrio ao andamento dos processos sobre o mesmo tema, seja para garantir a celeridade como para garantir a qualidade da prestação jurisdicional, tanto para o cidadão quanto para a Administração Pública.

REFERENCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. Disponível em: <<http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/medicamentos.pdf>>. Acesso em: 23 dez. 2010.

BRASIL. **Constituição Federal**, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 23 dez. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 45**, Relator Min. CELSO DE MELLO, julgado em 29. abr. 2004.

_____ **Habeas Corpus 88660**, Relator Min. CARMÉN LÚCIA, julgado em 15. mai. 2108.

_____ **Suspensões de Tutela Antecipada (STAs) 175 e 178, AgR/CE**, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 18. set. 2009.

_____ **Notícias STF**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=88918>> Acesso em: 06. Jun. 2018.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Emenda à Constituição (PEC) 297/16**. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposi>>

coesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2121184> Acesso em 06. jun. 2018.

_____. PEC prevê criação de varas especializadas em saúde nos tribunais de Justiça e TRFs. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/DIREITO-E-JUSTICA/523295-PEC-PREVE-CRIACAO-DE-VARAS-ESPECIALIZADAS-EM-SAUDE-NOS-TRIBUNAIS-DE-JUSTICA-E_TRFS.html> Acesso em: 05. jun. 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Institucional. Comitê Estadual de Saúde. Dados Estatísticos.** Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/web/guest/institucional/comite-estadual-de-saude/dados-estatisticos>> Acesso em: 04. jun, 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. **Serviços. Comitê Executivo de Saúde.** Disponível em: <<https://www.tjpr.jus.br/comite-de-saude>> Acesso em: 04. jun. 2018

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Repetitivo n.106.** Disponível em: <http://www.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp> Acesso em: 06. jun. 2018

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte: **2014.** Disponível em: <www.tjrn.jus.br/flip/cartilha-sus>. Acesso em: 04 jun. 2018.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil, v.I, .II e v. III.** São Paulo: Saraiva, 1969.

CNJ. **Iniciativas dos Comitês Estaduais.** Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/saude-e-meio-ambiente/forum-da-saude/iniciativas-dos-comites-estaduais>>. Acesso em: 04. jun. 2018.

CNJ. **Portaria n. 650**, de 20 de novembro de 2009. Cria grupo de trabalho para estudo e proposta de medidas concretas e normativas para as demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/11896:portaria-n>

650-de-20-de-novembro-de-2009>. Acesso em: 04. jun. 2018.

CNJ. **Recomendação n. 31**, de 31 de março de 2010. Recomenda aos Tribunais a adoção de medidas visando a melhor subsidiar os magistrados e demais operadores do direito, para assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/322-recomendacoes-do-conselho/12113-recomendacao-no-31-de-30-de-marco-de-2010>>. Acesso em: 04. jun. 2018.

CNJ. **Recomendação n. 43**, de 20 de agosto de 2013. Brasília: CNJ, 2013. Recomenda aos Tribunais de Justiça e aos Tribunais Regionais Federais que promovam a especialização de Varas para processar e julgar ações que tenham por objeto o direito à saúde pública e para priorizar o julgamento dos processos relativos à saúde suplementar. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/322-recomendacoes-do-conselho/26014-recomendacao-n-43-de-20-de-agosto-de-2013>>. Acesso em: 04. jun. 2018.

CNJ. **Resolução n. 107**, de 6 de abril de 2010. Institui o Fórum Nacional do Judiciário para monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/323-resolucoes/12225-resolucao-no-107-de-06-de-abril-de-2010>>. Acesso em: 04. jun. 2018.

CNJ. **Resolução n. 238**, de 6 de setembro de 2016. Dispõe sobre a criação e manutenção, pelos Tribunais de Justiça e Regionais Federais de Comitês Estaduais da Saúde, bem como a especialização de vara em comarcas com mais de uma vara de fazenda Pública.. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3191>>. Acesso em: 06 jun. 2018.

CNJ. **Fórum da Saúde**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/forum-da-saude/e-natjus>> Acesso em: 04. jun. 2018.

CNJ. Notícias: **Justiça Federal Especializa Duas Varas em Saúde Pública**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/judiciario/84767-justica-federal-especializa-duas-varas-em-saude-publica-no-df>>
> Acesso em: 05 jun. 2018.

CONJUR. TRF-4 implanta primeiras varas federais especializadas em saúde. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-jul-18/trf-implanta-primeiras-varas-federais-Especializadas-saude>>
Acesso em 05. jun, 2018.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 29 ed. São Paulo: Malheiros, 2004. 798p.

MPRS. **Ministério Público – Rio Grande do Sul: 2014**. Disponível em: <<http://www.mp.rs.gov.br/areas/medicamentos/arquivos/cartilha-pdf/cartilhamaio.pdf>> Acesso em: 04. jun. 2018.

PERLINGEIRO, Ricardo. **Uma perspectiva histórica da jurisdição administrativa na América Latina: tradição europeia-continental versus influência norte-americana**. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 2, n. 1, p. 89-136. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2692825>> Acesso em: 14.abr.2018.

Schulze, Clenio Jair. **Direito à Saúde – Para Entender a Gestão do SUS – 2015. O papel do Conselho Nacional de Justiça na judicialização da saúde**. Conselho Nacional de Secretários De Saúde – CONASS. 2015 – 1ª Edição.

_____. **Direito à Saúde – Para Entender a Gestão do SUS – 2015. Judicialização da saúde: importância do conjunto probatório e da oitiva do gestor**. Conselho Nacional de Secretários De Saúde – CONASS. 2015 – 1ª Edição.

O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS E O PRINCÍPIO DA CELERIDADE PROCESSUAL

Claudionor Gonçalves Filho

Denison Melo de Aguiar

Adriana Almeida Lima

INTRODUÇÃO

O Novo Código de Processo Civil, de 2015 trouxe entre suas inovações a busca por enfrentar a realidade das ações em massa e dos direitos difusos da coletividade, que estão cada vez mais em pauta diante da globalização do consumo e facilidade de acesso à informação. Neste sentido, o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) busca de tutelar direitos coletivos e em unificar jurisprudência e igualar o entendimento de juízes e tribunais.

A figura da *class action* no direito estadunidense é um procedimento no qual uma pessoa considerada individualmente, ou um pequeno grupo de pessoas, enquanto tal passa a representar um grupo maior ou classe de pessoas, desde que compartilhem, entre si, um interesse comum (BUENO, 2016).

O Incidente foi instituído em busca de solucionar questões que oferecem risco à credibilidade do Judiciário. Não bastam que apenas sejam repetidas as questões do IRDR, também é necessário que elas sejam interpretadas de maneira diferenciada entre os órgãos julgadores do tribunal,

em outras palavras, se repetidas as questões, mas o tribunal julgar de forma uniforme em todas elas, não existirá fundamento para a instauração do incidente (ABREU, 2016).

Inserido no rol de garantias constitucionais do processo pela Emenda Constitucional 45 de 2004 (BRASIL, 2004), o conceito de celeridade processual tem por características inerentes a razoabilidade na duração do processo e a celeridade na sua tramitação. Sua eficácia é delimitada, pois depende de lei complementar ou ordinária para a fixação de contornos objetivos e eficácia (SCHAEFER, 2016).

O objetivo deste artigo é descrever o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas dentro de um sistema de resolução de demandas coletivas determinado pelo arcabouço jurídico brasileiro, percorrendo o seu histórico, criação e reflexo na legislação vigente, considerando os dados de sua aplicação. Com isso, será possível analisar a conjuntura do tema aqui apresentado de forma delineada através de perspectivas metodológicas com apoio dos métodos: descritivo e documental – bibliográfico.

Amplamente utilizado no campo de Ciências Humanas e Sociais, o método descritivo objetiva, no Direito, produzir registros a partir da observação de fenômenos ou fatos jurídicos, sem interferência direta no ambiente da análise. Na investigação acerca da evolução histórica do instituto em tela temos, então, o método documental, que busca os marcos históricos que discorrem sobre o tema. Apesar de parecido, não se confunde com o método bibliográfico-documental que, por sua vez, busca trabalhos que da mesma forma, já analisaram as produções sobre o tema e nos dados obtidos por essas pesquisas.

Ao percorrer este caminho, busca-se responder a pergunta: O IRDR tem sido efetivo no formato que está inserido no Processo Civil Brasileiro? A busca é compreender se a ferramenta é realmente viável para o sistema jurídico brasileiro e se, na forma que tem sido aplicada, atingirá a efetividade e celeridade que se espera de forma isonômica.

2. PERFIL DO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS

A equivalência na qual se fundamenta o IRDR se encontra no procedimento-modelo germânico, cuja lei introdutória deste

procedimento-modelo no sistema processual alemão, teve sua publicação em 2005. Inicialmente um instituto processual utilizado unicamente para solução de conflitos de mercados de capitais, sendo uma proposta de lei experimental, a qual perderia sua validade cinco anos depois (SIMÃO, 2017).

O caso inaugural envolve a empresa, *Deutsche Telekom* (DT), com mais de três milhões de acionistas na Alemanha, sendo o primeiro ao qual o instituto foi aplicado. Em prejuízo de suposta veiculação de informações confusas que diziam respeito a proporção do patrimônio da sociedade, milhares investidores lesados, representados por seus advogados, propuseram demandas contra a DT perante a corte de Frankfurt, foro da sede da bolsa de valores em que os folhetos circularam (DUARTE, 2017).

Deste caso surgiu uma lei, que tinha como objetivo inserir no processo judicial um instituto com a meta de que, a partir do julgamento de um processo-modelo, fosse criado o que é tratado pela doutrina de *padrão decisório*, ou seja, um parâmetro para o qual os demais casos semelhantes seriam julgados posteriormente. Dentro dos critérios do processo judicial alemão, o qual é associado ao *civil law*, o procedimento-modelo era tido como a solução mais adequada (ABBOUD E CAVALCANTI, 2015).

1.1.1.O crescimento de demandas no judiciário e as garantias fundamentais

Com o advento da Constituição 1988 houve uma ampliação nos direitos sociais dos cidadãos, outorgando diversos direitos e garantias, e dentre eles estão a defesa do consumidor pelo Estado e o acesso gratuito ao Poder Judiciário mediante a comprovação de necessidade da gratuidade.

As políticas públicas que foram criadas, alcançaram uma parte da população antes não coberta por tais ações, espalhando, de certa forma, o conhecimento sobre seus direitos e das ações a serem adotadas quando estes direitos fossem violados.

Neste sentido, há mais visibilidade para essas populações e este cenário se estende ao Brasil.

Nas últimas décadas, o Judiciário ingressou na paisagem institucional brasileira. [...] Há mais de uma razão para esse fenômeno. [...] em primeiro

lugar, à reconstitucionalização do país: recuperadas as liberdades democráticas e as garantias da magistratura, juízes e tribunais deixaram de ser um departamento técnico especializado e passaram a desempenhar um papel político, dividindo espaço com o Legislativo e o Executivo. Uma segunda razão foi o aumento da demanda por justiça na sociedade brasileira. [...] Além disso, o texto constitucional criou novos direitos e novas ações, bem como ampliou as hipóteses de legitimação extraordinária e de tutela coletiva. (BARROSO, 2007, p.211).

Houve uma nova estruturação jurídica, promovendo acesso mais isonômico ao Judiciário. Aliás, tal acesso ao Poder Judiciário em si também é uma das garantias concedidas pela Constituição Federal, a qual determina que qualquer violação a direito, ainda que por mera ameaça, pode ser submetida ao poder jurisdicional disponível, de acordo com a escolha do cidadão (CAVALCANTI, 2015).

Da mesma maneira, todo cidadão possui o direito à oportunidade de acesso e análise de suas reivindicações pelos tribunais, seja com o intuito de reparar lesão ou para impedir que ocorra, atuando de forma equânime. (LEMOSS, 2015). E contrário a isso, a ninguém é dado o direito de agir com arbitrariedades, assim a responsabilização é obrigatória caso aja desta forma, sendo do Judiciário a incumbência de tal análise e determinação da responsabilidade ou sua ausência, de acordo com os casos concretos (BRASIL E SIFFERMANN, 2016).

A consequência da quantidade de processos e centralização no Judiciário, há a lentidão da tramitação de processos, a incapacidade operacional dos tribunais para suprir à demanda e, ainda, a urgente imprescindibilidade de adaptar o sistema processual para que as idealizações do Estado democrático de direito sejam postas em prática. (CASTILHO E MATTEI, 2015).

A partir desse novo paradigma do direito, o Poder Judiciário foi submetido a uma multiplicação absurda de processos, colocando em dúvida a capacidade de o direito processual civil brasileiro concretizar adequadamente os ideais humanistas previstos na Constituição da República de 1988. Além da constitucionalização de toda ordem jurídica e da garantia do amplo acesso à justiça, há, ainda, vários outros importantes fatores que determinaram o crescimento exponencial do volume de demandas judiciais e a consequente lentidão em solucioná-las. (CAVALCANTI, 2015, p. 358)

As estatísticas do Conselho Nacional de Justiça, apresentadas por meio da publicação “Justiça em Números”, são graves. Mesmo considerando o avanço processual e aumento do número de processos julgados e baixados, o ajuizamento de demandas continua ultrapassando a quantidade de processos baixados, o que mantém o quadro desfavorável ao Poder Judiciário (LEMOS, 2015)

De acordo com dados disponibilizados no portal do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), o Judiciário chegou ao final do ano de 2017 com um acúmulo de 80,1 milhões de processos que esperam por solução definitiva. Entretanto, em 2017 houve menor crescimento do estoque desde 2009. Isso significa um aumento de 244 mil casos em relação a 2016 (CNJ, 2019). Contudo, existe colisão de conceitos diante da busca pela efetividade do Instituto. Há, por um lado, o direito da coletividade de que sejam aplicadas as normas jurídicas e o direito coletivo à segurança, simbolicamente realizado com o resultado de um processo efetivo, assim como, de outro lado, que a justiça seja feita da forma mais efetiva possível (ZUMACH, 2016).

1.1.2. Teses repetitivas e de repercussão geral

Dentro do ordenamento brasileiro, somente se houver a preliminar de repercussão geral de acordo com os critérios de relevância jurídica, política, social e econômica, é que o STF deverá apreciar o mérito do recurso que, sendo provido, a decisão já poderá ser aplicada pelos Tribunais inferiores aos demais casos idênticos, contribuindo para a uniformização da interpretação constitucional. (GOMES, 2018; MARINONI, 2009).

Antigamente, o procedimento era fundado na possibilidade do reconhecimento, ou não, pelo STF, da existência de repercussão geral em casos identificados como possuidores de muitos recursos com controvérsia similar ou idêntica (NOGUEIRA, 2018). O tribunal de origem, então, fazia a seleção dos recursos a serem delegados, para o STF com as características descritas, fazendo com que os demais casos fossem sobrestados até decisão final da Corte Suprema. O STF também possuía competência para reconhecer, os casos múltiplos e inseri-los no rito (SOUZA E ALVES, 2016).

Decidindo a Corte pela inexistência de repercussão geral, a recepção dos outros recursos deveria acontecer automaticamente. Se ocorresse o

contrário, ou seja, reconhecida a repercussão geral, o recurso extraordinário era julgado, e os tribunais de origem poderiam retratar-se ou declarar prejudicado os recursos para adequar o julgamento à decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal (OLIVEIRA, 2015).

Apesar da ausência de efeito vinculante que gerasse a obrigação dos tribunais de origem de manter o entendimento em relação ao que foi decidido pela Corte, nota-se que o procedimento conferia ao Supremo os meios para fazer predominar seu entendimento (DUARTE, 2017; DIDIER JR., 2017).

Com alterações em seu processamento, o julgamento em bloco dos recursos extraordinários que cuidam da mesma matéria foi recepcionado pelo Código de Processo Civil de 2015 (CPC, 2015) sob o cognome de “julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos”, a partir do art. 1.036 (CPC, 2015). Ao recepcionar o julgamento em bloco de demandas em massa, o Código de Processo Civil de 2015 mudou o processamento de recursos extraordinários de idênticas teses (CPC, 2015).

Assim, Cavalcanti (2015, p. 193), pondera:

O NCPC aperfeiçoou o instituto da repercussão geral [...] o recurso paradigma será afetado para julgamento de acordo com as disposições do NCPC, observado o disposto no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal e no do Superior Tribunal de Justiça.

A celeridade processual foi tida por primordial e, dentre os deveres do juiz foi acrescentado o de “velar pela rápida solução do litígio” (art. 125, II) (CPC, 2015) e de denegar toda diligência “inútil” ou “meramente protelatória” (art. 130) (CPC, 2015). O princípio da celeridade tem por objetivo uma atividade processual que atenda à expectativa das partes num lapso temporal apropriado e útil para elas (BUENO, 2016). O IRDR foi criado, então, para compor o sistema do rito dos repetitivos, como defendido pela doutrina. (BRASIL E SIFFERMANN, 2016).

É a partir dos julgados que irão definir a forma como o IRDR deverá seguir ao seu propósito, preenchendo eventuais lacunas, como ocorre em qualquer alteração da legislação (SCHAEFER, 2016). A esperança é a de que o instituto seja aplicado consoante o intuito do legislador ao criá-lo, sem perder de vista a intenção de desafogar o Poder Judiciário à medida

em que a qualidade da prestação jurisdicional é mantida (ABBOUD E CAVALCANTI, 2015).

1.1.3.O sistema processual adaptado à realidade brasileira

Aproximando mais o foco do sistema brasileiro processual civil, nota-se que ele vem sofrendo inúmeras alterações ao longo do tempo, devido à sua adaptação ao quadro de desequilíbrio entre a quantidade de demandas que são ajuizadas e as que são encerradas, a exemplo das figuras de tutela de urgência e evidência (NOGUEIRA, 2018).

Da mesma forma, modificações diferentes, possuem o alvo principal de trazer mais agilidade ao trâmite dos processos, possibilitando ao Poder Judiciário a análise de todas as demandas que lhe são submetidas ao tempo em que respeita o princípio da razoável duração do processo (BRASIL E SIFFERMANN, 2016).

O anseio para alcançar a celeridade processual fez com que fossem anexados diversos mecanismos aos sistemas processuais para garantir análise e julgamento dos casos em tempo hábil à preservação do direito das partes. (LEMOS, 2015). O legislador criou mecanismos de julgamento concretizados na escolha e análise de causas-piloto cuja decisão será utilizada para o julgamento de outros casos idênticos.

Desta forma, se estabelece um sistema de fixação de precedentes de observância obrigatória, e não mera orientação, como é o caso da jurisprudência. Serão citados alguns deles, destacando suas principais características (WURMBAUER, 2015).

1.O IRDR E OUTROS INSTITUTOS DE SOLUÇÃO DE DEMANDAS COLETIVAS NO ARCABOUÇO JURÍDICO BRASILEIRO

1.1.O incidente de resolução de demandas repetitivas (“IRDR”) em comparação ao direito alemão que o originou.

A finalidade do IRDR dentro do arcabouço jurídico pertinente ao Processo Civil é a de ser um instrumento jurídico cuja finalidade é a de

fixar teses jurídicas. O artigo 985 do Novo Código de Processo Civil (BRASIL E SIFFERMANN, 2016) estabelece que julgado o IRDR, a tese jurídica será aplicada a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal e aos casos futuros que versem idêntica questão de direito e que venham a tramitar no território de competência do tribunal (BUENO, 2016).

Apesar de a Alemanha não possuir tradição em processo coletivo, havendo apenas algumas previsões específicas e pontuais. O procedimento-modelo alemão (*Musterverfahren*) foi introduzido em 2005 e tem espectro de aplicação bem específico, sendo prevista a vigência até 2010, que posteriormente foi postergada para 2020 (MAIA, 2017).

Sendo assim, apesar de o procedimento-modelo alemão ter servido de inspiração para o legislador pátrio, inúmeras são as diferenças entre eles. O *Musterverfahren* pode tratar sobre questões de fato e de direito enquanto o modelo brasileiro somente sobre questões de direito (DUARTE, 2017).

A admissibilidade do incidente é realizada pelo Juiz de origem no procedimento-modelo alemão, já no IRDR, o órgão competente para julgar o mérito do incidente também deve realizar a análise da admissibilidade. No procedimento-alemão a decisão paradigma somente de aplica para os processos pendentes de julgamento, sendo que no Incidente a tese jurídica é aplicável para os processos pendentes de julgamento e para os futuros (WURMBAUER, 2015).

Esta é a resolução do enunciado nº 87 do Fórum Permanente de Processualistas ao afirmar que “a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas não pressupõe a existência de grande quantidade de processos versando sobre a mesma questão, mas preponderantemente o risco de quebra da isonomia e de ofensa à segurança jurídica” (MENDES, 2008).

Este segundo requisito deve obrigatoriamente estar caracterizado para ensejar a sua instauração, a saber, a existência de ‘risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica’, observamos que a doutrina até o momento tem relegado este requisito e outorgado excessiva relevância para a existência de repetição de processos com controvérsia idêntica sobre questão de direito (CAMARGO E BALARINI, 2012).

Por fim, caso seja indeferido o pedido de instauração do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, a legislação processual possi-

bilita que o incidente seja novamente suscitado, desde que satisfeito o requisito que levou à inadmissibilidade no pedido anterior (CAVALCANTI, 2015).

Mendes e Rodrigues (2008) comentam que a legitimidade do Ministério Público e da Defensoria Pública “deve encontrar fundamento nas atribuições fixadas pela Constituição da República, ou seja, o Ministério Público a possuirá quando houver relevante interesse social em jogo, ao passo que a Defensoria Pública somente poderá solicitar a instauração do incidente quando a questão jurídica for afeta aos interesses dos hipossuficientes” (GOMES, 2018; MARINONI, 2009).

De toda forma, a intervenção do MP é obrigatória após a instauração do instituto nos casos nos quais não for o requerente. Neles, deverá assumir sua titularidade em caso de desistência ou de abandono (WURMBAUER, 2015).

Vale registrar que o CPC/2015 (SOUZA E ALVES, 2016) expressamente admite a intervenção do *amicus curiae* no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e extraordinariamente, admite, inclusive, a interposição de recursos pelo *amicus curiae* (artigo 138, §3º, CPC) (DUARTE, 2017). A *ratio* legislativa é de que é fundamental a inteira participação da sociedade civil para que quando do julgamento do IRDR estejam devidamente expostas e arguidas todas as possíveis teses que podem influenciar no julgamento do incidente (CASTILHO E MATTEI, 2015).

Logo após esta distribuição e designação de relator, antes do juízo de admissibilidade, existe a obrigação prevista no artigo 979 do CPC/2015, que é ampla divulgação por meio de registro eletrônico no Conselho Nacional de Justiça sobre o pedido de instauração do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas no âmbito daquele Tribunal (SIMÃO, 2016).

O objetivo desta divulgação é (i) evitar instauração de Incidentes idênticos, (ii) dar conhecimento para que haja suspensão dos demais processos individuais e coletivos que tratem da tese jurídica, mas, principalmente e (iii) dar conhecimento a sociedade civil acerca da existência do incidente para que possam formular o pedido de ingresso como *amicus curiae* (BUENO, 2016).

Este é, portanto, um prazo impróprio e, apesar da independência funcional dos juízes que podem, em qualquer grau de jurisdição, com motivo justificado, exceder por igual tempo, os prazos a que estão submetidos (ar-

tigo 227, CPC/2015). Entendo que é salutar que os regimentos internos contenham previsão com prazos e procedimentos para julgamento da admissibilidade e do mérito do IRDR (BRASIL E SIFFERMANN, 2016).

1.1.1.Procedimento do IRDR.

Caso o IRDR seja admitido, o relator (i) deverá determinar a suspensão de todos os processos pendentes que tramitam no Estado ou na região, conforme o caso, (ii) poderá requisitar informações a órgãos em cujo juízo tramita processo no qual se discute o objeto do incidente, que as prestarão no prazo de 15 (quinze) dias; e (iii) intimará o Ministério Público para, querendo, manifestar-se no prazo de 15 (quinze) dias (artigo 982 do Novo Código de Processo Civil) (ABBOUD E CAVALCANTI, 2015).

A suspensão dos processos individuais e coletivos deverá acontecer pelo prazo de 1 (um) ano e, caso esse prazo seja ultrapassado, termina a suspensão dos processos, salvo por decisão fundamentada do relator em sentido contrário (artigo 980, parágrafo único, do Código de Processo Civil).

Apesar da possibilidade de recurso ao STF ou STJ, há uma dúvida levantada nos estudos realizados sobre o instituto no que tange à suspensão abranger o território nacional. Os doutrinadores divergem sobre a necessidade dessa abrangência da suspensão (VARGAS, 2018).

Justamente porque não há nenhuma obrigatoriedade ou garantia de que serão interpostos recursos ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça no âmbito deste Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, sendo crível que aquela decisão somente terá aplicação e eficácia vinculativa para os processos individuais e coletivos em curso perante o território de competência daquele Tribunal (MAIA, 2017).

O Código de Processo Civil, além de determinar a suspensão dos processos individuais e coletivos, pelo prazo de um ano, da mesma forma admite a apresentação de pedido de tutela de urgência perante o Juízo onde tramita a ação individual ou coletiva. Nesta hipótese, o andamento será retomado apenas para apreciação da tutela de urgência, devendo ser suspenso novamente após o cumprimento da providência judicial (MAIA, 2017).

Após determinação da suspensão dos processos individuais e coletivos, o relator deverá ouvir as partes e os demais interessados (*amicus curiae*),

a que será oportunizado requerer juntada de documentos e oferecer defesa (artigo 983 do Código de Processo Civil). Neste interim, é viável ao Relator designar data para ouvir depoimentos em audiência, de pessoas com experiência e conhecimento na matéria (artigo 983, §1º, do Código de Processo Civil) (LEMOS, 2015; GOMES, 2018; CAVALCANTI, 2015).

Outro aspecto relevante acerca da abrangência e consequências vinculantes do julgamento do IRDR é a abrangência dos efeitos da decisão. O artigo 985 do Código de Processo Civil (CASTILHO E MATTEI, 2015) estabelece que a tese jurídica somente será aplicada na área de jurisdição/competência do respectivo tribunal (CASTILHO E MATTEI, 2015).

Neste momento, vale registrar que haverá uma situação atípica no ordenamento jurídico brasileiro em que o ‘vencedor’ do IRDR terá interesse recursal para interposto recurso especial e/ou extraordinário com o intuito de que a tese jurídica seja apreciada pelos Tribunais Superiores a fim de que haja incidência em todo o território nacional.

Vale registrar também que se repete no âmbito do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas situação perniciosa e que vem impedindo a extração de todas as possibilidades das ações coletivas no Direito Brasileiro em razão da interpretação do artigo 16 da LACP (OLIVEIRA, 2015).

Isso porque, para que ocorra uma uniformidade acerca da interpretação da tese jurídica, será viável o ajuizamento de, por exemplo, 27 Incidentes de Resolução de Demandas Repetitivas em cada Tribunal de Justiça do Estado Brasileiro e mais 5 Incidentes de Resolução de Demandas Repetitivas em cada um dos Tribunais Regionais Federais Brasileiros (GOMES, 2017).

Neste entendimento, não se cumpriria o objetivo do Incidente, que é evitar a repetição de litígios, assim como prevenir decisões conflitantes, entretanto, pelos registros públicos e doutrinadores, esta parece ser uma realidade que está longe de ser atingida com o atual modelo para o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (ABBOUD E CAVALCANTI, 2015).

Até que haja definição da tese jurídica pelo Superior Tribunal de Justiça ou pelo Supremo Tribunal Federal com eficácia nacional (§2º do artigo 987 do Novo Código de Processo Civil) (MAIA, 2017) certamente haverá decisões conflitantes proferidas pelos diversos Tribunais de Justiça e pelos diversos Tribunais Regionais Federais acerca da interpretação de

determinada tese jurídica. Isto leva à insegurança jurídica e a contradição entre as decisões, sendo estes justamente os malefícios que se pretende evitar ao instaurar um modelo de julgamento de demandas repetitivas (ABREU, 2016; (OLIVEIRA, 2015; BUENO, 2016).

Conforme dito anteriormente, houve inspiração no modelo alemão, mas também a partir da experiência norte americana e percebendo que os conflitos sociais não poderiam ser adequadamente tratados e resolvidos pelo processo individual clássico. Diante disso, a doutrina passou a defender a adoção de um modelo de resolução coletiva de conflitos e o legislador pátrio atento a este fenômeno passou a editar normas buscando instituir meios adequados à tutela dos direitos de natureza transindividual (DUARTE, 2017).

1.2. Julgamentos em andamento.

Conforme este relatório do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), dois anos depois da entrada em vigor do Código de Processo Civil, é perceptível que a Justiça Federal é o braço do Judiciário que menos se utilizou do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR), novidade incorporada para uniformizar a jurisprudência e acelerar a prestação jurisdicional (DIDIER JR, 2017).

Os dados colhidos pelo CNJ mostraram que, dos 164 IRDRs admitidos pelos tribunais do país até janeiro de 2018, apenas 11 tramitavam na Justiça Federal. A Justiça Estadual é a que mais se utiliza do IRDR, com 130 deles, seguida da Justiça do Trabalho, com 23. Em agosto, os TRFs já tinham admitido outros oito incidentes e aprovado nove teses (ABBOUD E CAVALCANTI, 2015; CNJ, 2019; GOMES, 2018).

Ao contrário do que se poderia imaginar, o IRDR e a sistemática dos recursos repetitivos disciplinada no novo CPC não afastarão a necessidade de adequada tutela coletiva no Brasil. Isso porque os objetivos perseguidos pelas ações coletivas são mais amplos que os almejados pela resolução de casos repetitivos (GOMES, 2018; MARINONI, 2009).

Por outro lado, os procedimentos de resolução de casos repetitivos podem se referir a questões incidentais, como o prazo prescricional relativo a determinado pleito dos consumidores ou mesmo a matérias estritamente processuais, como a forma de contagem de determinado prazo regulado

no CPC ou os requisitos de admissibilidade para determinado recurso disciplinado na legislação processual, entre muitas outras situações possíveis (NOGUEIRA, 2018)

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O questionamento levantado no início deste trabalho, para ser respondido de forma definitiva ainda precisa de mais consistência de dados de esforços em comum dos vários tribunais que compõem o Poder Judiciário Brasileiro.

Por um lado, o IRDR tem sua faceta eficaz diante da realidade operacional, porém, a resolução do Incidente com a fixação da tese não serve ao pretexto de diminuir o número de processos judiciais, uma vez que, a despeito da fixação da tese jurídica, o jurisdicionado poderá ainda ser obrigado a ajuizar as ações competentes para ver respeitada a interpretação jurídica em caso de descumprimento.

Ou seja, há uma certa efetividade, contudo, problemática, pois tende a não observar direitos fundamentais em julgamentos coletivos e, também, pode ser utilizado de forma a ignorar anseios individuais relevantes para o “caso a caso”. É o “outro lado da moeda” de um sistema de julgamento em massa que, de certa forma vai obrigar o jurisdicionado a aguardar que o caso-parâmetro seja decidido.

O incidente tem por finalidade promover a igualdade e uniformidade de decisões judiciais sobre mesma questão, preservar a segurança jurídica, incentivar a razoável duração do processo e estimular a coerência da ordem jurídica mediante julgamento de um processo-modelo que servirá para fixação de tese a ser observada por todos os órgãos do Poder Judiciário, uma vez que dotada de efeito vinculante.

A CRFB/88 é a base do direito processual brasileiro, por isso deve nortear seu desenvolvimento, interpretação e aplicação. Nesse sentido, as alterações do sistema processual civil buscam harmonizar o Novo CPC com o espírito da Constituição Federal, no que diz respeito a regras que induzem à uniformidade e à estabilidade da jurisprudência.

Ou seja, o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas não serve para diminuir o número de processos judiciais, mas, apenas, para abreviar sua tramitação e racionalizar os pronunciamentos judiciais em torno

da mesma tese jurídica. Sob esta ótica, o ajuizamento de ações coletivas continuará a serem imprescindíveis para efetivamente garantir a outorga do bem jurídico (CAVALCANTI, 2015).

Seguramente, ao aprimorar a técnica antes incipiente de tratamento judicial para casos repetitivos, o legislador foi bastante cuidadoso ao preservar direitos fundamentais, sem perder a finalidade da eficiência e da eficácia da tutela jurisdicional voltada para ações plurindividuais idênticas que proliferam perante o juiz de primeiro grau e que precisam de um tratamento eficiente e inteligente, tal como foi adotado no novo Código Processual Civil, ao inovar para melhor na distribuição da Justiça por meio do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (TEMER, 2016).

Ao analisar o panorama completo levantado entender-se que é preciso, ainda, que os Tribunais Superiores e órgãos administrativos do Judiciário realizem esforços pra fixar teses parecidas acerca de determinados temas e, também, que se crie formas de auferir a efetividade judiciária além da celeridade. Ou seja, é preciso que haja certa auditoria para entender se todos os casos que foram inseridos no Incidente realmente deveriam estar sendo julgados em massa.

Há, portanto, uma oportunidade de melhorar em qualidade e celeridade no processo de julgamento desses processos que, embora ainda caminhando lentamente, com o novo CPC, tem ferramentas para sua realização.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, G. CAVALCANTI, M. **Constitucionalidades do incidente de resolução de demandas repetitivas (irdr) e os riscos ao sistema decisório**. 1ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

ABREU, Bianca Veloso de Lacerda. **O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas do Novo Código de Processo Civil como Valorizador dos Princípios Constitucionais**. Rio de Janeiro, v.1, 2016. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2016/pdf/BiancaVelosodeLacerdaAbreu.pdf. Acesso em: 27 mar. 2019.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil). **Revista do Tribunal de Contas de Minas**. Belo Horizonte, v. 12, p. 210–225, mar. 2007.

BRASIL, Anderson; SIFFERMAN, Thiago. **Lei de abuso de autoridade e a minimização das arbitrariedades do Judiciário**. São Paulo. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-nov-15/abuso-autoridade-minimizacao-arbitrariedades-judiciario>. Acesso em: 15 set. 2019.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acessado em 07 de outubro de 2019

BRASIL. **Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília, 17 jan. 1973.

BUENO, Cassio Scarpinell. **As classactions norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta**. São Paulo, 2016. Disponível em: <http://scarpinellabueno.com/images/textos-pdf/004.pdf>. Acesso em: 26 set. 2019.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe; BALARINI, Flávia Gonçalves. **A segurança jurídica na doutrina e nos tribunais: the legal certainty in doctrine and in the courts**, Rio de Janeiro, 2012. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=1f9b616fad-dedc02>. Acesso em: 26 set. 2019.

CASTILHO, Rodrigo Brunieri; MATTEI, Silvia. O princípio do acesso à justiça e o incidente de coletivização de demandas repetitivas. **Revistas de Ciências Jurídicas e Sociais da UNIPAR**. Curitiba, v. 15, p. 225–236, fev. 2015.

CAVALCANTI, Marcos de Araújo. **A falta de controle judicial da adequação da representatividade no incidente de resolução de demandas repetitivas**. São Paulo, 2015. Disponível em: <https://fadisp.com.br/revista/ojs/index.php/pensamentojuridico/article/view/1>. Acesso em: 29 mar. 2019.

- DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Overruling incidental e concentrado**. São Paulo, v. 5, 2017. Disponível em: <http://www.frediedidier.com.br/editorial/editorial-166>. Acesso em: 07 ago. 2017.
- DUARTE, Bento Herculano. Incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR): natureza, finalidade, pressupostos, pontos controvertidos e aplicação na justiça do trabalho. **Revista do TST**, Brasília, v. 83, 2017. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/106290/2017_rev_tst_v083_n001.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 27 mar. 2019.
- GOMES, Eduardo Tourinho. **O IRDR no Novo Código De Processo Civil**. São Paulo, 2018. Disponível em: <http://portaldeperiodicos.unibrasil.com.br/index.php/anaisvinci/article/view/4395>.. Acesso em: 29 mar. 2019.
- LEMOS, Vinícius Silva. **Recursos e processos nos tribunais no novo CPC**. 2015. 1ª Ed. São Paulo: Lexia, 2015.
- MAIA, Maurilio Casas. Legitimidades institucionais no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) no direito do consumidor. **Revista do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios**. Vol. 986, 2017.
- MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito – UFPR**. Curitiba. Vol. 15, p. 35-48, 2009.
- NOGUEIRA, Luiz Fernando Valladão. **A alteração da ordem processual no novo CPC: aspectos gerais e o Direito Empresarial**, São Paulo, 2018. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI272365,41046-A+alteracao+da+ordem+processual+no+novo+CPC+aspectos+gerais>. Acesso em: 29 mar. 2019.
- SCHAEFER, Jacqueline Dias de Freitas. **Remédios ou garantias de Direito Constitucional**. Artigos DireitoNet, Brasília, 2016. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/9708/Remedios-ou-garantias-de-Direito-Constitucional>. Acesso em: 01 set. 2019.

SIMÃO, Lucas Pinto. **Incidente de resolução de demandas repetitivas (“IRDR”)**. Brasília, 2016. Disponível em: <<https://www.pucsp.br/tutelacoletiva/download/incidente-de-resolucao.pdf>>. Acesso em: 27 mar. 2019.

SOUZA, Gustavo Ferreira de; ALVES, Lucélia de Sena. O incidente de resolução de demandas repetitivas do Novo Código de Processo Civil. **Revista Pensar Direito**. v.7, n.2, jan. 2016.

TEMER, Sofia. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**. 3ª Ed., Salvador: JusPodivm, 2016.

VARGAS, Daniel Vianna. **Estabilidade objetiva IRDR**. 1ª Ed., Brasília: Cervantes, 2016.

WURMBAUER JUNIOR, Bruno. **A tutela dos direitos repetitivos e as novas perspectivas do processo coletivo: modificações introduzidas pelo novo CPC e o IRDR**. 2ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2015.

ZUMACH, Lais. **Breve análise do efeito vinculante conferido ao incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR)**. *Semana Científica de Direito da UFES*, Vitória, v.3, n.3, 2016.

A DELEGAÇÃO DAS SERVENTIAS EXTRAJUDICIAIS: UM REGIME JURÍDICO SUI GENERIS

Patrícia De Battisti Almeida

Fábio Rodrigues Teixeira de Almeida

1 Introdução

Os serviços notariais e de registro, desde sua origem, sempre estiveram ligados à segurança dos atos jurídicos. O registro de nascimentos, de mortes e das transmissões da propriedade de terras, a celebração de casamentos e a garantia da eficácia de testamentos, procurações e escrituras são apenas algumas das funções realizadas pelas serventias extrajudiciais, também conhecidas como cartórios.

A quantidade de transações e negócios jurídicos que ocorrem diariamente indica a dimensão da importância dessa atividade. Uma vez que não é razoável esperar que todos os contratos sejam verbais e se resolvam com um aperto de mão, é necessário criar mecanismos capazes de garantir de alguma maneira a eficácia dos atos jurídicos, na forma da lei. Afinal, se a cada momento pairassem dúvidas sobre a autenticidade e regularidade de documentos, com que segurança poderiam ser realizados os negócios?

No entendimento de Leonardo Brandelli, a função notarial tem como finalidade garantir a certeza jurídica das relações e situações subjetivas concretas. A razão de ser dos serviços notariais e de registro é a prevenção de litígios e a pacificação social. Nesse sentido, Brandelli afirma que o estabelecimento de um sistema de publicidade por meio do registro

público facilita a fixação *a priori* do direito, enquanto o notariado atua nas relações jurídicas entre particulares, de forma a contribuir para a regulação dos direitos subjetivos em questão. (BRANDELLI, 2007, p.166).

No Brasil, os sistemas de notas e registros existem desde a chegada de Pedro Álvares Cabral. Naquela época, era praxe o tabelião acompanhar as tripulações. Ele tinha a função de registrar os acontecimentos da viagem e descrever com exatidão as terras eventualmente descobertas e revestir das formalidades oficiais a posse das novas propriedades. (SALLES, 1974, p.7).

Pero Vaz de Caminha é considerado o primeiro tabelião a ingressar no território brasileiro e sua famosa carta dirigida ao rei de Portugal pode ser comparada ao que hoje se conhece como ata notarial (nos termos do artigo 384, caput, Código de Processo Civil). (BUENO, 1998, p.114).

Hoje, mais de 500 anos depois da inauguração da atividade notarial no Brasil, os serviços de notas e de registro, por expressa previsão constitucional em seu artigo 236, são considerados atividade pública, mas prestados em caráter privado, mediante delegação.

Após a apresentação da evolução da legislação relativa ao regime de prestação dos serviços de notas e registros no Brasil, serão apresentadas as características atuais desse sistema e analisados os pontos que o tornam distinto das outras formas de prestação de serviços públicos.

2 Evolução Legislativa do Sistema Notarial e Registral Brasileiro

Durante a era colonial, o sistema de notas e registros português foi aplicado sem modificações em terras brasileiras. (BRANDELLI, 2007, p.35).

A primeira lei brasileira sobre o assunto, sem número, foi editada por Dom Pedro I, em 11 de outubro de 1827³², regulamentando o provimento dos ofícios da Justiça e da Fazenda. Até então, as serventias poderiam ser transmitidas a título de propriedade, mas, a partir do novo regramento, sua titularidade passou a ser conferida de forma vitalícia a pessoas idôneas, as quais teriam a obrigação de servir pessoalmente aos ofícios.

32 Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LIM/LIM-11-10-1827.htm. Acesso em 10/10/2019.

Paulo Roberto Carvalho do Rêgo, ao analisar os artigos 3º, 4º, 6º e 7º da Lei de 11/10/1827 observa que as expressões utilizadas no texto levam à conclusão de que o termo “serventuário” é usado para denominar “o titular do ofício, cargo público, criado por lei”. Ou seja, o titular da serventia era empregado público. (RÊGO, 2004, p.41).

O Decreto 9.420 de 20 de abril de 1885³³ consolida a legislação produzida no período após a edição da lei 11/10/1827. O decreto manteve a proibição de transmissão dos cartórios a título de propriedade e confirmou a natureza jurídica de serventia vitalícia, disciplinando o seu provimento por concurso. Além disso, definiu que a competência para criação dos ofícios de justiça seria dos Poderes Gerais da Corte e das Assembléias das Províncias e regulou a função dos escreventes nos serviços extrajudiciais. (RÊGO, 2004, p. 45).

Em 24 de fevereiro de 1891 foi promulgada a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, a qual garantiu aos Estados a autonomia para realizar a sua organização judiciária e os órgãos auxiliares da justiça³⁴.

O período até 1916 não trouxe alterações significativas no sistema de registros públicos, pois o Direito Civil ainda era regulado pelas Ordenações Filipinas e a Legislação Imperial do Brasil. (RÊGO, 2004, p. 53).

O Código Civil de 1916 estabeleceu normas gerais sobre registros ao tratar de temas como casamento, propriedade de imóveis e pessoas jurídicas de direito privado, mas não criou uma regulamentação específica e detalhada a respeito dos serviços de registro e de notas³⁵.

A regulamentação do sistema de registros foi feita pelo Decreto 12.343, de 03 janeiro de 1917³⁶, que dispôs sobre as atribuições de cada serviço registral: civil, títulos, documentos e pessoas jurídicas, juntas comerciais, geral (imóveis) e propriedade literária, científica e artística (as

33 Disponível em <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-9420-28-abril-1885-543748-publicacaooriginal-54305-pe.html>. Acesso em 10/10/2019.

34 Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao91.htm. Acesso em 10/10/2019.

35 Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3071.htm. Acesso em 10/10/19.

36 Disponível em <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1910-1919/decreto-12343-3-janeiro-1917-508737-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em 10/10/19.

disposições sobre as atribuições de cada um dos serviços de registros estão nos artigos 2º, 3º, 4º, 5º e 6º do Decreto 12.343 de 03/01/1917).

Em 1937 foi outorgada nova Constituição Federal³⁷, estabelecendo a competência dos Tribunais para organizar os cartórios (artigo 93), a competência dos Estados para legislar sobre sua organização judiciária (artigo 103). As normas sobre funcionalismo público, em regra, foram mantidas conforme a Carta Constitucional anterior (artigos 156 a 159).

Na esteira da Constituição de 1937, foi editado o decreto 4.857 de 09 de novembro de 1939³⁸, considerado a primeira consolidação minuciosa sobre registros públicos. Esse decreto manteve os titulares das serventias como detentores de cargos vitalícios, considerando-os, portanto, funcionários públicos. Além disso, especificou as obrigações, direitos, deveres e responsabilidades dos titulares das serventias, reafirmou a competência Estadual para criação e organização dos ofícios e estabeleceu regras sobre emolumentos. (RÊGO, 2004, p. 64).

A Constituição de 1946³⁹ reconheceu a garantia de vitaliciedade dos titulares das serventias e estabeleceu que não seria possível modificar a divisão e organização judiciária por cinco anos contados da data que as criou. No artigo 23 de suas disposições transitórias incluiu no gênero dos servidores da justiça os escreventes que exerciam funções permanentes nos cartórios.

Em São Paulo, a Lei Estadual 819 de 1950⁴⁰, que regulamentava o provimento dos ofícios de justiça, estabelece em seu artigo 5º que os escreventes habilitados de todos os cartórios integram a carreira de Servidores da Justiça juntamente com os titulares das serventias.

37 Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm. Acesso em 10/10/19.

38 Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D4857.htm. Acesso em 10/10/19.

39 Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm. Acesso em 10/10/19.

40 Disponível em <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/1950/lei-819-31.10.1950.html>. Acesso em 10/10/19.

Sob o regime vigente antes da Constituição de 1967⁴¹, pode-se afirmar que havia os Servidores da Justiça, uma carreira de funcionários públicos civis, não remunerados pelo dinheiro público, composta pelos titulares das serventias, escreventes habilitados e auxiliares. (RÊGO, 2004, p. 67).

A Constituição de 1967, em seu artigo 98, definiu como vitalícios somente os cargos de magistrados e ministros dos Tribunais de Contas. Assim, deixam de ser vitalícios os cargos de oficiais dos serviços da Justiça. Mas, em suas disposições transitórias, garantiu a vitaliciedade para os titulares de ofícios de serviços da justiça nomeados até o início de sua vigência. No artigo 106, determinou que as regras federais sobre funcionalismo público deveriam ser aplicadas aos funcionários dos três poderes nas três esferas de governo.

A Emenda Constitucional nº 1 de 1969⁴² alterou a Constituição de 1967 e fixou a competência dos Tribunais de Justiça dos Estados para dispor sobre divisão e organização judiciárias.

A Lei 5.621, de 4 de novembro de 1970⁴³, que regulamenta o parágrafo 5º do artigo 144 da Constituição de 1967, alterado pela emenda constitucional nº 1 de 1969, em seu artigo 1º, ao tratar da organização judiciária, incluiu na competência dos Tribunais de Justiça a possibilidade de definirem, via resolução, a estrutura, a organização, a classificação, a disciplina e as funções dos serviços de auxiliares da Justiça e incluindo nestes os tabelionatos de ofícios e os registros públicos.

Com fundamento em tal dispositivo, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo editou a Resolução 02 de 15 de dezembro de 1976⁴⁴, a qual tratava da organização judiciária no estado e também regulava o Regime das Serventias. De acordo com essa resolução, no Estado de São Paulo, o pessoal das serventias não oficializadas era composto por serventuários,

41 Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm. Acesso em 10/10/19.

42 Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_antes1988/emc01-69.htm. Acesso em 10/10/19.

43 Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1970-1979/L5621.htm. Acesso em 10/10/19.

44 Disponível em <http://esaj.tjsp.jus.br/gcnPtl/abrirDetalhesLegislacao.do?cdLegislacaoEdit106885&f1BtVoltar=N>. Acesso em 10/10/19.

escreventes e auxiliares e o regime disciplinar aplicado a eles era o do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado de São Paulo. Interessante observar que os escreventes e auxiliares dos serviços extrajudiciais eram classificados como extranumerários em regime especial e servidores públicos civis *lato sensu*. Como resume Paulo Roberto de Carvalho Rego, “eram contratados ao nuto do titular da serventia, sem criação de cargo específico por lei, mas ao critério subjetivo da necessidade do serviço”. (RÊGO, 2004, p. 77).

A Constituição Federal de 1988⁴⁵ modificou profundamente os serviços notariais e registrais com as disposições de seu artigo 236:

Art. 236. Os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público.

§ 1º - Lei regulará as atividades, disciplinará a responsabilidade civil e criminal dos notários, dos oficiais de registro e de seus prepostos, e definirá a fiscalização de seus atos pelo Poder Judiciário.

§ 2º - Lei federal estabelecerá normas gerais para fixação de emolumentos relativos aos atos praticados pelos serviços notariais e de registro.

§ 3º - O ingresso na atividade notarial e de registro depende de concurso público de provas e títulos, não se permitindo que qualquer serventia fique vaga, sem abertura de concurso de provimento ou de remoção, por mais de seis meses”.

Estavam assim estabelecidas as bases do sistema que vigora atualmente no Brasil.

3 Características das atividades notariais e registrais no Brasil

A atividade notarial e a atividade registral são dotadas de fé pública, de tal forma que, se uma pessoa tiver interesse em afirmar que determinada situação fática é contrária ao que o tabelião ou registrador atestou, deverá ingressar judicialmente e fazer prova do alegado. Ou seja, há inversão do ônus da prova para aquele que vai contra o declarado com fé pública.

45 Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 10/10/19.

A fé pública dos tabeliães e oficiais de registro é garantida pelo artigo 3º da lei 8.935/94⁴⁶, nos seguintes termos: “*Notário, ou tabelião, e oficial de registro, ou registrador, são profissionais do direito, dotados de fé pública, a quem é delegado o exercício da atividade notarial e de registro.*”

Além disso, o Código Civil atualmente em vigor (Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002), no artigo 215, “caput”, estabelece que a escritura pública lavrada por tabelião é documento dotado de fé pública e faz prova plena⁴⁷.

Segundo Leonardo Brandelli, a atuação do notário, em razão da fé pública, confere autenticidade ao documento, o qual passa a possuir uma presunção *iuris tantum* de veracidade. O autor ressalva ainda que é possível invalidar um documento autenticado por notário, se for produzida prova nesse sentido, mas tal processo é difícil exatamente por causa da fé pública. (BRANDELLI, 2007, 167).

Em relação à função registral, pode-se dizer que possui a finalidade de declarar ou constituir o direito real, por intermédio da inscrição do título correspondente ao direito, promovendo a segurança nas relações jurídicas através da publicidade registral com efeitos erga omnes (para todos).

De acordo com Nicolau Balbino Filho, o registro de imóveis tem como objetivo apresentar uma reprodução fidedigna da realidade dos direitos imobiliários, de forma que o que ele denomina a “vida tabular” dos direitos materiais seja o espelho de sua vida material. (BALBINO FILHO, 2001, p. 35).

Também são funções registrais, entre outras, lavrar assentos de nascimentos e óbitos e celebrar casamentos.

Os serviços notariais e registrais, cada um a sua maneira, proporcionam segurança jurídica. Segundo Ricardo Henry Marques Dip, cabe ao notário garantir a segurança dinâmica e ao registrador, a segurança estática. O notário conforma e faz a preconstituição da prova, atua como conselheiro das partes nos atos que praticam, buscando a representação da verdade e, dessa forma, cumpre um papel de prevenção de litígios. O

46 Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8935.htm. Acesso em 10/10/19.

47 Artigo 215, “caput”: “*A escritura pública, lavrada em notas de tabelião, é documento dotado de fé pública, fazendo prova plena*”. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm. Acesso em 10/10/19.

registrador, por sua vez, não atua na elaboração do ato jurídico; cabe a ele promover a publicação do “*dictum*”. O registrador dá publicidade aos negócios jurídicos, aos contratos, garantindo a possibilidade de que sejam conhecidos por todos. (DIP, 1988, p.95).

4 Regime Jurídico da Atividade Notarial e Registral no Brasil

De acordo com Narciso Orlandi Neto, o direito notarial pode ser entendido como o conjunto das normas (leis, regulamentos, normas administrativas, jurisprudência normativa) que regem a atividade notarial. Essa atividade, como observa o autor, é considerada de natureza pública desde as Ordenações do Reino: “*O Título LXXVIII das Ordenações Filipinas, que cuida dos Tabeliães de Notas mostra bem que seu ofício é público*”. (ORLANDI NETO, 2004. p.15)

Muitos atos praticados pelos tabeliães na época das Ordenações são realizados até hoje. O Livro de Notas, por exemplo, ainda cumpre a mesma função, pois é nele que os tabeliães escrevem as notas dos contratos celebrados, os testamentos e os instrumentos de suas aprovações. Além disso, os tabeliães continuam com o dever de fiscalizar o pagamento dos impostos de transmissão, quando devido, e guardar os livros de notas.

As atividades notarial e registral têm estruturas essencialmente semelhantes, conforme estabelece o artigo 236 da Constituição Federal. O dispositivo constitucional determina que as atividades notariais e registrais são públicas, mas exercidas em caráter privado por delegação do poder público. Ainda de acordo com a Constituição, os princípios fundamentais e as diretrizes básicas da atividade notarial e de registro são os seguintes:

- As atividades notarial e registral têm natureza pública. Narciso Orlandi Neto entende que, no exercício de suas funções, os titulares das serventias são agentes públicos;
- O poder público somente pode delegar a prestação de serviços notariais e registrais para particulares (pessoas físicas);
- A Constituição classifica os agentes delegados em titulares de serviços notariais e registrais, efetuando nítida distinção entre notário e registrador;

- A regulamentação da atividade e das responsabilidades civil e criminal dos titulares das serventias e seus prepostos deve ser feita por lei;
- A fiscalização dos atos notariais e registrais praticados nas serventias é feita pelo Poder Judiciário;
- Normas gerais sobre emolumentos devem ser estabelecidas por lei federal⁴⁸;
- O ingresso na atividade notarial ou registral se dá por meio de concurso público de provas e títulos;
- Nenhuma serventia pode ficar vaga por mais de 6 meses sem abertura de concurso público.

A dificuldade para se chegar a uma classificação do serviço notarial e registral advém das diversas definições que os doutrinadores e juristas atribuem à expressão "serviço público".

Não há divergência na doutrina ou na jurisprudência quanto ao reconhecimento da natureza de função pública dos serviços notariais e de registro. A divergência surge na caracterização dessa atividade como serviço público.

Parte da doutrina adota o conceito restrito de serviço público, segundo o qual apenas as atividades materiais são aptas a caracterizá-lo. Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, é preciso haver a combinação de dois elementos para se formar o conceito de serviço público: o elemento formal, referente ao regime de direito público (regido por normas que trazem prerrogativas, encargos e sujeições especiais); e o elemento material, que trata da efetiva ou potencial oferta de utilidades e comodidades para os usuários. Para o autor, atividade jurídica não está incluída em atividade material e, por isso, não se enquadra no conceito de serviço público. (MELLO, 2007, p.611).

Outros estudiosos do direito entendem o conceito de serviço público de forma mais ampla, como toda atividade exercida pelo Estado ou por

48 Constituição Federal de 1988. Art. 236, § 2º da CF. Para atender a este dispositivo constitucional foi editada a Lei 10.169, de 29 de dezembro de 2000, que estabeleceu as normas gerais sobre emolumentos. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L10169.htm. Acesso em 10/10/19. Cabe a lei estadual a disciplina específica sobre a matéria, levando-se em conta as peculiaridades regionais.

quem atua em seu nome para atender às necessidades da coletividade e oferecer utilidades e comodidades. Nesse sentido, Edmir Netto de Araújo afirma:

“(...) serviço público é toda atividade exercida pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, para a realização direta ou indireta de suas finalidades e das necessidades ou comodidades da coletividade, ou mesmo conveniências do Estado, tudo conforme definido pelo ordenamento jurídico, sob regime peculiar, total ou parcialmente público, por ele imposto”. (ARAÚJO, 2018, p.115).

Sobre a natureza dos serviços notariais e de registro, destaca-se o voto do relator Ministro Ayres Britto na Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.151⁴⁹. De forma bastante didática, são apresentadas as características do regime jurídico da delegação dos serviços notariais e de registro.

De acordo com Ayres Brito, os serviços notariais e de registros são atividades jurídicas próprias do Estado, embora exercidas, obrigatoriamente, em caráter privado (com a devida ressalva ao disposto no artigo 32 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, assim, exceto pelos serviços notariais e de registro já oficializados até o dia 5 de outubro de 1988, os serviços de registro possuem seu regime jurídico estabelecido pelo artigo 236 da CF/88). Os serviços prestados pelas serventias extrajudiciais não se confundem com as atividades materiais como, por exemplo, a prestação de serviço de transporte público ou a manutenção de rodovias.

A realização de atividades materiais (prestação de serviços públicos) pela via privada é facultativa e deve se efetivar por meio de lei específica do ente federado. As regras para delegação via concessão ou permissão descritas no artigo 175 da Constituição Federal de 1988 são aplicáveis às delegações de atividades materiais. A delegação dos serviços notariais e registrais não segue tais regras e é considerada *sui generis*, uma vez que se trata de atividade jurídica típica de Estado.

A delegação *sui generis* das serventias extrajudiciais não se dá por intermédio de cláusulas contratuais, mas por meio de regras estabelecidas unilateralmente pelo Estado (estas regras são estabelecidas por leis e por seus respectivos atos regulamentares).

49Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.151. Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 08/06/2005, Plenário, DJ de 28/04/2006. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363325>. Acesso em 10/10/19.

Os serviços notariais e registrais são delegados para pessoa natural e não para uma sociedade empresária, como é o caso da delegação de serviços públicos prevista no artigo 175 da Carta Maior. Os institutos da concessão e da permissão são utilizados por empresas e não por pessoas físicas.

A pessoa natural, para se tornar delegatária de uma serventia extrajudicial, precisa prestar concurso público de provas e títulos, conforme artigo 236 da Constituição. Já para se fazer a delegação de uma atividade material, o meio a ser utilizado é o processo licitatório, de acordo com o artigo 175.

A fiscalização da atividade notarial e registral é realizada exclusivamente pelo Poder Judiciário e não por órgão ou entidade do Poder Executivo, como ocorre na delegação da atividade material.

As atividades notariais e registrais são remuneradas por emolumentos, os quais possuem a natureza jurídica de taxa nos termos do artigo 77 do Código Tributário Nacional. Ou seja, os emolumentos são um tributo de acordo com o artigo 3º do Código Tributário Nacional. A remuneração pelo exercício das atividades materiais delegadas não é feita por tributo, mas por tarifa ou preço público.

Em síntese, os serviços notariais e de registro são atividade jurídica típica de Estado e não se enquadram na categoria de serviços públicos. O ministro Ayres Brito, no julgamento da ADI 3.151⁵⁰, resume dessa maneira seu pensamento:

“Numa frase, então, serviços notariais e de registro são típicas atividades estatais, mas não são serviços públicos, propriamente. Inscrevem-se, isto sim, entre as atividades tidas como função pública latu sensu, a exemplo das funções de legislação, diplomacia, defesa nacional, segurança pública, trânsito, controle externo e tantos outros cometimentos que, nem por ser de exclusivo domínio estatal, passam a se confundir com serviço público”.

Ao se enxergar os serviços notariais e de registro como típicas atividades estatais com a mesma natureza de funções como legislação e diplomacia, fica mais fácil entender a escolha do legislador constituinte por um

50 Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.151. Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 08/06/2005, Plenário, DJ de 28/04/2006. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363325>. Acesso em 10/10/19.

regime diferenciado para o desenvolvimento dessas atividades, com regras próprias que não se confundem com as disposições relativas aos serviços públicos contidas no artigo 175 da Constituição.

Luís Roberto Barroso classifica serviço público em quatro categorias. O critério utilizado para tal categorização é a intensidade de participação para oferta do serviço público que a Constituição confere ao Estado e ao particular. (BARROSO, 2003).

O primeiro tipo de regime é aquele em que o Poder Público presta os serviços com exclusividade. Como exemplos, podem ser mencionadas a diplomacia, a defesa nacional, a prestação jurisdicional e a atividade legislativa;

O segundo tipo de regime se refere aos serviços que podem ser prestados diretamente pelo Estado ou por particulares, mediante delegação, conforme artigo 175 da Constituição. Tal delegação se dá por decisão discricionária do Estado, mediante processo licitatório, na forma de concessão, permissão ou autorização;

O terceiro tipo de regime diz respeito aos serviços prestados por Estado e particulares, indiscriminadamente. Nessa situação, o particular interessado em prestar o serviço não depende de delegação. No máximo, deverá preencher requisitos legais para obter uma licença, Como exemplos, podem ser mencionados serviços de educação, saúde e previdência;

Por fim, o quarto tipo de regime é aquele em que a Constituição atribui o desempenho exclusivo e direto da atividade pública ao particular, mediante concurso público.

Luís Roberto Barroso, fazendo uma interpretação sistemática da Constituição, entende que os titulares das serventias extrajudiciais se enquadram na quarta categoria descrita acima – aquela em que o particular irá exercer a função pública de forma exclusiva: o Poder Público não pode exercer tal atividade de forma direta ou mesmo indiretamente, por meio de autarquias. Assim como o Ministro Ayres Britto, Barroso observa que nas três primeiras espécies de regime de serviço público por ele descritas, a prestação do serviço público é uma faculdade do Poder Público. Acrescenta ainda que os dispositivos constitucionais que tratam de saúde, educação e previdência – artigo 199, “caput”, artigo 202, “caput” e artigo 209 – prevêem expressamente a atuação estatal em paralelo com a atuação privada.

Ricardo Dip, ao analisar o artigo 236 da Lei Maior afirma que no *caput* há dois conceitos contraditórios – serviço público e gestão privada – que coexistem e são aplicados simultaneamente a uma única atividade: os serviços notariais e de registro. Nesse sentido, o autor questiona “*até onde vai o serviço público e onde começa a gestão privada*”. (DIP, 1999, pp. 51-55).

A resposta a essa pergunta deve partir de uma interpretação conforme a Constituição do disposto no artigo 1º da Lei 8.935 de 1994: “*Serviços notariais e de registro são os de organização técnica e administrativa destinados a garantir a publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos*”.

Luís Paulo Aliende Ribeiro, ao discorrer sobre o tema, ensina que a função pública da atividade abrange:

“(...) a organização dos serviços; a seleção (mediante concurso de provas e títulos) dos profissionais do direito; a outorga e cessação da delegação; regulamentação técnica; a fiscalização da prestação dos serviços, para assegurar aos usuários sua continuidade, universalidade, uniformidade, modicidade e adequação”. (RIBEIRO, 2009, p.7).

O mesmo autor, a respeito das atribuições privadas dos serviços notariais e de registro, afirma:

“Ao direito privado, cabe, como é da nossa tradição jurídica: informar quanto aos princípios pertinentes à qualificação registrária; definir os institutos jurídicos, conceitos, contratos, requisitos, impedimentos, formalidades essenciais, direitos e deveres a serem observados para a elaboração dos atos notariais; o aconselhamento das partes, a celebração de casamentos e os muitos e diversificados atos destinados a atribuir fé pública e eficácia aos interesses privados; conferir segurança aos particulares e acautelar e prevenir litígios”. (RIBEIRO, 2009, p.8).

Importante destacar que os emolumentos pagos pelos usuários dos cartórios de notas e de registros diretamente aos titulares das serventias não apenas remuneram os serviços como ainda revertem parcialmente aos cofres do Poder Público. As serventias extrajudiciais, não apenas sobrevivem sem receber verba pública mas ainda destinam parte de seus rendimentos diretamente ao erário. E não se trata aqui do pagamento de Imposto de

Renda sobre os rendimentos do titular, devido à União, ou de Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, incidente sobre os emolumentos e devido às prefeituras, mas de um percentual retirado dos emolumentos antes da incidência de impostos e antes mesmo do pagamento das despesas das serventias e recolhido ao Estado.

A título de exemplo, no estado de São Paulo vigora a Lei 11.331, de 26 de dezembro de 2002⁵¹, a qual determina em seu artigo 19 que, do valor total dos emolumentos cobrados por notários e registradores, o titular da serventia tem direito a 62,5% dos emolumentos cobrados e 37,5% são destinados ao Estado ou outras Instituições Públicas descritas no citado artigo. Especificamente quanto ao Estado de São Paulo tem-se que o percentual de 17,763160% é receita do Estado e 3,289473% são destinados ao Fundo Especial de Despesa do Tribunal de Justiça. Ou seja, cerca de 21% da receita bruta das serventias é revertida em favor do Estado.

Os emolumentos relativos aos atos privativos do Registro Civil das Pessoas Naturais não estão sujeitos a esses descontos, devendo somente contribuir com a Carteira de Previdência das Serventias não Oficializadas da Justiça do Estado.

5 CONCLUSÃO

O fato de notários e registradores exercerem funções públicas mediante delegação não significa que os serviços de notas e registros se enquadrem na categoria dos serviços públicos cuja prestação pode ser prestada pela iniciativa privada mediante concessão ou permissão, nos termos do artigo 175 da Constituição.

Pelo contrário, do regramento específico decorrente do artigo 236 da Constituição e da própria natureza das funções de notas e registros decorre a singularidade do regime jurídico da delegação das serventias extrajudiciais. Por isso, não é exagero afirmar que se trata de um regime *sui generis*.

O exame das modificações na legislação relativa aos cartórios no Brasil mostra que as regras constitucionais ora em vigor representam um verdadeiro avanço ao estabelecer como requisitos para o recebimento das

51 Disponível em <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/2002/lei-11331-26.12.2002.html>. Acesso em 10/10/19.

delegações a qualificação profissional e a aprovação em concurso público. E isso sem onerar os cofres do Estado.

Ao mesmo tempo, a fiscalização pelo Poder Judiciário representa uma garantia de que esses serviços estão integrados ao sistema jurídico brasileiro e cumprem sua função de garantir a segurança das diversas transações e até mesmo dos acontecimentos nas vidas das pessoas. Afinal, embora nascimento e morte sejam fatos da natureza, eles só ingressam no mundo jurídico mediante o registro na serventia de Registro Civil de Pessoas Naturais. Da mesma maneira, a transmissão da propriedade imobiliária, ainda que o preço já esteja pago e as chaves entregues ao adquirente, só se efetiva com o registro na serventia de Registro de Imóveis.

6 REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 8^o ed., 2018.

BALBINO FILHO, Nicolau. **Direito Imobiliário Registral**. 1^a ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BARROSO, Luís Roberto. Invalidez de exercício direto pelo Estado dos Serviços Notariais e de Registros. **Interpretação conforme a Constituição do art.1.361, § 1^o, do novo Código Civil**. Disponível em <http://www.irtdpjbrasil.com.br/NEWSITE/Barroso.htm>. Acesso em 10/10/2019.

BRANDELLI, Leonardo. **Teoria Geral do Direito Notarial**. 2^a ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 10/10/2019.

BRASIL. Lei 8.935, de 18 de novembro de 1994. **Regulamenta o art. 236 da Constituição Federal, dispondo sobre serviços notariais e de registro. (Lei dos cartórios)**. Brasília, 1994. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8935.htm. Acesso em 10/10/19.

BRASIL. Lei 10.169, de 29 de dezembro de 2000. **Regula o § 2º do art. 236 da Constituição Federal, mediante o estabelecimento de normas gerais para a fixação de emolumentos relativos aos atos praticados pelos serviços notariais e de registro.** Brasília, 2000. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L10169.htm. Acesso em 10/10/19.

BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil.** Brasília, 2002. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm. Acesso em 10/10/19.

BRASIL. Lei sem número, de 11 de outubro de 1827. **Determina a forma por que devem ser providos os officios de Justiça e Fazenda.** Rio de Janeiro, 1827. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LIM/LIM-11-10-1827.htm. Acesso em 10/10/2019.

BRASIL. Decreto 9.240, de 20 de abril de 1885. **Consolida a legislação relativa aos empregos e officios de Justiça, provê aos casos omissos e elimina algumas disposições antinomicas, obsoletas ou inconvenientes ao serviço publico.** Rio de Janeiro, 1885. Disponível em <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-9420-28-abril-1885-543748-publicacaooriginal-54305-pe.html>. Acesso em 10/10/2019.

BRASIL. Constituição (1891). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil.** Rio de Janeiro, 1891. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao91.htm. Acesso em 10/10/2019.

BRASIL. Lei 3.071, de 1º de janeiro de 1916. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil.** Rio de Janeiro, 1916. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3071.htm. Acesso em 10/10/19.

BRASIL. Decreto 12.343, de 3 de janeiro de 1917. **Dá instruções para a execução provisoria do registro publico instituido pelo Código Civil.** Rio de Janeiro, 1917. <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1910-1919/decreto-12343-3-janeiro-1917-508737-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em 10/10/19.

BRASIL. Constituição (1937). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, 1937. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm. Acesso em 10/10/19

BRASIL. Decreto 4.857, de 9 de novembro de 1939. **Dispõe sobre a execução dos serviços concernentes aos registros públicos estabelecidos pelo Código Civil**. Rio de Janeiro, 1939. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D4857.htm. Acesso em 10/10/19

BRASIL. Constituição (1946). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, 1946. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm. Acesso em 10/10/19.

BRASIL. Constituição (1967). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1967. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm. Acesso em 10/10/19.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969. **Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967**. Brasília, 1969. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm. Acesso em 10/10/19.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. **ADI 3.151**. Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 08/06/2005, Plenário, DJ de 28/04/2006. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363325>. Acesso em 10/10/19.

BUENO, Eduardo. **A viagem do descobrimento**: a verdadeira história da expedição de Cabral. Rio de, 1998, pp. 114-115.

DIP, Ricardo Henry Marques. “Querem matar as notas” in **Registros Públicos e segurança jurídica**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988.

_____. Aposentadoria compulsória de registradores e notários. **Revista de Direito Imobiliário**. N.47, jul-dez de 1999, São Paulo: Revista dos Tribunais.

ORLANDI NETO, Narciso. **Introdução ao direito notarial e registral**. Décio Antônio Erpen...(et al) Coordenador: Ricardo Dipp. *Atividade Notarial – noções*. Editora: Sérgio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 2004.

RÊGO, Paulo Roberto de Carvalho. **Registros Públicos e Notas: natureza jurídica do vínculo laboral de prepostos e repsonsabilidade de notários e registradores**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004.

RIBEIRO, Luís Paulo Aliende. **Regulação da Função Pública Notarial e de Registro**. São Paulo: Saraiva, 2009.

SALLES, Maria Cristina Costa. As origens do notariado na América. **Revista de Direito Notarial Brasileira**. São Paulo, ano 1, n.1, jan-abr/1974.

SÃO PAULO (Estado). Lei 11.331, de 26 de dezembro de 2002. Dispõe sobre os emolumentos relativos aos atos praticados pelos serviços notariais e de registro, em face das disposições da Lei federal n. 10.169, de 29 de dezembro de 2000. **São Paulo, 2000. Disponível em <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/2002/lei-11331-26.12.2002.html>. Acesso em 10/10/19.**

SÃO PAULO (estado). Lei 819, de 31 de outubro de 1950. Dispõe sobre a forma de provimento dos Ofícios de Justiça e dá outras providências. São Paulo, 1950. Disponível em <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/1950/lei-819-31.10.1950.html>. Acesso em 10/10/19.

INSTITUCIONALIZAÇÃO ESTATAL DO ENVELHECIMENTO HUMANO NA REPÚBLICA DA COSTA RICA: DESAFIOS ATUAIS E PERSPECTIVAS GERONTOSANITÁRIAS FUTURAS

Robert Steven Gutiérrez Murillo

INTRODUÇÃO

O presente estudo parte da asseveração de que as questões sociais ligadas ao envelhecimento humano possuem caráter positivista na normativa interna costa-riquenha. Sua proteção é analisada e expressamente defendida pela vertente do direito gerontosanitarista, contemplando sua execução nas esferas jurídica, social, biológica, econômica, ambiental e sanitária, principalmente, quanto seu rigor individual e coletivo.

O envelhecimento humano, logo, visto através do prisma da coletividade como “envelhecimento populacional”, é um fenômeno social evidenciado em todos os países da região latino-americana. Infelizmente, a maioria dos países latino-americanos não possui estrutura socioeconômica que favoreça o goze do envelhecimento ativo e saudável, fato que vem incentivando o estudo das situações sociosanitárias das pessoas da terceira idade, na busca pela proteção do bem jurídico da saúde e suas garantias transitórias. Isto é, reconhece-se que o envelhecimento humano, como fenômeno natural e social, configura desafio contemporâneo da saúde pública latino-americana, portanto, evidencia-se a necessidade de reforçar a responsabilidade estatal dos países, no que diz respeito à elaboração a

execução de políticas específicas que tratem à questão do envelhecimento humano de forma interinstitucional e intersetorial (ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD – OPAS, 2009).

A longevidade da população gera novas realidades sociais que exigem ajustes nas políticas públicas, nos serviços sociais públicos e privados e nas configurações da comunidade. É por isso que o aumento do segmento populacional de maior idade, produz projeções mais altas de crescimento populacional para os próximos anos, levando a instituições governamentais e não-governamentais a considerar a necessidade de expandir serviços e atenção a esse grupo populacional (CONSEJO NACIONAL DE LA PERSONA ADULTA MAYOR – CONAPAM, 2017, p. 1).

Assentindo para as asseverações propostas por Pinto (2014), o Estado é uma estrutura de poder descentralizada e caracterizada por uma ordem impessoal. A institucionalização é a forma na qual o Estado realiza sua tarefa de polícia, propiciando segurança jurídica aos cidadãos, mediados sobre um conjunto de leis específicas para tal fim. Ademais, é salutar para a ideia sobre o compartilhamento do poder do binômio *Estado – cidadania*, pois o poder, embora exercido pelos próprios cidadãos, vem sobre representação da vontade espontânea do mesmo Estado. Em outras palavras, o fato das instituições estatais serem estabelecidas no território nacional, dá significância ao processo da despersonalização do poder político do Estado, ora regido pelas normas da institucionalização. Tangendo à questão do envelhecimento humano, observa-se a criação de conselhos nacionais do idoso, incumbidos para o tratamento de dito fenômeno sóciomundial. Sua criação antecede normas orgânicas de interesse coletivo gerontosanitário, ou seja, sobre o enfoque da saúde pública e da gerontologia, norteados na importância e na reivindicação de direitos sociais expressos sobre a Lei Maior, justamente na observância pelo seu cumprimento para com a população da idade definidora da velhice.

Prestes a estudar o processo de institucionalização do envelhecimento humano na República da Costa Rica, este trabalho se propõe adequar a compreensão das atribuições sociais e legais do CONAPAM no citado território. Em sequência, este trabalho visa aportar ao estudo do direito gerontosanitário da região centro-americana, incentivando pesquisas semelhantes, que permitam entender o marco jurídico sanitário centro-americano de proteção aos direitos sociais do cidadão envelhecido.

ASPECTOS METODOLÓGICOS

Trata-se um estudo de revisão documental-bibliográfico, do tipo descritivo, caracterizado pela abordagem qualitativa, que tem por objetivo primário apresentar, analisar e descrever as atribuições legais do Conselho Nacional do Idoso da República da Costa Rica (CONAPAM), por meio da análise da normativa que sustenta a criação e tarefas legais específicas do órgão. Adicionalmente, discutem-se a lei e política nacional sobre envelhecimento humano com vigência no país.

Estruturalmente, este estudo acompanha a seguinte ordem: é primeiramente contextualizada informação recente sobre os índices sociossanitários que caracterizam a nação. Em seguida, apresenta-se, de forma sucinta, uma pequena introdução sobre a normativa específica que protege os direitos do idoso na República da Costa Rica (RCR), com vistas a facilitar o entendimento das atribuições legais do CONAPAM. Sucodem dados sobre o CONAPAM, no que concerne à sua origem e funções. Isto é, são abordadas as atribuições legais do conselho, mediante a descrição de sua estrutura, organização, funções e formas de fiscalização institucional. Finalmente, são apresentadas informações do recente informe sobre o impacto social do envelhecimento na Costa Rica, emitido pela *Contraloría General de la República*.

PERFIL SOCIODEMOGRÁFICO E ÍNDICES SOCIOSANITÁRIOS DA COSTA RICA

As seguintes informações foram obtidas por meio de consulta à base de dados da *Comisión Económica para América Latina y el Caribe – (CEPAL)*, e apresentam os dados mais atualizados sobre o perfil sociosanitário da República da Costa Rica:

Tabela 01: Perfil nacional sociosanitário da Costa Rica, segundo CEPAL:

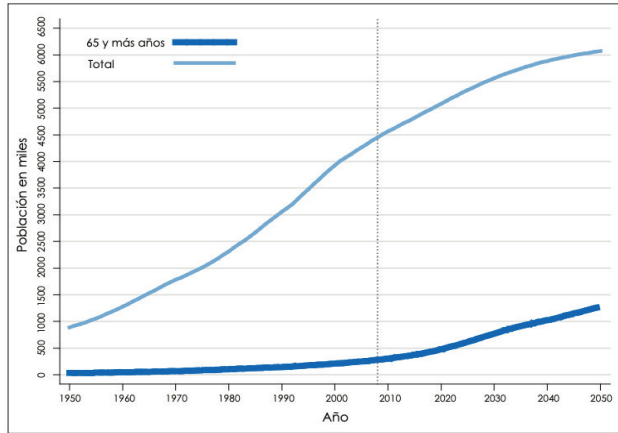
Variável/ano	Descrição
População total (2019)	5.048.000 habitantes
Taxa bruta de natalidade (2015 – 2020)	14.1%
Taxa bruta de mortalidade (2015 – 2020)	5.0%

Tabela 01: Perfil nacional sociosanitário da Costa Rica, segundo CEPAL:

Expectativa de vida ao nascer (2015 – 2020)	80 anos (83 anos homens; 77 anos mulheres)
Taxa de migração (2015 – 2020)	0.8%
Gasto público em educação, segundo % do PIB (2017)	7.4% (o maior da região centro-americana)
Gasto público em saúde, segundo % do PIB (2015)	8.1% (o maior da região centro-americana)
Gasto público social, segundo % do PIB (2016)	12.3%
Razão da mortalidade materna (2017)	27.0 (0/000)
Taxa de desemprego (2018)	10.3%
Coefficiente de Gini (2017)	0.50
Proporção de pobreza (2017)	15.1%
Proporção de pobreza extrema (2017)	3.3%
Proporção de pessoas que utilizam fontes melhoradas de abastecimento d'água (2015)	97.8%
Proporção da população que utiliza instalações de saneamento básico melhoradas (2015)	94.5%

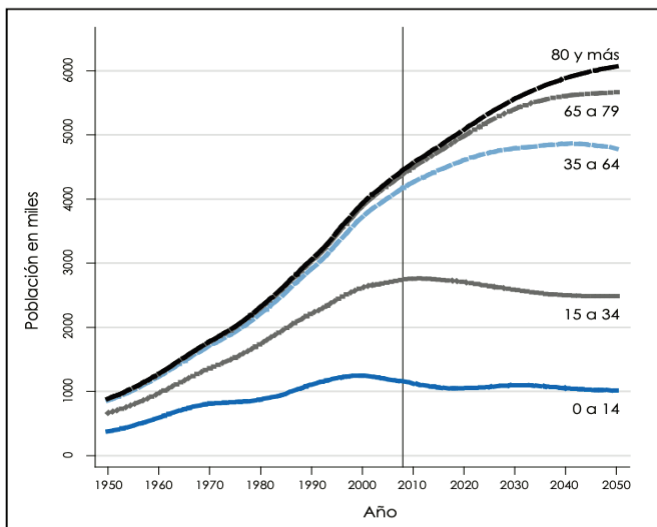
Fonte: Elaboração própria com base ao banco de dados da CEPAL: Costa Rica. Perfil nacional sóciodemográfico (2019).

O 1º Informe Nacional sobre a Situação do Envelhecimento Populacional na RCR ressaltou o aumento da população das pessoas com idade igual ou maior aos 65 anos. Segundo dito informe, o fato de alcançar a os 60 anos incrementa as possibilidades de viver mais anos, em comparação com os outros segmentos populacionais. O fenômeno do envelhecimento populacional na RCR é justificado por dois motivos principais. Por um lado, a redução da taxa de mortalidade geral no país fez com que as pessoas conseguissem uma expectativa de vida maior, acentuando o número de cidadãos da terceira idade. Por outro lado, tem-se a hipótese de que o atual número de idosos registrados no país seja resultado dos altos índices de natalidade que o país experimentou na década de 1950, pois nesses anos o país confirmou uma taxa de nascimentos importante. A tendência do crescimento populacional das pessoas idosas, em relação ao crescimento populacional bruto costarriquenho de 1950 para 2050 é mostrada a seguir:



Fonte: I informe de la situación de la persona adulta mayor en Costa Rica (CONAPAM, 2008, p. 3).

De forma a perceber mais detalhadamente os efeitos do envelhecimento populacional na Costa Rica, o 1º Informe apresenta a relação desse fenômeno social, segundo os grupos etários. Com respeito à localização geográfica dos idosos, o documento assevera que a existe maior concentração, com relevância significativa, na região central, incluindo às províncias de San José, Alajuela e Cartago (CONAPAM, 2008, p. 14):



Fonte: I informe de la situación de la persona adulta mayor en Costa Rica (CONAPAM, 2008, p. 5).

LEI ESPECIAL E POLÍTICA NACIONAL SOBRE ENVELHECIMENTO NA COSTA RICA

Indubitavelmente, os resultados nos últimos censos regionais apresentados pela própria CEPAL colocam à RCR como o país da região Centro-Americana que mais rápido envelhecerá, trazendo consideráveis mudanças, embora que paliativas, sobre o perfil sociodemográfico do país. Diante a tal situação, a RCR vem trabalhando nas questões que envolvem o estudo do envelhecimento humano, orientando pesquisas e intervenções através da ótica da integralidade e do envelhecimento ativo e saudável, dentro do planejamento estratégico de suas ações/intervenções gerontosanitárias.

Ciente do peso que representa o fenômeno sóciomundial do envelhecimento humano (populacional), o estado costa-riquenho tem-se posicionado de forma a atender integralmente as demandas e necessidades de seus cidadãos envelhecidos, por meio do sancionamento da lei específica para a população da terceira idade (COSTA RICA, 2001), logo, reforçada pela elaboração e lançamento da Política Nacional sobre Envelhecimento 2011 – 2021 (CONAPAM, 2011).

Ao contemplar a norma especial sobre envelhecimento humano (*Ley Integral de la Persona Adulta Mayor, 2001*) vigente na RCR, cabe significativamente debater duas questões de cunho social. Em primeira mão, tem-se uma lei de caráter especial, ou seja, a sanção desta lei deveu-se ao fato desse segmento populacional ter atingido evidente grau de desigualdade social, quando comparado com outras faixas-etárias. As leis especiais intencionam a ação estatal intervencionista em promover espaços de iguais oportunidades para o ótimo desenvolvimento dos cidadãos, o respeito universal aos direitos humanos e a prática da solidariedade intergeracional, com evidente influência do princípio da cooperação entre as esferas pública e privada.

Da mesma forma, a elaboração, execução e fiscalização da “*Política Nacional de Envejecimiento e Vejez 2011 – 2021*” (PNEV 2011 – 2021) configura ressonância do Estado costarriquenho, no que diz respeito à proteção e validação dos direitos fundamentais do idoso, pactuados na lei nº 7935, de 2001, tencionando de forma acentuada a luta nacional contra quaisquer formas de discriminação que tenham como fundamento

questões vinculadas à idade. Nesse entendimento, pode-se dizer que a mera conceição da PNEV 2011 – 2021 remete ao interesse por uma sociedade justa e anti discriminatória. A conceição da PNEV 2011 – 2021 (CONAPAM, 2011, p. 2) considerou cinco retos principais, tais sejam:

- 1) A promoção do envelhecimento com qualidade e uma vida saudável;
- 2) A melhoria da qualidade de vida dos idosos;
- 3) A superação das condicionantes de exclusão social;
- 4) A diminuição da fome e a pobreza na população envelhecida, sob risco de vulnerabilidade e;
- 5) A garantia da proteção e seguridade social dos idosos

De acordo com Correa *et al.*, (2010, p. 236), as políticas públicas que atentam sobre a temática do envelhecimento humano e suas mais complexas interpretações socioculturais, permitem situar essa camada populacional como “*mergulhada nas contingências econômicas, sociais e culturais, etc*”, uma vez que se propõem trabalhar na manutenção e, especialmente, na reinserção do idoso na sociedade.

Nutrindo o debate sobre o binômio *políticas públicas – envelhecimento humano*, Camarano e Pasinato (2004, p. 257), aportam:

A promoção da independência requer políticas públicas que garantam a autonomia física e financeira, ou seja, o acesso aos direitos básicos de todo ser humano: alimentação, habitação, saúde, trabalho e educação. Por participação, busca-se a manutenção da integração dos idosos na sociedade. Isso requer a criação de um ambiente propício para que possam compartilhar seus conhecimentos e habilidades com gerações mais jovens e de se socializarem. Os cuidados referem-se à necessidade do desfrute pelos idosos de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais, através do cuidado familiar ou institucional. Auto-realização significa a possibilidade de os idosos fazerem uso de oportunidades para o desenvolvimento do seu potencial, por meio do acesso a recursos educacionais, culturais, espirituais e recreativos. Por último, o quesito dignidade requer que se assegure aos idosos a possibilidade de vida digna e segura, livre de toda e qualquer forma de exploração e maus-tratos (INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA – IPEA, 2004).

Decerto, o cumprimento da normativa interna relacionada ao envelhecimento humano, trouxe, para além de uma reestruturação dos aspectos do direito gerontosanitário costarriquenho, a necessidade de readequar a formação e aprimoramento de seus recursos humanos. Os novos papéis dos profissionais da saúde, e daquelas profissões também vinculadas à atenção das demandas biopsicossociais dos idosos, visaram fortalecer os caminhos da integralidade dentro do sistema de saúde costarriquenho. Em decorrência, as primeiras mudanças observadas no país atenderam à (re) formulação das grades curriculares dos cursos de medicina, enfermagem, fisioterapia, serviço social, predominantemente, junto à prática compulsória dos acadêmicos em centros geriátrico-gerontológicos, segundo atribuições profissionais de cada área. A ideia torna possível a absorção dos conteúdos, em seguida, postos em prática na atuação profissional. Justamente, a norma nº 7935, no seu artigo nº 35, inciso j, refere que as instituições públicas, ora seja o caso das universidades estatais, devem promover e realizar pesquisas no âmbito do envelhecimento humano, objetivando a identificação das melhores práticas profissionais cada área do conhecimento.

Por outro lado, evidencia-se incremento no registro de novas organizações sem fins lucrativos, norteadas ao trabalho com cidadãos da terceira idade, a inserção social do idoso nas comunidades e a reivindicação das garantias sociais e legais desses indivíduos.

CONSEJO NACIONAL DE LA PERSONA ADULTA MAYOR (CONAPAM)

Com fundamento no artigo 32º da lei nº 7935, cria-se o “*Consejo Nacional de la Persona Adulta Mayor*” (CONAPAM) – Conselho Nacional do Idoso – sendo um órgão de máxima desconcentração, adscrito à Presidência da República (COSTA RICA, 2001). O objetivo principal do órgão é *garantir o aprimoramento da qualidade de vida dos idosos por meio da formulação e execução de políticas públicas integrais que gerem a criação de condições e oportunidades para que os idosos alcancem uma vida digna e plena* (CONAPAM, 2014). Com personalidade jurídica instrumental, corresponde ao Conselho (COSTA RICA, 2001. Art 34, Inc a - d):

0. Propiciar e apoiar a participação da comunidade, da família e do idoso nas ações para seu desenvolvimento;

a. Impulsionar a atenção do idoso por parte das instituições públicas e privadas, visando o adequado funcionamento dos programas e serviços específicos do idoso;

b. Zelar pela manutenção aquisitiva dos fundos e sistemas de aposentadoria e previdência, para o cobrimento das necessidades do beneficiário;

c. Proteger e fomentar os direitos do idoso referidos na lei e no ordenamento jurídico, de forma geral.

Acenando para as informações anteriores, nota-se que o CONAPAM atua de forma a mediar as ações intersetoriais do setor público e privado, relativas à abordagem multidimensional do envelhecimento humano. Cabe-lhe, além da função mediadora, promover intervenções da índole cultural, que propiciem o reconhecimento dos direitos fundamentais da população envelhecida. O artigo nº 35, Inc a - n, dispõe sobre as funções específicas do conselho, sendo elas:

0. Formular as políticas e planos nacionais sobre envelhecimento;

a. Conhecer as avaliações anuais dos programas, projetos e serviços direcionados à população idosa, executados por instituições públicas ou privadas;

b. Investigar e relatar, oficiosamente ou mediante solicitação e em parte, as irregularidades que presente nas organizações que prestam serviços aos idosos e recomendar sanções, de acordo com esta lei;

c. Fomentar a criação, continuidade e acessibilidade dos programas e serviços relativos à atenção integral dos idosos e zelar pela sua proteção;

d. Participar, dentro de sua competência, nos processos de acreditação e instar à concessão de creditações ou recomendar o retiro da habilitação respectiva;

e. Conhecer que as avaliações de desenvolvimento administrativo e técnico de programas e serviços de atenção ao idoso, executados por instituições com contribuições do Estado e, visar pela ótima utilização desses recursos;

f. Determinar critérios técnicos para a distribuição dos recursos econômicos públicos destinados aos programas e serviços para brindar atenção aos idosos;

g. Realizar um registro atualizado das pessoas, físicas e jurídicas, acreditadas pelo Ministério da Saúde que oferecem serviços de atenção ao idoso.

h. Promover a criação de instituições para atender aos idosos vítimas de violência e a localização ou realocação daqueles sob risco social;

i. Impulsionar a pesquisa nas diversas áreas relacionadas ao envelhecimento;

j. Elaborar os regulamentos internos para cumprir adequadamente os objetivos deste conselho;

k. Zelar pelo cumprimento de decretos, convênios, leis, regulamentos e demais disposições conexas, referentes à proteção dos direitos da pessoa idosa;

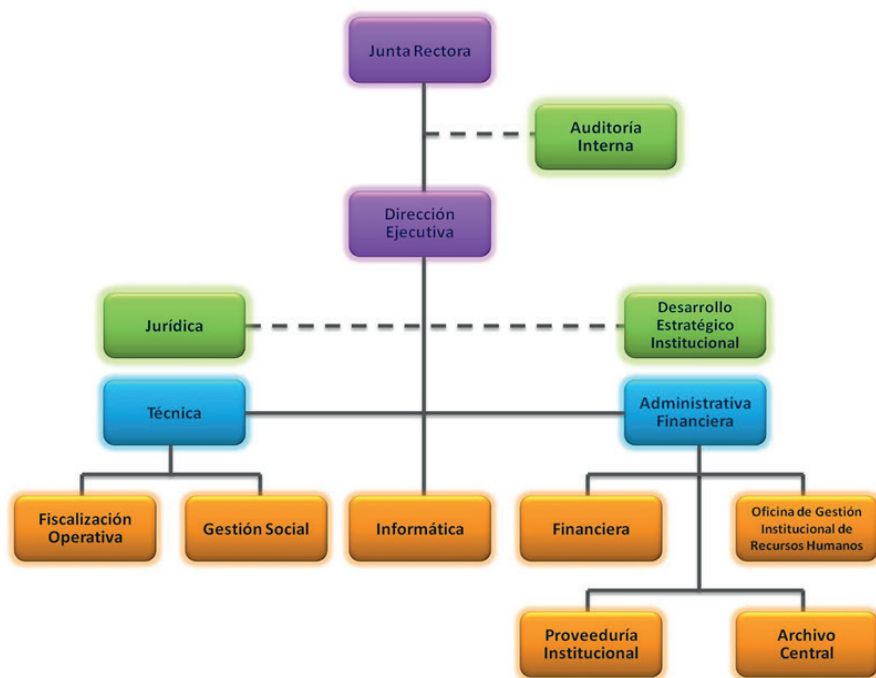
l. Demais funções que se considerem convenientes para o desenvolvimento das atividades em prol do bem-estar, desenvolvimento e proteção do segmento da sociedade com idade acima aos 65 anos;

m. Coordenar, junto com as instituições executoras, os programas dirigidos aos idosos.

O CONAPAM é um dos órgãos estatais com maior índice prático de intersectorialidade sociosanitária. Respaldo legalmente pelo artigo nº 37 da norma específica, é obrigatória a participação representativa dos setores público e privado, em trabalho coletivo, ditos setores deverão responder pela institucionalização da lei nº 7935, visando pelo respeito dos direitos sociais da população da terceira idade, nela contidos. Toda ação desenvolvida pelo órgão deve acatar os princípios doutrinários, na tentativa de proporcionar uma filosofia concorde a integralidade na atenção sociosanitária. Por sua vez, tais princípios são: Universalidade; Equidade; Dignidade; Solidariedade intergeracional; Participação social e Corresponsabilidade social (CONAPAM, 2011, p. 4). Se bem, educação, moradia, emprego, saúde, transporte, cultura e lazer, atenção e acesso aos serviços de saúde, participação cidadã são direitos fundamentais do idoso costa-riquenho, sua manutenção e proteção deve ser promovida pelo Estado, em diálogo ativo com ministérios da esfera pública e representações das organizações privadas, de igual incumbência. Vê-se, de tal modo, que a concretização do reconhecimento dos direitos do idoso na RCR depende grandemente do diálogo jurídico-sanitário entre as instituições estatais, junto ao interesse direto/indireto das instituições privadas de cunho social.

O artigo 37 da lei nº 7935, rege a composição estrutural do conselho diretor, devendo este ser integrado pelo Presidente da República, ou representante; o Ministro ou vice ministro da saúde, Ministro ou vice

ministro da educação; Ministro ou vice ministro do trabalho e da seguridade vial; o Presidente Executivo da *Junta de Protección Social de San José*; o Presidente Executivo do *Instituto Mixto de Ayuda Social*; o Presidente Executivo da *Caja Costarricense del Seguro Social*; um representante das universidades estatais (eleito pelo próprio conselho); um representante da associação gerontológica costarriquenha; um representante das associações dos aposentados e um representante da *Federación Cruzada Nacional de Protección al Anciano*. Os mandatos anteriormente citados terão validade por quatro anos, podendo ser reeleitos unicamente por mais um mandato (COSTA RICA, 2001, art 37, Inc a - k). A figura a seguir apresenta a composição estrutural do CONAPAM:



Fonte: Consejo Nacional de la Persona Adulta Mayor - CONAPAM: Estructura. Recuperado em: <https://www.conapam.go.cr/estructura/>

O diálogo jurídico-sanitário atual entre o CONAPAM e as instituições públicas e privadas no país pode ser explicado sobre a perspectiva do princípio da equidade social. De forma complementar, Neves de Azevedo (2013, p. 129) comenta que ao se falar em justiça social, tema

tal que envolve a questão da equidade social, é preciso, primeiramente, entender que sua compreensão parte de múltiplas interpretações, pois o que se pretende é a entificação da sociedade que se quer justa. No concernente aos desafios do bem-estar social do cidadão idoso, remete-se hodiernamente a um contexto de grande desigualdade social, espaços sociopolíticos fragmentados que favorecem de forma prioritária a inserção e desenvolvimento da classe social produtiva (jovens e adultos), limitando as oportunidades daqueles menos produtivos (crianças e idosos).

Não obstante, a produtividade econômica dos cidadãos idosos não deve ser medida utilizando-se os mesmos critérios ou definições aplicadas às faixas-etárias com maior resposta fisiológica ao ambiente e ao trabalho. A isto, Camarano e Pasinato (2004, p. 256) referem que os idosos possuem capacidade para contribuir com o desenvolvimento econômico e social das sociedades, na medida em que muitos idosos contribuem para o bem-estar de suas famílias e comunidades. As autoras comentam que o produto do trabalho realizado pelos idosos é uma continuação da atividade econômica no orçamento familiar.

Amparada na visão protecionista dos direitos do idoso, a normativa costarrriquenha age de forma conjunta e interinstitucional no seu próprio ordenamento interno. Citando por parecido, observa-se a norma complementar Lei nº 7972, que dispõe sobre a criação de cargas tributárias sobre licores, cervejas e cigarros para o financiamento de um plano integral de proteção e amparo da população envelhecida e crianças em risco social, pessoas com incapacidade física abandonadas, reabilitação de pessoas dependentes de bebida alcoólica e farmacodependentes. Dita lei prevê o pagamento de impostos específicos sobre a produção nacional e importação de bebidas etílicas, para o fortalecimento dos programas específicos destinados a grupos sociais vulneráveis, por meio de contribuições econômicas (COSTA RICA, 1999).

INFORME GERAL: IMPACTO SOCIAL DAS MUDANÇAS DEMOGRÁFICAS NA COSTA RICA

Recentemente, em 2019, foi apresentado o documento oficial da *Contraloría General de la República*, intitulado “*Impacto fiscal del cambio demográfico: retos para una Costa Rica que envejece*” sendo abordados os

determinantes sociais do envelhecimento humano, tendo como foco à análise do impacto de mudanças demográficas experimentadas na nação desde a década de 1950 até os presentes dias. Receberam destaque os pontos a seguir (COSTA RICA, 2019):

a. Educação. Como efeito da diminuição da taxa de natalidade costarriquenha, registra-se menor demanda de serviços educativos. Ou seja, vê-se que existe uma diminuição da taxa de matrícula nas instituições educativas do país no nível fundamental. Entretanto, é possível observar um registro considerável no nível superior. Consequentemente, espera-se que esses registros significarão no índice ainda maior de pessoas idosas com grau de escolaridade;

b. Saúde. Saiba-se, embora que toda pessoa tem igual direito ao uso, o sistema de saúde costarriquenho enfrenta o desafio de atender um número alto de pessoas idosas com doenças crônicas e patologias de índole paliativa, respondendo pela sobrecarga da capacidade de resposta dos serviços do nível primário e secundário. Em seguida, os índices de mortalidade expressos pelo país, consideram, em grande parte, mortes por doenças cardiovasculares, predominantemente encontradas no segmento populacional envelhecido. O reforço do modelo médico-preventivista, através da elaboração e promulgação de políticas públicas de saúde, avoga para o aumento da taxa de esperança de vida, com diferenciado caso para a população feminina;

c. Aposentadoria. Quiçá o maior reto do país seja a manutenção e sustentabilidade a longo prazo dos benefícios sociais da aposentadora e pensões por idade ou questões patológicas ligadas à velhice. Registra-se que o país passou do gasto público sobre o PIB de 1,5% para 2,7%, nos últimos 12 anos. Espera-se, ainda, índices superiores para 2030, prevendo cifras de 4% ou, até, 4,5%. Discute-se que os últimos regimes da aposentadoria e pensão por idade, vêm representando uma crescente pressão fiscal para o país, evidenciando lacunas deficitárias. O caso da modalidade de aposentadoria sobre não-contribuição configura ainda debate atual, junto a outras situações como os altos valores pagos a certos setores públicos (pensões de “luxo”).

A transparência estatal, em todos os processos que envolvem a questão do envelhecimento humano, é notadamente um componente da gestão pública costarriquenha. Essa perspectiva de compartilhamento de

informações à cidadania requer da concretização dos pilares do acesso à informação de forma integral, confiável e oportuna; a responsabilização pelas ações executadas (ou não) da administração, seu suporte técnico e seu alinhamento com o planejamento estratégico e operacional e, finalmente, a participação cidadã, envolvendo ao cidadão na tomada de decisões, justamente, através do empoderamento e autorreconhecimento dos direitos e deveres sociais que lhe são dados.

REFLEXÕES FINAIS

Este trabalho explorou as atribuições legais e sociais do Conselho Nacional do Idoso da República da Costa Rica (CONAPAM). No decorrer deste trabalho, foi possível entender que o CONAPAM é um órgão estatal, com descentralização e personalidade jurídica, cabendo-lhe a elaboração, execução e fiscalização dos programas e serviços direcionados a atender as premências socio sanitárias da população costa-riquenha com idade igual ou superior aos sessenta e cinco anos.

Viu-se que a preocupação do estado costarriquenho, com o processo do envelhecimento populacional, levou-o para uma mudança filosófica sobre a própria velhice, passando da perspectiva do assistencialismo simples, para o atual marco protecionista dos direitos fundamentais do idoso, visando alcançar a melhor qualidade de vida possível, estendida sobre o manto da integralidade e o envelhecimento ativo e saudável. Em 2001, à criação de norma específica representou primeiros passos do estado costarriquenho nessa almejada justiça social para com sua população envelhecida. Logo, em 2011, a promulgação da política nacional sobre envelhecimento e velhice, com intervenções previstas até 2021, reforçou o interesse do estado em promover estilos de vida saudáveis, ora acentuando maiores índices de autonomia e independência dos cidadãos da terceira idade.

Assim, as informações plasmadas neste trabalho afirmam que a vida digna e integral das pessoas idosas na Costa Rica é defendida e promovida por concisa normativa. Tanto o setor público como o privado, são receptores de deveres que devem ser cumpridos de forma intersetorial.

De forma concluinte, entende-se que o compromisso do Estado com a população envelhecida pode ser traduzido pela ação ativista do CONAPAM, pois considera o desenvolvimento do conceito ampliado da

saúde e seus determinantes sociais, sendo priorizados programas de cunho educacional, sanitário, ambiental e social, cabendo, ainda, a interação dialógica dos setores público e privado, com igual grau de incumbência.

BIBLIOGRAFIAS CONSULTADAS

- CAMARANO, A.A; PASINATO, M.T. INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA – IPEA. **Os novos idosos brasileiros: muito além dos 60?** Rio de Janeiro, 2004.
- COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE – CEPAL. Base de datos y publicaciones estadísticas: **Costa Rica. Perfil nacional socio-demográfico.** Disponível em <https://estadisticas.cepal.org/cepalstat/Perfil_Nacional_Social.html?pais=CRI&idioma=spanish>
- CONSEJO NACIONAL DE LA PERSONA ADULTA MAYOR – CONAPAM. Procedimientos y criterios para la atención y el cuidado de personas de 60 años o más, agredidas y/o abandonadas y de 65 años y más, en condición de pobreza, dependencia, vulnerabilidad y abandono. San José, 2017. Disponível em: <https://www.conapam.go.cr/mantenimiento/procedimiento_atencion_cuidado_60_mas.pdf>
- CORREA, M.R.; FRANÇA, S.A.M.; HASHIMOTO, F. Políticas públicas: a construção de imagens e sentidos para o envelhecimento humano. **Estud. interdiscipl. envelhec.**, Porto Alegre, v. 15, n. 2, p. 219-238, 2010. Disponível em: <<https://repositorio.unesp.br/bitstream/handle/11449/126974/ISSN1517-2473-2010-15-02-219-238.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>
- COSTA RICA. Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. Ley 7972 de creación de cargas tributarias sobre licores, cervezas y cigarrillos para financiar un plan integral de protección y amparo de la población adulta mayor, niñas y niños en riesgo social, personas discapacitadas abandonadas, rehabilitación de alcohólicos y farmacodependientes, apoyo a las labores de la Cruz Roja y derogación de impuestos menores sobre las actividades agrícolas y su consecuente sustitución. San José, 1999. Disponível em: <<http://scm.oas.org/pdfs/2007/DIL/Costa%20Rica%20-%20Anexo%208%20Ley%207972.htm>>

- COSTA RICA. Consejo Nacional de la Persona Adulta Mayor – CONAPAM. Informaciones generales. San José, 2014.
- COSTA RICA. Consejo Nacional de la Persona Adulta Mayor – CONAPAM. **I informe estado de la situación de la persona adulta mayor en Costa Rica**, San José, 2008. Disponible em: < <http://www.conapam.go.cr/mantenimiento/ESPAM/espam.html>>
- COSTA RICA. Contraloría General de la República. **Impacto fiscal del cambio demográfico: retos para una Costa Rica que envejece**. DFOE-SAF-OS-00001-2019. San José, 2019. Disponible em: < <https://www.conapam.go.cr/mantenimiento/cambio-demografico-04-2019.pdf>>
- NEVES DE AZEVEDO, M.L. **Igualdade e equidade: qual é a medida da justiça social?** Avaliação, Campinas; Sorocaba, SP, v. 18, n. 1, p. 129-150, 2013. Disponible em: <<http://www.scielo.br/pdf/aval/v18n1/08.pdf>>
- ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD – OPAS. **Plan de acción sobre la salud de las personas mayores incluyendo el envejecimiento activo y saludable**, Washington – DC, 2009. Disponible em: < <https://fiapam.org/wp-content/uploads/2012/10/PlanAc.pdf>>
- PINTO, M.M. **El poder estatal y su institucionalización a lo largo del tiempo**. Jusbrasil, 2014. Disponible em: < <https://marciomorena.jusbrasil.com.br/artigos/136366600/el-poder-estatal-y-su-institucionalizacion-a-lo-largo-del-tiempo>>

RESUMOS

GESTÃO POR PROCESSOS: CIÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO, DIREITO ADMINISTRATIVO E A UTILIDADE DO MODELO

Bernardo de Farias Martins

Palavras-chave: Gestão por Processos - Ciência da Administração - Direito Administrativo - Planejamento - Processo Administrativo.

Objetivo do Trabalho

Analisar o conceito de *Gestão por Processos*, segundo a *Ciência da Administração* e a *Ciência do Direito (Direito Administrativo)*, demonstrando e a *utilidade do modelo* para uma gestão pública *planejada, eficiente e de resultados*.

Procedimento Metodológico

Primeiramente, constatou-se os *problemas* da falta de planejamento, ineficiência e ausência de resultados satisfatórios pela gestão pública. Em seguida, *investigou-se* quais instrumentos utilizados pela gestão pública estariam falhando em seus objetivos, tendo-se identificado a gestão por processos como sendo um destes. Posteriormente, *estudou-se* o conceito da gestão por processos, segundo a *Ciência da Administração* e a *Ciência do Direito*, os motivos para suas falhas e se chegou a uma *hipótese* de utilidade do modelo. Por fim, no intuito de verificar a validade da hipótese, *pesquisou-se* bibliografia nacional e estrangeira, tendo-se chegado às *conclusões* abaixo.

Conclusões

A *Gestão por Processos* é, segundo a *Ciência da Administração*, o instrumento de gestão de uma organização (privada ou pública) que a permite implementar projetos e aperfeiçoar seus resultados a partir de um ciclo (PDCA – *Plan, Do, Check and Act*) que se inicia com o *planejamento*, prossegue com a *ação* segundo o planejamento, perpassa a *checagem dos resultados* e deságua no *agir* para institucionalizar o ciclo como padrão, caso os resultados tenham sido eficientes aos fins a que se destinavam, ou em reestruturar o planejamento e a ação, caso os resultados não tenham sido eficientes aos fins a que se destinavam, hipótese em que o ciclo deverá ser revisto (Guia de gestão de processos de governo, 2011, p. 7-15; DAVENPORT, 1990, p. 11-27 e Guia de políticas públicas, 2014, p. 117-128). Trata-se de importação da gestão por processos da iniciativa privada (*Business Process Management*) à Administração Pública, com adaptações (ABPMP, 2009, p. 48-50). Já para a *Ciência do Direito (Direito Administrativo)*, a gestão por processos na Administração Pública é *juridicizada* por meio do *planejamento (Plan)*, do *processo administrativo (Do)*, do *controle pelo resultado (Check)* e do *agir (Act)* dos gestores. A respeito, acredita-se na *utilidade do modelo PDCA* e na necessidade de pô-lo em prática em toda sua extensão, iniciando com o *planejamento* (art. 174 CF), perpassando pelo *processo administrativo - lato sensu*, enquanto toda relação processual da Administração com vistas à produção de um ato ou celebração de um contrato que será utilizado como instrumento entre as previsões do *planejamento e os resultados pretendidos* -, pelo *controle do resultado* (art. 70 CF) e culminando com *agir* para institucionalizar o ciclo como padrão, em caso de resultados eficientes, ou em revisá-lo em caso de resultados ineficientes, hipótese em que deverá o gestor pensar o próximo *planejamento* de acordo com as ineficiências detectadas no *planejamento* anterior e, em matéria de *processo administrativo*, promover o *mapeamento de ineficiências* geradas por determinadas normas processuais, com a conseqüente elaboração de *projetos de lei* para seu aperfeiçoamento ou a *edição de atos normativos* corretivos, conforme a ineficiência resida, respectivamente, em norma processual *legal ou infralegal*.

Referências Bibliográficas:

ABPMP. CBOOK – Business Process Management Common Body of Knowledge. Chicago: ABPMP, 2009.

DAVENPORT, Thomas H., SHORT, James E. The new industrial engineering: information technology and business process redesign. Sloan management review, Jul./Ago. 1990.

Guia de gestão de processos de governo. maio, 2011. Disponível em: http://www.gespublica.gov.br/sites/default/files/documentos/guia_de_gestao_de_processos_de_governo_0.pdf. Acesso em: 21/09/2019.

Guia de políticas públicas: gerenciando processos. Xun Wu, M. Ramesh, Michael Howlett, Scott Fritzen; traduzido por Ricardo Avelar de Souza. – Brasília: Enap, 2014.

POLÍTICAS PÚBLICAS NO ENFRENTAMENTO AO TRÁFICO DE DROGAS ILÍCITAS

Carlos Alberto Ferreira dos Santos

Ronaldo Alves Marinho da Silva

O tráfico de drogas ilícitas, de acordo com o Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime (UNODC, 2019) viabilizou que 271 milhões de pessoas consumissem drogas ilícitas no mundo, o que representa que 5,5% da população mundial, com idades entre 15 e 64 anos, estimativas do ano de 2017.

Esse é um problema do século XX e o Brasil teve a sua primeira legislação voltada para a fiscalização de drogas no ano de 1938, tendo sido influenciado pela Convenção Internacional do Ópio (Haia, 1912), através do Decreto-Lei nº 891/1938, que estabeleceu ações para impedir o consumo de drogas no Brasil.

Não conseguindo conter o aumento do consumo e com a ampliação do problema, é editada uma nova lei no ano de 1976 (Lei nº 6.368) ampliando o combate ao tráfico de drogas ilícitas. A nova lei também sofreu críticas em virtude do usuário ser tratado como criminoso, sem efetiva preocupação nos cuidados com a sua saúde, priorizando o aspecto punitivo.

Trinta anos depois foi editada uma nova lei para enfrentar o mesmo problema, o aumento do consumo de drogas ilícitas. Entrou em vigor a Lei nº 11.343/2006, criando um novo sistema para enfrentar um velho problema. Um dos pontos polêmicos da nova lei é a inexistência de um

parâmetro objetivo para definir a quantidade mínima de drogas para distinguir o usuário, do traficante.

Diante dessa lacuna, há prisões tipificadas como tráfico de drogas com pequenas quantidades, sendo que muitos são usuários, confirmando a seletividade penal. Segundo dados divulgados no Estado de São Paulo (2019), tendo como base o ano de 2017, a maioria das pessoas condenadas é negra, mesmo quando são presas com menor quantidade apreendida em comparação com os brancos. (DOMENICI; BARCELLOS; FONSECA, 2019).

Decerto, ainda há muito a se fazer para que ocorra um combate efetivo contra a grande indústria vinculada ao tráfico de drogas, diante disso, surge em 2019 uma nova possibilidade de usar estratégias mais eficazes: o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas e, consequentemente, a criação da Política Nacional sobre Drogas.

PROBLEMÁTICA

O número de pessoas presas por crimes vinculados ao tráfico de drogas ilícitas alimenta o superencarceramento no país. Segundo dados do INFOPEN/MJ (2017), no total da população carcerária, 26% dos homens e 62% das mulheres estão presos por esse motivo. Significa dizer que o problema precisa ser repensado, novas estratégias precisam ser criadas ou terem mais prioridades, porque a comercialização de drogas ilícitas gera grandes lucros para grupos criminosos.

Diante dessa perspectiva, o Brasil busca alterar o enfoque na sua política para enfrentar o mercado de drogas ilícitas. Sendo assim, diante de estratégias anteriores que não coibiram a venda e o aumento do consumo de drogas, como de fato o país pode modificar a cruel realidade com a recente Política Nacional sobre Drogas?

OBJETIVO

Ressalta-se como objetivo principal da presente pesquisa é analisar a criação do Plano Nacional de Políticas sobre Drogas e a implementação da Política Nacional sobre Drogas, primando também por fazer um balanço das estratégias criadas em anos anteriores, para o devido enfrentamento aumento do consumo e do tráfico de drogas ilícitas.

METODOLOGIA

O método principal da pesquisa é o dedutivo, pois a pesquisa foi iniciada sob os parâmetros das premissas ditas gerais, sendo assim o arcabouço foi a legislação pertinente a problemática das drogas ilícitas no Brasil e, com isso, chegou-se as particularidades do tema, incitando ao desenvolvimento de ideias que possam fomentar a construção de estratégias para o enfrentamento do tráfico ilícito de drogas, pautando na redução de danos e no cuidado dos dependentes.

Cabe destacar que, como métodos auxiliares, fez-se uso do histórico, pois o estudo acadêmico pauta por contextualizar historicamente a legislação pertinente ao tema no Brasil; o quali-quantitativo, já que há opiniões acerca das estratégias utilizadas no Brasil para coibir a venda e o consumo de drogas ilícitas; e também o uso de dados estatísticos referente ao mercado de drogas ilícitas no Brasil e no mundo.

RESULTADOS PRELIMINARES

Evidencia-se que a Política Nacional Sobre Drogas está sendo implementada aos poucos, possibilitando apenas comparar com os objetivos e as estratégias anteriormente utilizadas para enfrentar o mesmo tema.

Decerto, é salutar que haja uma preocupação do Estado em enfrentar esse problema público, a venda e o consumo de drogas ilícitas. Mas, destacando que um ponto positivo na nova Política Nacional Sobre Drogas é que há uma preocupação em diferenciar o que vem a ser usuário, dependente e traficante. Sendo assim, com a devida distinção, haverá o tratamento adequado e a responsabilização dos que efetivamente são traficantes.

Importante destacar que o encarceramento não soluciona a questão do tráfico de drogas ilícitas, mesmo por que traficantes pertencentes a facções criminosas comandam da prisão o comércio das drogas ilícitas, exigindo arranjos para enfrentar esse problema complexo.

Portanto, deve-se pautar por estratégias em que diversos profissionais de diferentes esferas estatais e da sociedade civil possam atuar de forma conjunta, para que assim ocorra um enfrentamento aos traficantes de drogas, mas também deve haver uma preocupação voltada para cuidar da saúde dos usuários e possibilitar a recuperação dos que estejam viciados no uso de drogas ilícitas.

PALAVRAS-CHAVE: Políticas públicas; Tráfico de drogas ilícitas; Plano Nacional de Políticas sobre Drogas

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Decreto-Lei nº 891**, de 25 de novembro de 1938. Aprova a Lei de Fiscalização de Entorpecentes. Disponível em: <<https://bit.ly/3291ahx>>. Acesso em: 11 out. 2019.

BRASIL. **Lei nº 6.368**, de 21 de outubro de 1976. Dispõe sobre medidas de prevenção e repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica, e dá outras providências. Disponível em: <<https://bit.ly/2Y-6D1H1>>. Acesso em: 11 out. 2019.

BRASIL. **Lei nº 11.343**, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em: <<https://bit.ly/Mba2eR>>. Acesso em: 10 out. 2019.

BRASIL. **Lei nº 13.840**, de 5 de junho de 2019. Altera as Leis nos 11.343, de 23 de agosto de 2006, 7.560, de 19 de dezembro de 1986, 9.250, de 26 de dezembro de 1995, 9.532, de 10 de dezembro de 1997, 8.981, de 20 de janeiro de 1995, 8.315, de 23 de dezembro de 1991, 8.706, de 14 de setembro de 1993, 8.069, de 13 de julho de 1990, 9.394, de 20 de dezembro de 1996, e 9.503, de 23 de setembro de 1997, os Decretos-Lei nos 4.048, de 22 de janeiro de 1942, 8.621, de 10 de janeiro de 1946, e 5.452, de 1º de maio de 1943, para dispor sobre o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas e as condições de atenção aos usuários ou dependentes de drogas e para tratar do financiamento das políticas sobre drogas. Disponível em: <<https://bit.ly/2EV7vn7>>. Acesso em: 10 out. 2019.

DIÁRIO OFICIAL DA UNIÃO. **Decreto nº 9.761**, de 11 de abril de 2019. Aprova a Política Nacional sobre Drogas. Disponível em: <<https://bit.ly/2MkUaL5>>. Acesso em: 10 out. 2019.

DOMENICI, Thiago; BARCELOS, Iuri; FONSECA, Bruno. **Ne-gros são os mais condenados por tráfico e com menos drogas apreendidas.** Publicado em 7 maio de 2019. Disponível em: <<https://bit.ly/328PvPE>>. Acesso em: 11 out. 2019.

ESCRITÓRIO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE DROGAS E CRIME (UNODC). **Relatório Mundial sobre Drogas 2019:** 35 milhões de pessoas em todo o mundo sofrem de transtornos por uso de drogas, enquanto apenas uma em cada sete pessoas recebe tratamento. Disponível em: <<https://bit.ly/2XazyKz>>. Acesso em: 10 out. 2019.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. **A governan-ça da Política Nacional de Drogas.** Disponível em: <<https://bit.ly/314OGWW>>. Acesso em: 10 out. 2019.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. **A Políti-ca Nacional sobre Drogas.** Disponível em: <<https://bit.ly/35ouYc5>>. Acesso em: 10 out. 2019.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. **Levanta-mento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN.** Atualização – Junho de 2016. Brasília: Ministério da Justiça e Seguran-ça Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2017. Dispo-nível em: <<https://goo.gl/k9SyiZ>>. Acesso em: 10 out. 2019.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. **Redução da oferta de drogas.** Disponível em: <<https://bit.ly/2B1UHsU>>. Acesso em: 10 out. 2019.

DECISÕES ESTRUTURAIS E SUA RELAÇÃO COM O CONFLITO

Pedro Ivo Valentim da Silva

Ana Karla de Sousa Severo

1 INTRODUÇÃO

Nas democracias constitucionais modernas observa-se um crescimento da atuação e protagonismo do Poder Judiciário, sobretudo na esfera das políticas públicas. Esse protagonismo pode ser entendido como ativismo judicial, onde o Poder Judiciário busca a efetivação de um direito que possa estar sendo violado em razão da inércia dos poderes Executivo e Legislativo. De acordo com Streck e Morais (2014):

[...] no Estado Democrático de Direito, próprio do constitucionalismo do pós-guerra, tem-se nitidamente o deslocamento dessa esfera de tensão, passando do Poder Executivo e do Poder Legislativo para o Poder Judiciário, mormente nos países com Constituições dirigentes, onde os Tribunais Constitucionais proporcionam aquilo que muitos autores chamam de “juridicização da política”.

São crescentes os conflitos quem envolvem direitos coletivos e difusos no Brasil. Neste sentido, o Poder Judiciário possui uma função muito importante na afirmação do Estado Democrático de Direito, no equilíbrio dos poderes e na proteção dos direitos fundamentais. O magistrado possui a função de buscar a decisão justa a partir da afirmação da Constituição, materializando os direitos ali postos. Contudo, a proteção de direitos

através do controle judicial, na forma de ativismo, pode tornar as decisões judiciais mais vulneráveis.

Neste contexto, é necessário aprofundar as discussões sobre o papel e dimensão que possuem as decisões judiciais diante das demandas e conflitos sociais. Assim, o presente estudo se caracteriza por ser uma pesquisa de natureza exploratória e qualitativa, na qual se realiza uma revisão da legislação, doutrina e publicações científicas existentes acerca da temática. Utiliza como procedimentos técnicos pesquisas em bases de dados destinadas à publicação de produções científicas escritas.

2 A COMPREENSÃO DO CONFLITO COMO ELEMENTO DA DECISÃO JUDICIAL

Ferraz Jr. (2013) compreende que “uma concepção geral da decisão jurídica é correlata de uma concepção de conflito jurídico”. A diferença entre o conflito social e o conflito jurídico, explica ele, é que os conflitos jurídicos “têm a ver com a possibilidade de exigência da emissão ou recepção de mensagens”. Ou seja, o conflito jurídico confere deveres e obrigações para os agentes envolvidos.

A decisão possui uma finalidade. Segundo Ferraz Jr. (2013), citando Simon e March, a “finalidade é a *absorção de insegurança*”. A decisão não elimina o conflito, pois caso houvesse uma decisão capaz de dissolver o conflito, não haveria de fato uma decisão, mas sim uma escolha de uma opção que sempre esteve presente, mesmo que de forma implícita entre as alternativas propostas.

O conflito jurídico se caracteriza pela institucionalização do conflito social, na qual a recusa subjetiva gera implicações em que um terceiro decidirá sobre as consequências dos atos tomados pelos agentes, criando obrigações, deveres e poder de ação.

A norma jurídica, no conflito jurídico, indica aos agentes o que é permitido ou proibido, lícito ou ilícito em suas ações, reflete as regras da convivência social, as formas de solução de conflitos e as consequências pelo descumprimento, os quais, em virtude da institucionalização do conflito, pode gerar sanções pelo descumprimento.

A norma jurídica é quem qualifica os conflitos. É por esse motivo que toda a construção normativa deve ter um profundo conhecimento

dos conflitos aos quais a norma está vinculada e dos direitos fundamentais que a Constituição estabelece, pois a incompreensão desses aspectos, seja na construção da norma pelo Poder Legislativo, seja pela execução das políticas públicas pelo Poder Executivo ou pela decisão do Poder Judiciário, em vez de buscar a pacificação social, uma norma desvirtuada ou incompleta pode aumentar o conflito social.

A decisão pode gerar novos conflitos de maior ou menor complexidade, a depender da questão envolvida. Por isso, há a necessidade de estabelecer um ordenamento jurídico com regras capazes de absorver a insegurança do conflito jurídico e, por fim, à lide com base nas normas jurídicas. Ferraz Jr. (2013) explica que:

Em situações sociais pouco complexas, a estrutura é simples, mas o aumento da complexidade traz para o conflito uma segunda característica: a possibilidade de conflito sobre a própria estrutura, o que significa a possibilidade de escala conflitual – não só pagar ou não pagar conforme à lei, mas questionar se pagar está ou não conforme à lei, se a lei está ou não conforme aos procedimentos legislativos, se os procedimentos legislativos são ou não constitucionais, se a Constituição é ou não legítima. Nesse quadro, o conflito jurídico exige institucionalização fortalecida ou dupla institucionalização. Ele não é apenas conflito institucionalizado – conforme a normas – mas também o procedimento decisório correspondente envolve um conflito também institucionalizado: conflito sobre o procedimento de decisão do conflito.

Quando as decisões não possuem uma coerência e não se preocupam com as inseguranças presentes aos conflitos sociais, maiores são possibilidades de questionamento da própria estrutura do Estado, que podem gerar crises institucionais severas, até rupturas sociais profundas.

Por esse motivo é importante que as decisões judiciais possuam uma metodologia capaz de absorver o conflito e de possuir coerência, unidade e efetividade.

3 DECISÕES ESTRUTURAIS

A doutrina norte-americana há certo tempo já teoriza sobre as decisões estruturais, chamadas de *Structural Injunctions*. As decisões

estruturais levam em consideração diversos aspectos atinentes à causa, que podem superar as partes ou mesmo os pedidos.

As questões típicas de litígios estruturais envolvem valores amplos da sociedade, no sentido não apenas de que há vários interesses concorrentes em jogo, mas também de que a esfera jurídica de vários terceiros pode ser afetada pela decisão judicial. (ARENHART, 2013).

Para que um sistema jurídico possa conceber as decisões estruturais, é preciso que não haja uma rígida compreensão do princípio da separação dos poderes (ARENHART, 2013). O Brasil superou essa compreensão, uma vez que é sedimentado no Supremo Tribunal Federal a possibilidade de controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário.

Apesar da legislação brasileira ainda não estar estruturada para comportar esse tipo de decisão, há algumas decisões no Brasil que já possuem característica de decisão estrutural. Pinho e Cortês (2014) afirmam que “Apesar de esta figura ter nascido no sistema da Common Law, pode-se aplicá-la no sistema da Civil Law, sem prejuízo nenhum”. Afirma-se que a expressão “obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente” escrita no artigo 497 do Código de Processo Civil seria um dos dispositivos que permitiriam as decisões estruturantes, visto que o sentido desse tipo de decisão é “trazer efetividade para as decisões judiciais” (PINHO e CORTÊS, 2014).

As decisões estruturais têm perspectiva para o futuro (ARENHART, 2013), além dos limites do pedido e da dicotomia provimento/não provimento. O sistema binário de decisões que é o vigente no processo civil brasileiro, certamente gerará decisão imprópria ao caso concreto (PINHO e CORTÊS, 2014), uma vez que pode impedir uma visão completa do conflito presente na causa (ARENHART, 2013). A decisão estrutural visa “a mais perfeita resolução da controvérsia como um todo, evitando que a decisão judicial se converta em problema maior do que o litígio que foi examinado” (ARENHART, 2013).

Existem também críticas às decisões estruturais. Afirma-se que elas contrariam os princípios da congruência e da demanda, pois o magistrado poderia decidir o litígio além dos limites estabelecidos pelas partes, afetando a imparcialidade do juiz, desvirtuando a essência da jurisdição. Além disso, o Poder Judiciário estaria se sobrepondo aos demais Poderes (PINHO e CORTÊS, 2014).

Portanto, a decisão estrutural visa compreender os conflitos complexos, buscando a forma mais adequada de resolução da lide, além de dar mais efetividade à prestação jurisdicional.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Já se assenta na doutrina e na jurisprudência brasileira a possibilidade de aplicação das decisões estruturantes que se fundamentam de acordo com a complexidade do conflito envolvido na demanda jurídica. Quanto mais complexo o conflito, maior é a responsabilidade da decisão do magistrado. Neste sentido, o surgimento das decisões estruturantes vem com a necessidade de dar máxima efetividade aos direitos pleiteados, que nem sempre podem ser solucionados mediante provimento ou não das demandas apresentadas.

A utilização desse tipo de decisão dependerá de que tipo de conflito está envolvido na causa. Por este motivo, a compreensão da relação entre decisão e conflito é necessária ao magistrado, visto que, em demandas complexas, nem todas as variáveis conflituosas poderão estar presentes nas petições iniciais.

REFERÊNCIAS

ARENHART, Sergio Cruz. Decisões Estruturais no Direito Processual Civil Brasileiro. **Revista de Processo**, vol. 225/2013.

FERRAZ JR. Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação**. 7. ed. São Paulo: Atlas S. A, 2013. cap 6.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; CÔRTEZ, Victor Augusto Passos Villani. As Medidas Estruturantes e a Efetividade das Decisões Judiciais no Ordenamento Jurídico Brasileiro. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, v. 13, n.13, p. 229-258, 2014, Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/11920/9333>>. Acesso em: 8 out. 2019.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. cap. 10. n.p.

ESTADO E POLÍTICAS PÚBLICAS

Arthur Bezerra de Souza Júnior,
Marcelle Mourelle, Rogério Borba e
Rosali Pinheiro (orgs.)

Tipografias utilizadas:
Família Museo Sans (títulos e subtítulos)
Bergamo Std (corpo de texto)

Papel: Offset 75 g/m²
Impresso na gráfica Trio Studio
Dezembro de 2019